

UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN-TACNA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales

Escuela Académico Profesional de Derecho y Ciencias Políticas

**“LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA COMO MODELO DE
FLEXIBILIZACIÓN EMPRESARIAL PERUANA”**

TESIS

Presentada por:

Bach. JAMES IVERTY DIAZ PEÑA

Para optar el Título Profesional de:

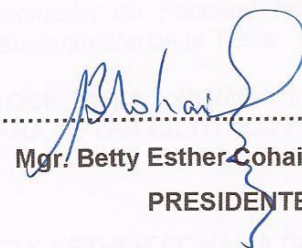
ABOGADO

TACNA – PERÚ

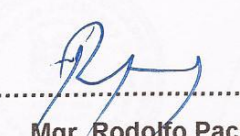
2014

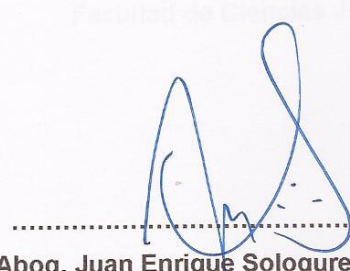
CERTIFICACION

JURADO CALIFICADOR


.....
Mgr. Betty Esther Cohaila Calderon
PRESIDENTE


.....
Abog. Martin Gonzales Laguna
SECRETARIO


.....
Mgr. Rodolfo Pacheco Briceño
MIEMBRO


.....
Abog. Juan Enrique Sologuren Alvarez
ASESOR



UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN – TACNA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y EMPRESARIALES



Escuela Académico Profesional de: Ciencias Administrativas, Ingeniería Comercial, Ciencias Contables y Financieras, Derecho y Ciencias Políticas
Av. Miraflores s/n (Ciudad Universitaria) Apartado N° 316 Telefax: 052-583000 Anexo: 2077-2078

CERTIFICACION

REGISTRO N° 008T-2014-FCJE/UNJBG
FOLIO : 01

E.A.P. de Derecho y Ciencias Políticas

El Secretario Académico Administrativo, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, **CERTIFICA**, que mediante Resolución de Facultad No. 2884-2014-FCJE/UNJBG, se ha designado como Jurado para la Sustentación de la Tesis:

“LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA COMO MODELO DE FLEXIBILIZACION EMPRESARIAL PERUANA”, PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO;

Conformado por:


PRESIDENTE : Dra. BETTY ESTHER COHAILA CALDERON
SECRETARIO : Abog. MARTIN EDUARDO GONZALES LAGUNA
MIEMBRO : Mgr. RODOLFO BERNABE GASPAR PACHECO BRICEÑO

Para examinar y calificar la tesis sustentada en acto público el día 09 de julio del dos mil catorce; presentado por el Señor Bachiller **JAMES IVERTY DIAZ PEÑA**, de la Escuela Académico Profesional de Derecho y Ciencias Políticas.

El Jurado en forma secreta e individual, se pronunció sobre el calificativo del trabajo expuesto y procedió a emitir el siguiente resultado: **APROBADO POR UNANIMIDAD.**

Tacna, 22 de agosto del 2014.




Mgr. GERONIMO VICTOR DAMIAN LOPEZ
Secretario Académico Administrativo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales

DEDICATORIA

Dedico la presente Tesis, a mis preciados padres, Aydé y Elmer, que son en todo momento mi fuente incansable de superación personal y profesional, así como a mis amados hermanos Karol y Luis, que con su alegría y carisma, estuvieron presentes en los momentos más difíciles de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mis más sinceros agradecimientos:

A mis Padres, Aydé y Elmer por depositar toda su confianza en mi persona en cada una de las decisiones que he tomado hasta el día de hoy.

A mi Maestro, Dr. Daniel Echaiz Moreno, por acogerme como su pupilo en el desarrollo de la Tesis.

A mi también querido Maestro y asesor, Dr. Juan Enrique Sologuren Alvarez, por el fundamental apoyo brindado que hizo posible la culminación de esta aventura académica.

A mis queridos amigos: Henry, Jacinto, David, Jonás, Germán, Denisse, Eduardo, Daniel, Christian, Lilia y Marco Antonio, por el apoyo y motivación que he recibido de ellos día tras día.

*"¡Estudia! No para saber una cosa
más, sino para saberla mejor."
Lucio Anneo Séneca*

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y METODOLOGÍA	
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	5
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
1.2.1. Problema Principal	8
1.2.2. Problemas Específicos	8
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.4. MOTIVACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.5.1. Objetivo Principal	10
1.5.2. Objetivos Específicos	10
1.6. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	11
1.6.1. Hipótesis Principal	11
1.6.2. Hipótesis Específicas	11
1.7. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	12
1.7.1. Tipo de Investigación	12

1.7.2.	Método de Investigación	12
1.7.3.	Nivel de Investigación	13

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD Y LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA

Subcapítulo Primero:

Naturaleza Jurídica de la Sociedad

2.1. LA SOCIEDAD	16
2.1.1. Antecedentes Históricos	19
2.2. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD	25
2.2.1. Teoría Contractualista	26
2.2.2. Teoría del Acto Complejo	27
2.2.3. Teoría Organicista	29
2.2.4. Teoría Personalista	30
2.2.5. Teoría del Contrato Plurilateral de Organización	31
2.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD EN EL DERECHO POSITIVO	34
2.4. OBJETO Y CAUSA DE LA SOCIEDAD	36

2.4.1.	Objeto de la Sociedad	36
	a) Actividad de la Sociedad	37
	b) Finalidad o Causa de la Sociedad	38
	c) Objeto del Contrato de Sociedad	39
	d) Objeto Social o Societario	40
2.4.2.	Causa del Contrato de la Sociedad	43

Subcapítulo Segundo:

La Unipersonalidad Societaria

2.5.	LA SOCIEDAD UNIPERSONAL	48
2.5.1.	La Unipersonalidad Originaria	50
2.5.2.	La Unipersonalidad Derivada o Sobvenida	53
2.5.3.	La Organización dentro de la Sociedad Unipersonal	57
	a) El accionista único en funciones de la junta	58
	b) Convocatoria a junta	59
	c) Quórum	59
2.6.	LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO COMPARADO	60
2.6.1.	La Directiva Comunitaria Europea (89/667/CEE)	61
2.6.2.	En España	62
2.6.3.	En Francia	64
2.6.4.	En Colombia	66
2.6.5.	En Estados Unidos	68

2.7. LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA EN EL DERECHO PERUANO	69
2.7.1. La pluralidad de Socios	74
2.7.2. El Estado como Socio Único	77

CAPÍTULO III

LA PROBLEMÁTICA DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL Y EL CUESTIONAMIENTO SOBRE SU INCLUSIÓN EN EL DERECHO POSITIVO

Subcapítulo Primero:

La Unipersonalidad Societaria y sus Fundamentación Jurídica

3.1. LA TEORÍA CONTRACTUALISTA Y EL CUESTIONAMIENTO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL	84
3.2. FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA	87
3.2.1. La Sociedad como agrupación de capitales	89
3.2.2. La Sociedad como Persona Jurídica	97
3.3. FUNDAMENTACIÓN PARA LA ADMISIÓN DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA ORIGINARIA	112

Subcapítulo Segundo:

La Pérdida de la Pluralidad de Miembros y su Precisión sobre su Efecto

Jurídico

3.4. EFECTO JURÍDICO POR LA PÉRDIDA DE LA PLURALIDAD EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES	116
3.5. DICOTOMÍA EN LA LGS SOBRE DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO E IRREGULARIDAD SOCIETARIA EN LA PÉRDIDA DE PLURALIDAD DE SOCIOS	123
3.5.1. Resolución N° 597-2006-SUNARP-TR-L	124
3.5.2. Resolución N° 1295-2008-SUNARP-TR-L	128
3.6. ANÁLISIS DEL EFECTO JURÍDICO DE LA PÉRDIDA DE PLURALIDAD DE SOCIOS	131
3.7. ¿LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES ADMITE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA?	137
3.7.1. Unipersonalidad Societaria Originaria en la Ley General de Sociedades	138
3.7.2. Unipersonalidad Societaria Sobrevenida en la Ley General de Sociedades	140
3.8. FENÓMENO DE LA IMAGINARIA SOCIETAS	141
3.9. LAS SOCIEDADES DE FAVOR	145
3.9.1. El Caso Fracchia	150

3.10. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL COMO MECANISMO DE FRAUDE	155
3.11. ¿ES LA PLURIPERSONALIDAD, MECANISMO DE GARANTÍA FRENTE A LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD?	162
3.12. ¿ES LA SOCIEDAD UNIPERSONAL MÁS PROPENSA AL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA RESPONSABILIDAD LIMITADA FRENTE A UNA SOCIEDAD PLURIPERSONAL?	165

CAPÍTULO IV

LA NECESIDAD DE REGULACION NORMATIVA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Subcapítulo Primero:

¿Es necesaria la regulación normativa de la Sociedad Unipersonal?

4.1. FENÓMENOS QUE ALIENTAN A LA CREACIÓN DE SOCIEDADES UNIPERSONALES	174
4.2. ALTERNATIVAS DE EXPANSION EMPRESARIAL INDIVIDUAL	178
4.2.1. Opciones Contractuales	178
a) Contrato de Agencia	179
b) Contrato de Concesión	181
c) Contrato de Suministro con Distribución	183
4.2.2. Opciones Societarias	186
a) Subsidiaria o Filial – Sociedad	186

b) Sucursal	188
4.3. LA EIRL COMO ALTERNATIVA AL FENÓMENO DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA FÁCTICA	195

Subcapítulo Segundo:

Sociedad Unipersonal VS. Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

4.4. ¿QUÉ ES UNA E.I.R.L.?	201
4.4.1. Primera plasmación normativa de la E.I.R.L.	205
4.4.2. Características de la E.I.R.L.	208
a) Constitución	209
b) Patrimonio	209
c) Organización	211
d) Personalidad Jurídica	212
4.5. ¿ES LA E.I.R.L. UN MECANISMO PARA EVITAR LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES CON SOCIOS DE FAVOR?	213
4.6. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL COMO MECANISMO DE ARTICULACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESA	220
4.6.1. Grupos de Empresas	221
4.6.2. La sociedad unipersonal para la organización de un grupo de empresas	223
a) La sociedad unipersonal como empresa subordinada	224

b) La sociedad unipersonal matriz (holding) como empresa dominante	229
4.7. VENTAJAS ENTRE UNA E.I.R.L. Y UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL	234
4.8. IMPLICANCIAS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO REGULATORIO Y EL DERECHO DE SUCESIONES	241
4.8.1. En el Derecho Regulatorio	241
4.8.2. En el Derecho de Sucesiones	244
4.9. NUESTRA PROPUESTA DE FLEXIBILIZACION EMPRESARIAL: HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE SOCIEDAD	250

CAPÍTULO V

CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

5.1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL	256
5.2. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS SECUNDARIAS	259

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES	268
6.2. RECOMENDACIONES	270

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

-TEXTOS	272
-REVISTAS	277
-PÁGINAS WEB	280
-TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN	283
-JURISPRUDENCIAS	285
-LEGISLACIÓN	286

ANEXOS

ANEXO 01: ANTEPROYECTO DE LEY QUE MODIFICA E INCORPORA LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN LA LEY N° 26887 LEY GENERAL DE SOCIEDADES	289
ANEXO 02: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL N° 597-2006-SUNARP-TR-L	299
ANEXO 03: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL N° 1295-2008-SUNARP-TR-L	314
ANEXO 04: RESOLUCIÓN N° RJ\1990\5366 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE ESPAÑA	345

RESUMEN

El problema principal que se abarca en la presente investigación, es la necesidad de regular normativamente la Unipersonalidad Societaria, no precisamente como una nueva institución jurídica, sino como una sociedad de capital de la que actualmente se regula en nuestra Ley General de Sociedades, formulándose como hipótesis principal la necesidad de regular normativamente la sociedad unipersonal con carácter general, debido a que la regulación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada no es suficiente para cubrir con todas las expectativas y necesidades que tiene el empresario individual al momento de desarrollar una actividad empresarial.

Para corroborar lo mencionado anteriormente, se recurrió, mediante la aplicación del método de investigación dogmático, al estudio, análisis y crítica de las características inherentes y patrimonialistas de la sociedad, recurriendo para ello a la recopilación documental de doctrina nacional e internacional, jurisprudencia y normativa societaria comparada, así como también casuística peruana, lo que proporcionó un estudio minucioso y crítico que permitió la verificación tanto de la hipótesis principal como de las secundarias, efectuando en última etapa un análisis comparativo de la sociedad unipersonal frente a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, concluyéndose mediante la formulación de ventajas y desventajas, que la figura de la sociedad unipersonal es mucho más

atractiva y beneficiosa para el empresario individual, y que la “Sociedad” como tal, sea considerada como un instrumento jurídico de emprendimiento mercantil, la misma que puede ser constituida por una o más personas.

INTRODUCCIÓN

“Una aberración gramatical”, es el argumento más común que se podría escuchar en contra de la admisión de la Sociedad Unipersonal, pero lejos de esa consideración, la Sociedad Unipersonal, es en sí, una *“Sociedad de Capitales”*. Y es que un estudio profundo del fenómeno de la unipersonalidad societaria, no solo se centra en la dicotomía semántica que existe entre el término sociedad y unipersonal, sino que el análisis va mucho más allá de las concepciones que se tengan de dichos términos, ya que lo que se procura evaluar en una institución como esta, es el estudio de las características funcionales y patrimonialistas que presenta una institución como la Sociedad Unipersonal.

Sin embargo el fenómeno de la unipersonalidad societaria, no es uno que haya surgido recientemente, al contrario, fue un tema arduamente debatido por el Derecho Comparado, pero curiosamente dejado de lado, hasta la actualidad por el Derecho Peruano, a excepción de contados autores nacionales que abarcaron el tema a modo escueto.

No obstante, las consideraciones por las cuales se pueda admitir la Sociedad Unipersonal dentro de la normativa jurídica societaria, no se circunscriben únicamente al análisis de la sociedad como tal, sino que van mucho más allá; así entonces, el camino por el cual se optó en la presente

investigación, difiere mucho de aquel argumento de “necesidad mercantil” que muchos autores defensores de la unipersonalidad societaria manifiestan, precisando que si bien el Derecho debe ser un reflejo de la Realidad, –más aún si se toma en consideración que la principal fuente del Derecho Comercial es la costumbre–, la admisión de la sociedad unipersonal requiere de argumentos esgrimidos en base a las características funcionales que presenta una sociedad de “capital”, así como el análisis empírico que demuestre la existencia dentro de la práctica mercantil peruana de las denominadas sociedades con socios testaferros, fenómeno societario que exhibe claramente, un desarrollo superador de la realidad frente al Derecho regulado, y que en consecuencia demuestra la insuficiencia de las instituciones jurídicas empresariales frente a los requerimientos del empresario individual.

En ese contexto de ideas, lo que se pretende con la presente investigación, es generar una nueva visión del Derecho, sobre todo del Derecho Societario como parte integrante de la macro disciplina jurídica que es el Derecho Comercial, y apreciar a la sociedad como un instrumento jurídico de desarrollo empresarial, lo que no implica volver a formular una nueva concepción sobre la naturaleza jurídica de la sociedad, dado que el objetivo de la Tesis no es poner fin a una discusión que se ha generado durante años, y que en la actualidad aún perdura, la propuesta es simplemente acoger una visión evolutiva de la sociedad, que si bien en un momento se planteó como un instrumento para el desarrollo de una actividad comercial en colectividad debido a la dificultad de

desarrollar esta misma de manera individual, consideramos que en la actualidad esta dificultad ya no es considerada neurálgica para el desarrollo de un emprendimiento comercial, esto debido sin lugar a dudas, al crecimiento económico que ha tenido nuestro país, como consecuencia de la globalización comercial que se ha presentado durante comienzos de este nuevo siglo.

Para todo esto, la estructura de la Tesis se compuso en base a cinco capítulos, que a nuestro parecer contribuyen a una mejor comprensión y análisis del tema. Así, en el **Capítulo Primero**, se formula el planteamiento del problema, los objetivos y las respectivas hipótesis, así como la estructura metodológica que se va a utilizar durante el desarrollo de la investigación; en el **Capítulo Segundo**, se desarrolla el Marco Teórico que permite abarcar los aspectos generales sobre la Unipersonalidad Societaria, así como precisar el estado de la cuestión de dicha institución jurídica en el marco del Derecho Comparado, y las excepciones que existe en el Derecho Peruano; dentro del **Capítulo Tercero**, se encuentra el desarrollo de los objetivos secundarios formulados en el primer capítulo, elaborando un estudio, análisis y crítica sobre los problemas específicos de la investigación, los cuales permitirán en una etapa posterior la corroboración de las respectivas hipótesis específicas planteadas en capítulos anteriores; así mismo, en el **Capítulo Cuarto**, se desarrollara también los fundamentos teóricos científicos, por el cual se determinará la insuficiencia o no, de la figura jurídica de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada frente a la Sociedad Unipersonal, lo que permitirá *a posteriori* la corroboración de

nuestra hipótesis principal, que es la necesidad de regular normativamente la unipersonalidad societaria con carácter general; bajo el **Capítulo Quinto**, se procederá a la contrastación de las hipótesis planteadas, tomando como fundamentos los análisis efectuados en el capítulo tercero y cuarto, todo ello bajo el enfoque de una investigación dogmática; y por último, en el **Sexto Capítulo**, se formularan las respectivas conclusiones y recomendaciones, estableciendo en esta última nuestra propuesta de regulación normativa de la sociedad unipersonal como un mecanismo de Flexibilización Empresarial que satisfaga las necesidades del empresario individual.

En ese orden de ideas es que se plantea a modo concreto y sustancial, el desarrollo de la presente investigación, abogando porque en un momento no muy lejano se acoja esta nueva perspectiva de ver a la sociedad como un mecanismo de emprendimiento mercantil, dejándose de lado posturas arcaizantes sobre el rechazo a la sociedad unipersonal, pues como dijo alguna vez el Jurista Enrique Normand Sparks "(...) el Derecho Comercial no le impone a la vida económica los cauces; sino, es la vida económica la que le pide al derecho, espacio y derroteros para transitar; le pide regulación, en pocas palabras; y esa es la genialidad del Derecho Comercial y en particular del Derecho Societario, de tener esa flexibilidad y habilidad de ir recogiendo lo que la vida económica exige(...)"¹.

¹ GUERRA CERRÓN, María Elena. *"Del Ius Mercatorum al Derecho Societario"* en: A los 12 años de la Ley General de Sociedades – Cathedra Lex, Lima, Grijley, 2010, p. 5.

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y METODOLOGÍA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El problema de la presente investigación surge cuando se cuestiona la pertinencia de incluir en la normativa societaria, la figura de la unipersonalidad societaria. Muchos tratadistas nacionales e internacionales señalan que no es adecuado reconocer un fenómeno como este por su incompatibilidad que presenta frente a la teoría contractualista que propugna la creación de una sociedad, así como la incongruencia gramatical que señala que es incorrecto hablar de sociedad de un solo socio por la errónea conceptualización que se le estaría dando al término de sociedad.

Sin embargo pese a las críticas que ha recibido esta figura societaria, países como Colombia, Estados Unidos, Francia y España han adoptado esta figura por una gran y sencilla razón, que el Derecho debe regular las conductas de las personas y sus relaciones con los de su entorno para un mejor desarrollo y funcionamiento tanto del sistema jurídico como del entorno social, y no simplemente negar su regulación con fundamentos exegéticos tradicionalistas que no reflejan la necesidad mercantil y la realidad del tiempo actual en el que se desarrolla la actividad empresarial, es por ello que el Derecho no es una

disciplina que busca la belleza de sus instituciones sino que al contrario busca regular las relaciones de los individuos, mas aun si se tiene en consideración que el Derecho Comercial tiene como fuente principal a la costumbre, es por ello que la sociedad unipersonal es un claro ejemplo de un “desarrollo del Derecho superador de la Ley atendiendo a concretas necesidades empíricas cada vez más acuciantes del trafico”².

En ese sentido es importante determinar en la presente investigación si en efecto se debe o no regular normativamente la figura de la unipersonalidad societaria, y si esta regulación responde o no a necesidades mercantiles dentro de la realidad peruana empresarial, o sencillamente basta con la regulación jurídica-societaria actual, analizando para ello las distintas alternativas que la legislación comercial ofrece al empresario individual para el desarrollo de actividades empresariales, y en especifico demostrar si existe alguna utilidad o insuficiencia por parte de la institución jurídica empresarial de la EIRL.

Así mismo, como problema secundario relacionado al tema de la unipersonalidad societaria, se presenta dentro de la sistematización de la Ley General de Sociedades, una aparente dicotomía sobre el efecto que la propia Ley le atribuye a una sociedad que pierde su pluralidad societaria sin recomponerla en el plazo señalado, dicotomía que se discutió en jurisprudencias

² CARBAJO CASCÓN, Fernando. *La Sociedad de Capital Unipersonal*, 1ra edición, Navarra, Aranzadi, 2002, p.31.

registrales evaluando los dos efectos que aparentemente se le atribuye a tal fenómeno.

De esta forma, al culminar la investigación se obtendrá como resultado, la conveniencia o no de regular normativamente la figura de la unipersonalidad societaria, precisando para ello que durante el desarrollo de la presente se establecerá tanto fundamentos jurídicos como económicos que en su conjunción permitirá determinar si la regulación de la EIRL es insuficiente frente a las necesidades del empresario individual y por ende se requiere la regulación de la unipersonalidad societaria, o simplemente establecer que la regulación jurídica actual en materia de desarrollo empresarial individual es suficiente.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Tanto el problema principal como los secundarios bajo investigación se concentran fundamentalmente en la Sociedad Unipersonal como institución jurídica y el análisis de sus atributos como “Sociedad de Capital” contenidos en la Ley General de Sociedades, así como los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales nacionales y extranjeros sobre el mismo, bosquejando en un momento un estudio comparativo entre dicha figura jurídica con otras instituciones conexas, en especial con la EIRL, por lo que se plantean las siguientes interrogantes:

1.2.1. Problema Principal.

- a) ¿Se requiere la regulación normativa con carácter general de la unipersonalidad societaria?

1.2.2. Problemas Específicos.

- a) ¿Cuál es el efecto jurídico ante la unipersonalidad societaria sobrevenida en la que no se recompone la pluralidad de socios?
- b) ¿Es la EIRL un mecanismo que evite la constitución de Sociedades con socios de Favor?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justifica fundamentalmente en la carencia de doctrina, legislación y jurisprudencia que aborde de manera adecuada el fenómeno de la unipersonalidad societaria, lo que contrasta notoriamente con la realidad en la que la existencia de la *imaginaria societas* se suele dar cuando la participación accionarial se presenta de manera desproporcional (por un lado un 99% y por el otro un 1%), lo que lleva a suponer que, legalmente, por ejemplo la unipersonalidad societaria originaria no es, en principio, admitida en la legislación peruana, sin embargo fácticamente encuentra su existencia mediante

la *imaginaria societas*, razón más que suficiente por el cual el Derecho y más aún el Derecho Comercial que encuentra en su principal fuente la costumbre, debería regular dicho fenómeno empresarial de acuerdo a las modernas tendencias del Derecho societario en el mundo y así fomentar la actividad empresarial en el Perú mediante la constitución de sociedades de manera dinámica.

1.4. MOTIVACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Una de los principales motivos que influyó al autor de la presente investigación a desarrollar el tema de la unipersonalidad societaria es el ánimo de especialización del abogado dentro del Derecho Empresarial, deseo que se fue forjando tenuemente durante los últimos años de estudiante universitario en la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de su alma máter, la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, de la ciudad de Tacna, y que hoy en día dicho animo de especialización se ahonda con el rumbo seguido con los estudios de Maestría en Derecho Empresarial en la Universidad de Lima que actualmente viene desarrollando.

Otro de los motivos que impulsó este proyecto de investigación, es dar a conocer a la comunidad jurídica de la ciudad de Tacna, en especial a los docentes y alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad Jorge Basadre Grohmann, las nuevas tendencias del Derecho Societario y el nuevo enfoque

jurídico en la especialidad del Derecho Empresarial, especialidad que el autor espera se forje en los nuevos egresados de su alma máter.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Objetivo Principal.

- a) Determinar la conveniencia o no de regular normativamente con carácter general la unipersonalidad societaria.

1.5.2. Objetivos Específicos.

- a) Precisar el efecto jurídico ante la unipersonalidad societaria sobrevenida en la que no se recompone la pluralidad de socios.
- b) Analizar si la EIRL es un mecanismo que evite la constitución de Sociedades con socios de favor.

1.6. HIPOTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. Hipótesis Principal

- a) Sí se requiere la regulación normativa con carácter general de la unipersonalidad societaria porque no es suficiente el modelo de la E.I.R.L. (Empresa Individual de Responsabilidad Limitada).

1.6.2. Hipótesis Específicas

- a) El efecto jurídico ante la unipersonalidad societaria sobrevenida en la que no se recompone la pluralidad de socios es la disolución de pleno derecho sin posibilidad de regularizarla.
- b) La EIRL no constituye un mecanismo que evite la constitución de Sociedades con socios de favor; al contrario las facilita.

1.7. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.7.1. Tipo de Investigación Jurídica.

El tipo de investigación a emplearse será el Teórico-Dogmático³ o Jurídico Puro, el mismo que se manifiesta en el trabajo de interpretación, análisis y crítica de las normas, instituciones jurídicas y pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, dado que la dogmática como método de investigación recurre tanto a la doctrina nacional como extranjera, así como al Derecho Comparado y la Jurisprudencia.

1.7.2. Método de Investigación.

En el método de investigación será documental en donde se empleara la metodología mixta, combinando para ello los aspectos teóricos y prácticos, y en el que se analizaran como técnica de investigación los conceptos societarios generales y específicos referentes al tema de la presente investigación, la casuística, la normativa comparada, y el análisis de la jurisprudencia existente sobre el tema materia de investigación.

³ Al respecto puede consultarse sobre los distintos métodos de investigación jurídica, a los autores: RAMOS NUÑEZ, Carlos, en su obra: *“Como hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento”*, Lima, 4ta. Edición revisada y aumentada, Gaceta Jurídica, 2007, y; WITKER, Jorge, en su obra: *“Como elaborar una Tesis en Derecho”* (pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho), Madrid, 1ra. Edición 1986, Editorial Civitas, 1ra. Reimpresión 1991.

1.7.3. Nivel de Investigación.

El nivel de la investigación será descriptivo – jurídico propositivo, porque lo que se busca es describir y analizar una Ley o Institución jurídica vigente para luego evaluar sus características y posibles fallas con el objeto de proponer cambios o reformas legislativas a la misma.

CAPÍTULO II:
NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD Y LA
UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA

Subcapítulo Primero: Naturaleza Jurídica de la Sociedad

Para partir con la presente investigación, a nuestro criterio, consideramos primordial que para abordar el estudio sobre la Unipersonalidad Societaria o también llamada Sociedad Unipersonal, es fundamental desarrollar las distintas posturas sobre el origen o el nacimiento de la Sociedad; sin embargo, la discusión acerca de cuál es su naturaleza jurídica de la Sociedad es un tema de por sí complejo debido a las múltiples teorías y posiciones doctrinarias que se han esgrimido al respecto, de manera que se trata de un tema debatido ampliamente tanto por la doctrina nacional como la internacional, en la cual, la característica resaltante de ello es que no ha existido ni existe hasta el momento una posición única, incuestionable y reconocida de manera unánime sobre el origen de la misma.

Precisamente y en razón de ello, es que a causa de esa falta de uniformidad de criterios tanto doctrinales como legislativos sobre el origen de la Sociedad existen tendencias a modernizar las figuras jurídicas societarias como respuesta a las prácticas mercantiles desarrolladas en la actualidad, y que, en muchos casos, estas manifestaciones tendientes a innovar el Derecho Societario entran en contraposición con los dogmas tradicionalistas que se han gestado durante décadas y que en su momento sentaron las bases del Derecho Mercantil.

Por lo pronto, en el tratamiento de este primer capítulo, se desarrollará a modo de marco teórico, aquellas concepciones doctrinales que nos permitan de manera precisa y puntual abordar el estudio de la Unipersonalidad Societaria de una forma estructurada durante el curso de la presente investigación, permitiéndonos al final de ello, tener una visión contemporánea del instrumento jurídico empresarial como es catalogada hoy en día por distintos jurisconsultos y estudiosos del Derecho Mercantil, a la Sociedad.

2.1. LA SOCIEDAD

Tomando en consideración la doctrina y normativa internacional sobre sociedades, señalaremos como anticipo que, la Sociedad es aquella organización creada por una o más personas naturales o jurídicas con el propósito de desarrollar una actividad económica y participar de los beneficios y pérdidas que ésta genera, definición que por supuesto encontrará su justificación y fundamento en capítulos posteriores de la presente.

Sin embargo, apelando a la secuencia de esta investigación es conveniente abordar el presente título definiendo la Sociedad desde el punto de vista de las concepciones tradicionalistas que se han diseñado durante décadas para explicar el concepto de ésta.

Ahora bien, respecto a esta figura jurídica, existen diversas manifestaciones doctrinarias sobre la definición de sociedad dentro de las cuales pasaremos a citar algunas de las más representativas:

A decir de *URÍA*, la Sociedad se puede definir como: “La asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con el ánimo de obtener un beneficio individual, participando en las ganancias que se obtengan”⁴, definición que establece por un lado la voluntad de personas de querer sindicarse (*affectio societatis*), y por otro el de realizar aportes para crear un fondo común con el propósito de ejercer una actividad económica que a lo largo les genere alguna utilidad a aquellos.

Por su parte el jurista *GARRIGUES* señala que la Sociedad es “Un contrato que da origen a una persona jurídica o al menos a una organización, la cual ya no depende del contrato originario, sino que tiene su propio estatuto, que se modifica sin contar con la voluntad de los primitivos contratantes”⁵, en dicha concepción el jurista *Garrigues* va más allá del mero contractualismo, agrega que aquella asociación o acuerdo de personas da origen a una organización, un ente; o dicho de otro modo, a una persona jurídica, la cual es sujeto de derechos y obligaciones; y cuya existencia ya no depende del acto que la creó, ni de aquellos socios que originariamente expresaron la voluntad de dicho acto, sino que en

⁴ Citado por Vicent Chuliá, Francisco. “*La sociedad en constitución*”, en: Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria, Madrid, Civitas, 1978, pp. 855 y ss.

⁵ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1979, T. I, pp. 106 y ss.

adelante se rige por las normas establecidas dentro de su estatuto, adquiriendo así existencia propia.

Una definición más amplia respecto a los sujetos que participan en la creación de una sociedad es la que nos proporciona el jurista *HUNDSKOPF* al señalar que la Sociedad “Viene a ser una asociación de personas naturales y jurídicas reunidas por un contrato plurilateral, en virtud del cual nace un sujeto de derecho distinto a sus conformantes, con el objeto de que, a través de su actuación colectiva, dicha entequeia provista de personalidad jurídica realice determinadas actividades económicas”⁶, definición que al igual que la de *Garrigues* denotan que el contrato de sociedad ocasiona la creación de un ente provisto de personalidad jurídica y que en consecuencia es un sujeto de derechos distinto de quienes los conformaron, y que en buena cuenta sirve como un instrumento de desarrollo empresarial como bien lo señala *BRUNETTI* al afirmar que la Sociedad “es el medio técnico por el cual se hace posible la actuación colectiva en una actividad económica, normalmente organizada durablemente como empresa”⁷

⁶ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Manual de Derecho Societario*, Perú, Editorial Grijley, 2009, p. 27

⁷ BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Buenos Aires, Uteha, 1960, pp. 67 y ss.

Es evidente entonces, que de las concepciones doctrinarias planteadas en los párrafos precedentes, se puede deducir sencillamente que la Sociedad *per se* es un acuerdo de voluntades, que implica en buena cuenta la reunión de dos o más personas al momento de su creación; sin embargo, uno de los objetivos de la presente investigación es desarrollar un nuevo concepto de sociedad a partir de la adopción y el reconocimiento –tanto en la legislación como en la doctrina nacional– de la Unipersonalidad Societaria originaria, lo que llevara no a desconocer en un principio el acto generador de la Sociedad que se adoptó tradicionalmente en el derecho societario y que sirvió para crear las bases de la actual estructura normativa societaria tanto nacional como internacional.

2.1.1. Antecedentes históricos

El ser humano, desde tiempos remotos, ha tenido y tiene la naturaleza de asociarse con otras personas para alcanzar determinados objetivos que individualmente le eran complicados obtener. En este sentido parafraseando a *SZLECHTER* señalamos que “la colaboración de varias personas tiene, en cualquier clase de empresas una eficacia o fecundidad de que carecen el esfuerzo y el capital simplemente

individuales”⁸, así el hombre impulsado a causa de diversas motivaciones con fines lucrativos o no lucrativos busca asociarse con otros para desarrollar una actividad o alcanzar un objetivo uniendo para ello esfuerzo y patrimonio, éstos de los que una sola persona carece cuando quiere afrontar dicha actividad de manera individual, y es con esta asociación que el hombre visualiza el desarrollo de distintas actividades que individualmente le sería demasiado dificultoso ejecutarlas; por ende, el asociarse a otras personas se convierte en una necesidad, ya que por más iniciativa personal que la persona tenga de desarrollar una actividad que requiere esfuerzo conjunto, no podrá realizarla de manera particular.

La Sociedad, entonces nace como un contrato allá en la Antigua Roma con la figura de la *societas*⁹, si bien esta figura no se caracterizaba por su contenido netamente mercantil de manera exclusiva, se usaba para distintas formas de actividad e incluso de propiedad, existiendo así la comunidad o consorcio de coherederos sobre los bienes que el ascendiente dejaba como testamento, así también se utilizaba para

⁸ SZLECHTER, Emilio, citado por ALVAREZ RESTREPO, Katherine y SIEGERT OSPINA , Katherine en: “*La Ley 1258 de 2008, una mirada crítica*”, Trabajo de investigación para optar el título de Abogado, Medellín, Universidad de EAFIT, 2010, p. 12.

⁹ Sobre la *societas* y sus diversos usos en el antiguo Derecho Romano se puede consultar a: HUGO RICHARD, Efrain y otros, en: *Derecho Societario (Sociedades comerciales, civil y cooperativas)*, 3ra edición, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 2 y ss.

aquellas personas que tenían un bien pro indiviso, es decir bienes en copropiedad.

Así mismo, bajo la *societas*, se canalizó la explotación de la industria, el comercio o incluso una finca rústica, configurándose ésta última mediante la puesta en común de un bien que entre varios romanos la usaban en beneficio común.

Estas concepciones amplias, para lo que en el Derecho Romano se consideraban sociedad, fueron evolucionando en el tiempo para convertirse hoy en día a lo que denominamos Sociedad desde un enfoque mercantilista. Precisamente aquella Sociedad desarrollada en la Antigua Roma la cual funcionaba tanto para actividades económicas y lucrativas¹⁰ así como para cuestiones familiares e incluso hasta religiosas, originó el nacimiento de las sociedades mercantiles o comerciales, en la cual el ánimo especulativo se traducía en el riesgo de ganancia o pérdida en el desarrollo de una actividad comercial o industrial.

¹⁰ BARRERA GRAF, Jorge. *Las Sociedades en Derecho Mexicano (Generalidades, Irregularidades, Instituciones afines)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 7.

La forma más antigua de la Sociedad encuentra su origen en las compañías, las que corresponden en la actualidad a las sociedades colectivas, éstas antiguamente se formaban de manera espontánea entre los herederos para continuar con la actividad del causante, hasta aquí la característica que predominaba en una sociedad era la *intuito personae*, característica que en la actualidad se mantiene en referencia a este tipo societario. De la Sociedad Colectiva que se gestó como una sociedad familiar, se creó posteriormente la Sociedad en Comandita, en donde los socios colectivos actuaban en nombre de la Sociedad bajo un patrimonio común y en la cual se agregaban aportes de socios que se mantenían en reserva, que por lo general en ese entonces lo componían nobles, clérigos y otras personas de medio a alto estrato social, de esta forma estos socios comanditarios que se mantenían en reserva participaban en actividades comerciales y de industria diversificando su riesgo en los negocios sin caer en sanciones morales o patrimoniales que los acreedores de la Sociedad pudieran efectuar; así entonces, bajo este tipo de sociedad es como nace la responsabilidad limitada sólo de los socios comanditarios.

Posteriormente, la Sociedad Anónima evolucionó principalmente en aquellos países con un gran desarrollo económico, y que a decir de *BARRERA*, este tipo de sociedades “se desenvuelven al parejo del capitalismo”¹¹, y es que en efecto una Sociedad Anónima por las características que presenta es un vehículo adecuado por el cual se puede desarrollar una actividad comercial, industrial o de otra índole económica arriesgando sólo parte de un patrimonio, configurándose así la responsabilidad limitada hasta el monto de lo aportado, además de su carácter corporativo que tiene dentro de su organización, y de las ventajas que ésta ofrece. No obstante, la doctrina no se ha pronunciado de manera uniforme sobre el origen de la Sociedad Anónima, algunos señalan que tuvo su origen en la *societatis vectigalium o publicanorum* en el Derecho Romano en donde el cobro de impuestos importaba la constitución de estas sociedades, por otro lado algunos autores sostienen que la Sociedad Anónima encuentra su antecedente más próximo en las denominadas asociaciones acreedoras del Estado en particular en el banco de San Jorge (Génova del siglo XV)¹².

¹¹ *Ibíd*em p. 8

¹² Algunos autores como Efraín Hugo Richard señalan que el origen más próximo de la sociedad se encuentra precisamente en el Banco de San Jorge “acentuándose su derivación del poder público que les otorga la personalidad jurídica en las compañías de Indias, como manifestación económica en la conquista de Asia y América.” En: HUGO RICHARD, Efraín y otros, en: *Derecho Societario (Sociedades comerciales, civil y cooperativas)*, 3ra edición, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 4.

Sobre la concepción de la Sociedad como organización y no como contrato, encuentra su origen en la creación de sociedades estatales por parte del Estado en el desarrollo exclusivo o no de actividades estatales dentro de una economía mixta; es decir, se configuraba la constitución de sociedades unipersonales en donde el único miembro o accionista de la Sociedad es el Estado, ejemplo de este tipo de sociedades en el Derecho Peruano lo encontramos en las empresas de capital estatal como la FONAFE, ENAPU, entre otras.

En suma, bajo una concepción moderna de sociedad de acorde con el principio rector del Derecho Mercantil como lo es la costumbre, convenimos que hoy, en la actualidad mercantil de las distintas legislaciones comerciales del mundo existe un abandono de la Sociedad como contrato, dando paso a la creación de sociedades de capital unipersonal, con ello no se pretende negar el origen contractual de una Sociedad, dado que si bien antiguamente el afrontar individualmente el desarrollo de una actividad económica de manera individual llevaba a la necesidad de agruparse con otras personas; en la actualidad, vemos que esto se ha dejado de lado, permitiendo a las personas contar con una herramienta más por la cual crean conveniente desarrollar de manera individual o conjunta una actividad empresarial, propiciando así una

evolución de la Sociedad que nació como un contrato para pasar a ser un instrumento o un medio técnico de desarrollo empresarial.

2.2. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

Sin lugar a dudas, pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad de por sí es adentrarse a un terreno sumamente debatible, en donde las discusiones doctrinarias materializadas en diversas teorías que procuran explicar la esencia o el acto generador de la misma encuentran siempre una argumentación en contra, la cual impide que exista unanimidad de criterios respecto de este tema tan controvertido. Es así que producto de ese ferviente debate sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad generado año tras año, surgieron diversas teorías como: la postura que define que la Sociedad nace de un contrato (Teoría Contractualista), de un acto complejo (Teoría del Acto Complejo), de una persona jurídica (Teoría Personalista) de una organización (Teoría Organicista), entre otras.

2.2.1. Teoría Contractualista.-

Teoría procedente de la antigua doctrina francesa fundándose que la Sociedad nace de la celebración de un contrato (contrato o pacto social) efectuado por sus fundadores con el propósito de efectuar aportes y así desarrollar una actividad económica en beneficio común.

Es evidente, que gran parte de legislación internacional de la materia acoge esta teoría bajo el entendido que la Sociedad nace de un contrato, algunas de manera explícita como el Código de Comercio de Argentina¹³, al señalar que “la compañía o sociedad mercantil es un contrato” y el Código de Comercio de Colombia¹⁴ que señala “Por el contrato de sociedad 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”, así también podemos afirmar que, si bien en nuestra legislación peruana la Ley General de Sociedades no establece un carácter contractual a la creación de la Sociedad, se puede deducir que dentro de su cuerpo normativo se alude innumerables veces al denominado “*pacto social*” como acto creador de la Sociedad, llegando a concluir que la Ley

¹³ Argentina, Código de Comercio. Aprobado mediante Ley N° 15 promulgado el 12/09/1862

¹⁴ Colombia, Código de Comercio. Aprobado mediante Decreto N° 410 promulgado el 27/03/1971

General de Sociedades, mantiene –si bien no expresamente– una posición contractualista respecto a la creación de la Sociedad.

Sin embargo, ésta posición enfrenta críticas fundamentales respecto a la improcedencia de aplicar las reglas clásicas de los contratos bilaterales a las sociedades –dos partes con intereses contrapuestos que intentan satisfacer sus requerimientos en virtud de las correspondientes contraprestaciones que se efectúan entre ambas–, dado que, al momento de la creación de la sociedad los socios tienen un fin común, descartándose la existencia de intereses contrapuestos, como si ocurre en un contrato sinalagmático puro, en la que las partes se obligan recíprocamente a efectuar prestaciones a favor de la otra.

2.1.2. Teoría del Acto Complejo.-

La base de esta teoría radica fundamentalmente, en contraposición a la teoría contractualista, en la cual se señala que el acto que da origen a la Sociedad no puede denominarse contrato por cuanto no existen prestaciones recíprocas entre los sujetos que fundan la Sociedad ya que las voluntades de estos se fusionan y forman una sola voluntad, la que finalmente dará vida a la Sociedad, y que por el contrario, el acto que

origina una sociedad se le debe denominar negocio jurídico unilateral, por cuanto de las manifestaciones de los fundadores se resalta que todos ellos comparten el mismo fin, y no se obligan a efectuar prestaciones entre ellos, sino a favor de la Sociedad.

Es así que, “Al tratarse de una fusión de voluntades, el resultado no se altera si luego de conformado el negocio perdiera validez la intervención de alguno de los concurrentes. La institución o sujeto de derecho creado se independiza de sus creadores, descartándose la posibilidad de intereses contrapuestos entre los socios, luego de consumado el acto complejo”¹⁵, por lo que pese a existir una pluralidad de personas al momento de la constitución, éstas comparten una sola manifestación de voluntad convirtiéndose así en un acto jurídico unilateral que engloba a todas las manifestaciones de los creadores por tener éstas un fin común que es la creación de la Sociedad, descartándose así que el acto generador de la Sociedad sea un contrato por carecer de manifestación de voluntad bilateral o plurilateral.

¹⁵ SANTOS STACCO, Jorge y Otros. *Contrato de Constitución Societaria y Clasificación de los Contratos*, Argentina, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco", 2007, p. 4.

2.1.3. Teoría Organicista.-

Se señala que el Derecho Mercantil ha ido evolucionando año tras año, desde los actos que individualmente desarrollaba el comerciante, para luego pasar a la comercialización en masa, y que en la actualidad, el antiguamente llamado comerciante, que hoy se autodenomina empresario es el organizador en base a su experiencia y los antecedentes de ese ente organizado denominado empresa, teoría que define que la Sociedad es un instrumento para el desarrollo de la actividad empresarial siendo así que la empresa es el género y la Sociedad la especie.

Entonces, la Sociedad es la receptora de esa entidad organizada llamada empresa, que en palabras de *JEAN PAILLUSEAU* se traduce en que “la Sociedad es una estructura de recepción de la empresa pues o bien aquella ha sido constituida especialmente para una empresa individual que existe y funciona, o bien la Sociedad se crea para ejercer una actividad económica, y una empresa nace y se desarrolla, siendo la Sociedad la organización jurídica de la empresa”¹⁶, estableciendo así una similitud con la concepción que ensaya *BRUNETTI* al establecer que la

¹⁶ Citado por ECHAIZ MORENO, Daniel, en: *Derecho Societario. Un nuevo enfoque de los temas societarios*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2009, pp. 22 y 23.

Sociedad es un medio técnico por el cual se desarrolla una actividad económica de manera organizada.

2.1.4. Teoría Personalista.-

Bajo este postulado, la Sociedad es calificada como persona jurídica, en el entendido que, a causa de las manifestaciones de sus creadores se origina un sujeto de derechos y obligaciones que surge de una ficción que la Ley le atribuye, así por ejemplo; el Código de Comercio de Venezuela¹⁷ señala en su artículo 201° que “Las compañías son personas jurídicas distintas a sus socios”, y es que en esencia esta teoría señala que la Sociedad tiene existencia propia distinta a la de sus miembros, por cuanto es un sujeto independiente que cuenta con un patrimonio distinto a los sujetos que la crearon.

Es así que, desde la “tribuna” del maestro *ECHAIZ*, “la autonomía de la voluntad (presente en el contrato social), abre paso a una nueva personalidad jurídica, que trasciende aquel acuerdo interpartes para proyectarse en la realidad a través de un sujeto de derecho que surge de

¹⁷ Venezuela. Código de Comercio. Publicado en la Gaceta Oficial N° 475 el 21/12/1955

una ficción legal”¹⁸, señalando que en esta teoría no se discute ni se especifica el acto que genera a la Sociedad, sino mas bien, a la consecuencia del acto mismo se define al ente, a la creación, mas no a la fuente.

2.1.5. Teoría del Contrato Plurilateral de Organización.-

Siendo la teoría más aceptada doctrinalmente que señala que la Sociedad se crea mediante un contrato, pero no cualquier contrato –como en la clásica teoría contractualista la cual ha sido criticada por la Teoría del Acto Constitutivo por cuanto no existían prestaciones reciprocas entre los socios–, sino que la particularidad de este contrato es que existe prestaciones autónomas, que van dirigidas a crear una entelequia denominada sociedad como acertadamente señala el maestro *ECHAIZ* al afirmar que “Los contratantes no se encuentran uno frente al otro (lo que sí sucede en los contratos con prestaciones recíprocas como una compraventa), sino que, por el contrario, están del mismo lado mirando hacia un objetivo compartido: la constitución de la Sociedad”¹⁹, de similar modo Barrera señala lo siguiente: “Se trata, en efecto, de un contrato, si bien distinto a los bilaterales con obligaciones recíprocas o contratos de

¹⁸ ECHAIZ MORENO, Daniel, en: *Derecho Societario. Un nuevo enfoque de los temas societarios*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2009, p. 22.

¹⁹ ECHAIZ MORENO, Daniel. Ob. Cit. P. 24.

cambio, en cuanto que en la Sociedad existe una finalidad común, con dos o más partes (socios) en el que se dan relaciones complejas entre cada uno de los socios y la Sociedad misma que se crea, tenga ésta o no personalidad propia”²⁰

Por lo tanto, la Sociedad no sólo se agota en su carácter contractual bajo el acto constitutivo que la origina, sino que además, crea una persona jurídica que adquiere vida propia independizándose de los socios que la conforman, adquiriendo la condición de sujeto de derecho que la Ley le confiere y que es pasible de derechos y obligaciones contando para ello con un patrimonio propio. Por ello “la Sociedad no es sólo un contrato”, pues, “a lado de su aspecto constitutivo negocial, hay que considerar otra faceta de extraordinario interés: el aspecto institucional”²¹

Es así que, bajo esta teoría se permite diferenciar el acto constitutivo de la Sociedad y la Sociedad misma, sosteniendo que bajo el primer punto se puede aseverar un carácter contractual, y del segundo la

²⁰ BARRERA GRAF, Jorge. *Las Sociedades en Derecho Mexicano (Generalidades, Irregularidades, Instituciones afines)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 18.

²¹ HUGO RICHARD, Efraín y otros. *Derecho Societario (Sociedades comerciales, civil y cooperativas)*, 3ra edición, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 114.

existencia de un ente independiente de aquellos que la crearon, creando así una división de patrimonios entre ambos.

Por nuestra parte, consideramos que sí, en efecto, la Sociedad no se origina mediante un contrato en el sentido tradicionalista –donde existe prestaciones recíprocas–, sino que se trata de un contrato plurilateral en el cual se efectúan prestaciones que van dirigidas además a crear un ente independiente de aquellas personas naturales o jurídicas que la fundan, es decir, la Sociedad se crea mediante un contrato plurilateral de organización, en cuyo caso la Sociedad no solamente se agota en su aspecto contractual, sino que además, crea una organización independiente de sus fundadores. No obstante, al aseverar esto último pareciera que el planteamiento que nos llevó a desarrollar la presente investigación no tendría cabida de ningún modo al afirmar nuestra adhesión a esta teoría, sin embargo nuestra propuesta radica en, como se señaló anteriormente, no pretender desconocer el acto por el cual la Sociedad se ha creado tradicionalmente durante estos últimos años, pues eso llevaría a una reformulación total de todas las instituciones y figuras que se han creado en base a una pluralidad de socios denotando su carácter contractual.

Es por ello que, lo que se pretende establecer con la presente investigación, es “flexibilizar” el concepto de Sociedad gestada en sus inicios bajo una concepción asociativa, adaptarla a los cambios que la práctica mercantil requiere, concluyendo así que una Sociedad como instrumento jurídico empresarial no solamente puede crearse mediante un contrato plurilateral de organización, sino que también mediante un acto o negocio jurídico unilateral de organización, proveniente de la manifestación de una sola persona, sea esta natural o jurídica.

2.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD EN EL DERECHO POSITIVO

La mayor parte de la doctrina peruana, sin lugar a dudas, adopta el criterio de la Teoría Contractualista –en el sentido del contrato plurilateral de organización– respecto a la naturaleza jurídica de la Sociedad, es así que para el jurista *HUNDSKOPF* “la Sociedad nace de un contrato, como producto de acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial. Perfeccionando el contrato por la voluntad social, y gestada la nueva persona jurídica, en virtud de su inscripción en el registro (artículo 6° de la Ley General de Sociedades), ésta asume

derechos y obligaciones, adquiere composición orgánica, voluntad y patrimonio autónomo”²²

Por su parte, el maestro *ECHAIZ* reflexiona en los siguientes términos: “Así, aquello que empezó como un contrato es ahora una persona jurídica que cuenta, por ejemplo, con una organización corporativa (junta de socios, directorio y gerencia) y una organización jurídica interna (pacto y estatutos sociales)”²³.

Sin embargo, pese a las diversas posiciones doctrinarias respecto a la naturaleza de la Sociedad, la Ley General de Sociedades²⁴ se ha reservado de establecer una definición precisa de la Sociedad dentro de su normativa, apartándose así y adoptando en primera instancia una posición neutral frente a la discusión doctrinal y legislativa que se ha venido gestando hasta ese tiempo; empero, muchos doctrinarios aseveran que si bien es cierto que la Ley General de Sociedades no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica al no definir a la Sociedad, se puede deducir que su naturaleza contractual está contenida en el artículo primero al señalar que existen una pluralidad de sujetos y estos convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio de un bien en

²² Hundskopf Exebio, Oswaldo. Ob. Cit. P. 33

²³ ECHAIZ MORENO, Daniel. Ob. Cit. P. 24

²⁴ Perú, Ley General de Sociedades. Aprobada mediante Ley N° 26887 de fecha 09/12/1997.

común, así *HUNDSKOPF* señala que “La LGS no se ocupa de definir a la Sociedad. No obstante ello, opinamos que del texto de su artículo 1° se desprende que nuestra legislación se inclina por la teoría contractualista”²⁵, y es que aparentemente del texto “Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas”²⁶, se puede inferir del término convienen un acuerdo de voluntades que lleva a suponer que se trata de un contrato y que nuestra actual Ley General de Sociedades ha adoptado tácitamente la posición contractualista sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad, a diferencia del antiguo texto normativo²⁷, el cual asumía en su artículo primero la discutida teoría de manera expresa.

2.4. OBJETO Y CAUSA DE LA SOCIEDAD

2.4.1. Objeto de La Sociedad.-

A decir de *VERÓN*: “El objeto societario constituye uno de los conceptos esenciales del ordenamiento jurídico aplicable a las

²⁵ Hundskopf Exebio, Oswaldo. Ob. Cit. P. 33

²⁶ Perú. Art. 1 de la Ley General de Sociedades. Aprobada mediante Ley N° 26887 de fecha 09/12/1997.

²⁷ Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123, actualmente derogada.

sociedades”²⁸; entonces, el objeto de la Sociedad puede consistir en el ejercicio de uno o varios actos de comercio los cuales se encuentran determinados en el pacto social; sin embargo, el objeto societario u objeto social es definido muchas veces por la doctrina con gran imprecisión lo que lleva a confundir muchas veces con el objeto del contrato de Sociedad, es por ello que a efectos de determinar el concepto de objeto societario debe distinguirse fundamentalmente cuatro nociones básicas, las cuales nos permitirán identificar con precisión lo que con frecuencia se tiende a confundir.

- a) *Actividad de la Sociedad.*- Como bien lo anota HALPERIN, “Se trata de actos de personas físicas –pues las personas jurídicas no pueden actuar, sino a través de aquellos actos– imputables a la Sociedad”²⁹, como se verá más adelante el objeto societario está constituido en sentido estricto por un conjunto de actividades definidas en el pacto social y en los estatutos, dicho de otro modo las actividades normativamente establecida en el objeto social; pero también existen actos o actividades que no están determinadas estrictamente dentro del objeto social, pero que sin embargo, existen estrechas vinculaciones entre ambos, de esta

²⁸ Citado por CABANELLAS Guillermo, en: *Derecho Societario “El Contrato de Sociedad”*, Buenos Aires, Heliasta, 1994 p.249 T. II

²⁹ Ib idem p.249.

forma las actividades que realiza la Sociedad son concebidas en sentido lato por cuanto se trata de actos que la Sociedad desarrolla a través de sus órganos, pero que a la larga guardan relación con el desarrollo del objeto social contenido en el pacto social o en el estatuto.

- b) *Finalidad o Causa de la Sociedad.*- El propósito de una Sociedad es desarrollar las actividades determinadas dentro de la esfera del objeto social –propósito como persona jurídica– sin embargo, la finalidad de los socios es constituir una Sociedad teniendo un objetivo común, ese objetivo común es desarrollar las actividades económicas delimitadas en el pacto social y fruto de determinadas actividades obtener beneficios a ser distribuidos entre tales socios. Ahora, entre el objeto social y la finalidad de la Sociedad, existe una relación de medio y fin, permitiendo así establecer una clara diferencia entre dichos conceptos, ya que la realización de las actividades delimitadas en el objeto social es el medio para obtener los beneficios económicos que constituye el fin de los socios.

Tal como en el caso de las actividades de la Sociedad, el concepto de objeto social o societario y la finalidad de la Sociedad mantienen una estrecha vinculación, tal es así que los órganos de la Sociedad no pueden desarrollar cualquier actividad que no esté demarcada en el objeto social o guarde relación con ella para obtener un beneficio económico, ya que de ser así dichas actividades calificarían como actos *ultra vires*.

- c) *Objeto del Contrato de Sociedad.*- Para establecer la definición de este apartado es menester distinguir la Sociedad como contrato y como ente u organización –partiendo para ello bajo la concepción de la Teoría del Contrato Plurilateral de Organización– con el propósito de evitar confusiones respecto a su delimitación, para ello sin ánimo de profundizar sobre los elementos del contrato de sociedad, bajo este punto se hará un breve análisis sobre qué es lo que se considera como objeto del contrato de sociedad.

Respecto sobre qué cosa se considera como objeto del contrato en general, es preciso recurrir para ello a la concepción que efectúa la doctrina más autorizada en el Perú sobre materia de contratos, estableciendo así que “Se considera entonces que el objeto del

contrato es la constitución de obligaciones, esto es, la relación jurídica. Estas obligaciones, por su parte, tienen como contenido a las prestaciones, las cuales, a su vez, tienen por objeto la obtención por el acreedor de una ventaja económica”³⁰

Es así que el objeto del contrato de Sociedad, son aquellas prestaciones autónomas que ejercen los socios con el propósito de crear aquel ente independiente y sujeto de derechos por atribución de la Ley al que se la denomina Sociedad y que en palabras de *ROBILLIARD* “El objeto del contrato de Sociedad es la creación de una relación jurídica societaria que trae como consecuencia el nacimiento de una Sociedad que se regirá por el Derecho Societario”³¹

d) *Objeto Social o Societario.*- *HALPERIN* indica que “el objeto está constituido por los actos o categorías de actos que por el acto constitutivo podrá realizar La Sociedad”³². Por su parte *ZALDIVAR* la define como “La actividad económica en vista de la cual se

³⁰ PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primaria del Libro VII del Código Civil*, Lima, Palestra, 2001, T. I, p.27.

³¹ ROBILLIARD D’ONOFRIO, Paolo. *Sociedades de Favor “La Personalidad Jurídica en el Desarrollo de la Actividad Empresarial Individual en el Perú”*, Tesis para optar el Título de Abogado, Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho, 2009 pp.111 y 112.

³² Citado por CABANELLAS Guillermo. *Op. cit.* p.253.

estipula el contrato de sociedad y a través de él, el organismo societario se manifiesta y desenvuelve”³³.

Cabe advertir, sin embargo, que nuestra Ley General de Sociedades no define el objeto social de modo taxativo, no obstante, se encarga de establecer determinados parámetros para la identificación de este dentro de su artículo 11^o³⁴.

Así como primer parámetro encontramos que el objeto social de la Sociedad se circunscribe al desarrollo de actividades lícitas, estableciendo así una limitación que la Ley impone y que, en caso se quebrante, se procederá a la nulidad³⁵ de la del pacto social y la disolución de pleno derecho y subsiguiente liquidación³⁶ de la

³³ ZALDIVAR Enrique y otros. *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1973, t.1 p. 257.

³⁴ **Artículo 11°.-Objeto Social:**

La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.

³⁵ **Artículo 33°.- Nulidad del Pacto Social:**

“[...]

2. Por constituir su objeto alguna actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres: sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 410

3. Por contener estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omitir consignar aquellas que la ley exige.

[...]”

³⁶ **Artículo 36°.- Efectos de la Sentencia de la Nulidad:**

Sociedad, tal como lo sentencia el artículo 33° y el 36° del mismo cuerpo normativo.

Un segundo parámetro consignado como limitación, es que el objeto social no puede contener actividades que la Ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas, este es el caso de las actividades de intermediación financiera que la Ley reserva a las entidades del sistema financiero. A su vez la Ley establece que el objeto social está constituido por la descripción detallada de aquellos negocios u operaciones, que para efectos se encuentran determinados en el pacto social o en el estatuto, esto quiere decir que la Sociedad deberá establecer en su acta de constitución o en su estatuto las actividades que pretende desarrollar, sin embargo el mismo dispositivo legal establece una suerte de flexibilización, en el sentido de que se entenderán también incluidos dentro del objeto social, aquellos actos que coadyuven al desarrollo de las actividades determinadas en su pacto social o estatuto, sin duda “aquí el legislador ha establecido que, por más detallada que sea la descripción del objeto social,

La sentencia firme que declara la nulidad del pacto social ordena su inscripción en el Registro y disuelve de pleno derecho la sociedad. La junta general dentro de los diez días siguientes días siguientes de la inscripción de la sentencia, designa al liquidador o a los liquidadores.

[...]

ésta no siempre va abarcar todas las actividades conexas al objeto social que estén encaminadas al logro del fin de la Sociedad”³⁷.

Por lo tanto, tomando en consideración lo antes manifestado, podemos señalar que el objeto social o societario está compuesto por aquellas actividades detalladas expresamente dentro del pacto social o del estatuto, comprendiendo también de manera tácita aquellos actos que coadyuven al desarrollo de las establecidas anteriormente, y que a modo de conclusión podemos afirmar que: “El objeto de la Sociedad se refiere a lo que se dedica la Sociedad, es decir, la manera como participa en el mercado”³⁸

2.4.2. Causa del Contrato de Sociedad.-

Al igual que las teorías sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad, la causa del contrato de esta misma ha sido materia de diversas discusiones en torno a su identificación, es por ello que en este punto nos limitaremos a asumir lo que en la doctrina contractual se manifiesta ¿Por

³⁷ AREA DE EDICION Y REDACCION CATHEDRA LEX. “*Objeto Social y Actos Ultra Vires*”, en: A los 12 años de La Ley General de Sociedades, Lima, Grijley, 2010, p. 97.

³⁸ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “*El Contrato de Sociedad*”, en: Tratado de Derecho Mercantil, Lima, Gaceta Jurídica, Instituto Peruano de Derecho Mercantil, 2003, T.1 p. 212

qué se contrata? y ¿Para qué se contrata?, respondiendo a dichas interrogantes como el objeto y la causa respectivamente.

Entonces ¿Para qué se contrata? –refiriéndonos claro al contrato de Sociedad–, Uría señala que “La causa del contrato de Sociedad se constituye para el ejercicio en común de una actividad económica, con intención de repartir los beneficios que se obtengan”³⁹, ZANELLI por su parte establece que “La causa del contrato de Sociedad es la finalidad común –interés social objetivizado en el contrato–, y se relaciona fuertemente con la obtención de beneficios”⁴⁰

No obstante, a tenor de estas definiciones podría advertirse que la causa del contrato de la Sociedad tiende a confundirse conceptualmente con la finalidad de la Sociedad; sin embargo, como se expresó en párrafos anteriores, la finalidad de la Sociedad como ente, es desarrollar las actividades determinadas dentro de su objeto social –a raíz de ellos se afirmó también que entre el objeto y la finalidad de la Sociedad existe una relación de medio y fin–, y en este caso el objeto o para qué se contrata socialmente desde el punto de vista de los socios quienes son los que

³⁹ URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Vigésimo Primera Edición, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 173.

⁴⁰ ZANELLI, Pietro. *Stipulazione e vicende del contratto di società. I Grandi Temi. Le Società*. Francesco Galgano (Director). Torino, UTET, 2002, p.11 (traducción libre).

ejercen la manifestación de la voluntad es – como bien lo dijo Uría– el desarrollo de una actividad económica mediante el ente societario con el propósito de obtener un beneficio por ello.

Para *PAZ-ARES*, en cambio, si bien la causa del contrato de sociedad si se identifica con el fin común, éste no necesariamente tendrá carácter lucrativo. Para este autor, la causa del contrato de sociedad es el “propósito práctico o la finalidad perseguida por las partes”⁴¹

Por nuestra parte, consideramos que la causa del contrato de Sociedad contiene dos matices, la inmediata que importa el cumplimiento de las actividades señaladas en el objeto social del ente generado, y la mediata, siendo ésta la participación en las utilidades y pérdidas por parte de los socios generadas a consecuencia de las actividades económicas efectuadas mediante la Sociedad, y en el que, “podría aceptarse que el fin lucrativo –o sea la obtención de las utilidades– fuera la causa mediata de la constitución del nuevo ente, actuando como causa inmediata el objeto social”⁴².

⁴¹CITADO por ROBILLIARD D’ONOFRIO. Op. Cit. Pp. 113 y 114.

⁴²HUGO RICHARD, Efrain y otros. Op. Cit. P. 145.

Subcapítulo Segundo: La Unipersonalidad Societaria

Los primeros pasos de la Sociedad con un solo socio en el terreno de la práctica y en las primeras resoluciones jurisprudenciales que se ocupan de ella constituyen un claro ejemplo de un “*desarrollo del Derecho superador de la Ley atendiendo a concretas necesidades empíricas cada vez más acuciantes del tráfico*”⁴³, necesidades que en la actualidad requieren ser cubiertas por una normativa flexible que se adapte a los constantes cambios que se presentan día a día en el desarrollo de la actividad empresarial.

Por ello, la Unipersonalidad Societaria, que ya en muchos países europeos y en contados países americanos se admite, es una respuesta del legislador frente a la imperiosa necesidad de regular las relaciones comerciales que se encontraban al margen de la normatividad mercantil, y es que como manifestara el gran jurisconsulto peruano *NORMAND SPARKS* “el Derecho Comercial no se puede desprender de asentarse en una realidad económica, el Derecho Comercial no le impone a la vida económica los cauces; sino es la vida económica la que le pide al

⁴³ CARBAJO CASCÓN, Fernando. *La Sociedad de Capital Unipersonal*, 1ra edición, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 31.

derecho, espacio y derroteros para transitar; le pide regulación, en pocas palabras; y esa es la genialidad del Derecho Comercial y en particular del Derecho Societario, de tener esa flexibilidad y habilidad de ir recogiendo lo que la vida económica exige”⁴⁴, precisamente esa genialidad del Derecho Societario que se traduce en la flexibilidad de la especialidad es la que permite realizar una simbiosis entre la realidad empresarial y el derecho regulado.

Convencidos, entonces, de la Unipersonalidad Societaria como manifestación de la flexibilidad del Derecho Societario, abogamos por su admisión no sólo con el propósito de aparejar nuestra normativa mercantil con las de otras legislaciones, sino la regulación de aquella responde a necesidades tanto dogmáticas como fácticas. Dogmáticas, en cuanto a su reconocimiento como tal, es decir como sociedad de capital; y fáctica en respuesta a los fenómenos empresariales que existen en la actualidad y que se materializan con la constitución de Imaginaria Societas o sociedades con socios de favor.

⁴⁴ Entrevista a Normand Sparks, realizada por Jose Carlos Tuesta, “del ius mercatorium al Derecho Societario” Maria Elena Guerra Cerrón, en: “A los 12 años de La Ley General de Sociedades”, Grijley, Lima, 2010, p. 5.

2.5. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

En Latinoamérica la Sociedad Unipersonal es un fenómeno de reciente reconocimiento legal, pero de antiguo debate doctrinal, reconocimiento legal en relación únicamente a dos países; Colombia que en el año 2008 mediante la aprobación de su Ley numero 1258 de sociedades por acciones simplificada regula integralmente la figura de la Sociedad Unipersonal tanto en su vertiente originaria como sobrevenida y Venezuela que regula sólo en parte el fenómeno de la Unipersonalidad Societaria, al regular únicamente la Unipersonalidad Sobrevenida en el artículo 341° de su Código de Comercio; no obstante, los primeros pasos que dio la Sociedad Unipersonal en cuanto a su reconocimiento legal se efectuaron a consecuencia del fenómeno que constantemente se presentaba en las constituciones de sociedades con ayuda de un socio testaferro allá por los siglos XIX y XX, es así que el primer intento por apaciguar este fenómeno que a todas luces burlaba la naturaleza contractualista de la Sociedad, fue el proyecto de *PISKO*⁴⁵ sobre la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, proyecto que sin embargo no tuvo la acogida que se esperaba y que no terminó por

⁴⁵ Jurista que diseño el proyecto de la empresa individual de responsabilidad limitada con el propósito de beneficiar a la persona que deseaba ejercer actos de comercio de manera individual y que buscaba proteger su patrimonio de la responsabilidad ilimitada, punto que será analizado en un título posterior respecto a la empresa individual de responsabilidad limitada como mecanismo frente a la unipersonalidad societaria.

desterrar de la actividad mercantil el fenómeno de la constitución de sociedades con socios de cómodo.

Precisamente, la Sociedad Unipersonal tuvo su nacimiento en el ámbito empresarial privado en base a la creación de sociedades constituidas con socios de complacencia, en la cual sólo uno de ellos tenía el interés de desarrollar una actividad empresarial utilizando como instrumento mercantil a la Sociedad y él o los otros actuaban simplemente como prestanombres que servían para cumplir el requisito del sustrato plural que la Ley exigía cuando se constituía una sociedad.

Por tanto, bajo el fenómeno de las sociedades constituidas con socios de favor se podía apreciar la existencia de sociedades unipersonales, si bien no bajo un enfoque formalista o legal, si lo era y lo es bajo un enfoque realista o fáctica, así la Sociedad Unipersonal, a decir del jurista español Juan Luis Iglesias, “es aquella que tiene un solo socio, ya que desde su propio origen la titularidad de todo su capital corresponde a una sola persona (sea un fundador único o un tercero adquirente), o bien porque ha tenido varios socios (desde su constitución o con posterioridad a ella), y una sola persona llega a adquirir la totalidad

de su participación en el capital social⁴⁶, en suma, una Sociedad Unipersonal es aquella que se constituye por voluntad unilateral proveniente de una sola persona, denominada socio único fundador quien ostenta toda la participación accionarial (unipersonalidad originaria), así también recibe tal calificativo la Sociedad cuya Unipersonalidad devenga ulteriormente, en otras palabras cuando la Sociedad se haya fundado con una pluralidad de socios y que en el camino uno de ellos adquiera toda las participaciones de los otros, quedando así como único accionista de la Sociedad (Unipersonalidad Sobrevenida).

2.5.1. Unipersonalidad Originaria

Entendida como aquella Sociedad que ha sido constituida originariamente por una persona natural o jurídica mediante acto o voluntad unilateral con el propósito de desarrollar una actividad comercial o mercantil señalada en su objeto social y obtener por dicho desarrollo un beneficio económico, y que para tal caso la Sociedad ya no encuentra su génesis bajo la teoría contractualista, en la que la Sociedad nace de un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, sino que su creación

⁴⁶ IGLESIAS, Juan Luis. Citado por ALBUJAR VELASQUEZ, Luis. En: *La Sociedad Unipersonal en el Derecho Societario Peruano*, p. 2, Portal web de la Universidad San Martín de Porres, disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedec/alumnos_investigacion/sociedad_unipersonal.doc Acceso en fecha 27/11/11.

emana del negocio o acto constitutivo que contiene la voluntad individual de aquella persona que decide crearla, así GUYON afirma que, “el acto constitutivo de estas sociedades no puede ser otra que un compromiso unilateral, lo cual provoca no una simplificación sino una desnaturalización de las reglas aplicables”⁴⁷, ello en el sentido de que las fórmulas contractuales aplicables durante la existencia de una sociedad como lo son los pactos entre accionistas, sindicación de acciones para ejercer un voto conjunto, etc., no podrían ser aplicables respecto a una sociedad que es conformada con solo un miembro.

Entonces, cuando una Sociedad es originariamente Unipersonal nos encontramos normalmente “con la fundación de una nueva Sociedad, inexistente hasta entonces, en la que se presenta la especialidad de que al acto constitutivo concurre un único sujeto como socio fundador, que asume la totalidad de las acciones o participaciones sociales”⁴⁸, miembro que al crear dicha institución societaria asume con la titularidad de todas las acciones que representa el capital societario, no obstante aseverando que esta Unipersonalidad puede ser momentánea si es que así lo decide

⁴⁷ Citado por MORALES HERNANDEZ, Alfredo. “El régimen venezolano de las sociedades comerciales”. En: Revista de Derecho Comparado, N° 13, Santa fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 93

⁴⁸ GONZALES FERNANDEZ, María. *La sociedad Unipersonal en el Derecho Español (Sociedad Anonima, Sociedad de Responsabilidad Limitada, y Sociedad Limitada Nueva Empresa)*, Madrid, Editorial La Ley, 2004, p.124.

el socio único, ya que este puede incorporar nuevos miembros a la Sociedad ofertando a terceros la transmisión de sus acciones o participaciones o en todo caso incorporándolos mediante una nueva suscripción de las mismas.

Con todo ello, la admisión de la Unipersonalidad Originaria fue la que más rechazo obtuvo por parte de la doctrina tradicionalista, fundada en su contradicción frente a la naturaleza contractual de la Sociedad que se ha adoptado en casi la totalidad de legislaciones en el mundo, sin embargo, creemos que, si bien es cierto, la Sociedad se concibió tradicionalmente como un acuerdo de voluntades respecto a su acto constitutivo, no por ello debemos negar la existencia de sociedades que habida cuenta en la actualidad operan fácticamente con la participación de un socio o accionista como más adelante tendremos la oportunidad de demostrar con el fenómeno de las *Imaginaria Societas* y de las denominadas *sociedades de favor*, estando convencidos que la definición de la Sociedad como acuerdo de voluntades en base a la Teoría Contractualista fue creada para la época en que se gestó la actividad comercial en asociación, y que hoy en día la persona que desea realizar una actividad comercial no requiere por lo general asociarse a otras para cumplir con tal cometido, un ejemplo de ello son las empresas (personas

jurídicas) multinacionales que desean realizar inversiones en un mercado ajeno y lo que menos requieren para el desarrollo de sus actividades económicas es por lo general asociarse con otros.

2.5.2. Unipersonalidad Derivada o Sobrevenida.

En cuanto a la Unipersonalidad Sobrevenida o Derivada podemos afirmar que, al contrario de la Unipersonalidad Originaria, ésta opera cuando durante la existencia de la Sociedad pluripersonal (sociedad constituida inicialmente por dos o más personas), deviene en unipersonal porque todas las acciones o participaciones pasan a ser de propiedad de un solo titular. “Por tanto no requiere un negocio de carácter constitutivo (pues la Sociedad misma ya existe), ni esa concentración de participaciones supone una transformación societaria, pues se mantiene la forma social, sólo que con el <apellido> de unipersonal”⁴⁹.

Cuando la Unipersonalidad es Sobrevenida, el cambio que se produce al interior de una Sociedad Pluripersonal puede operar no solamente cuando la totalidad de las acciones o participaciones de una sociedad pasan a un solo accionista mediante la transmisión de éstas,

⁴⁹ LOPEZ DEL REY, Francisco. “*Algunas reflexiones sobre el Régimen Jurídico de la Sociedad Unipersonal*”, en: Anales de Derecho, N° 26, Murcia, Universidad de Murcia, 2008, p. 609.

sino también, puede operar una Unipersonalidad Sobrevenida mediante la reducción a uno por razón del derecho de separación que le corresponde como derecho a cada socio, efectuando para ello la amortización de participaciones a aquellos que se apartan de la Sociedad reduciendo así el capital social y cancelando las acciones o participaciones que se hayan amortizando.

Comúnmente, el fenómeno de la Unipersonalidad sobrevenida, ha sido siempre sancionada por diversas legislaciones con la disolución de pleno derecho si es que la pluralidad de agentes no es reconstituida en un determinado plazo, pero que sin embargo países como Venezuela toleran normativamente la reunión de todas las acciones en una sola mano de forma Sobrevenida, no optando para ello la disolución societaria como sanción al fenómeno en mención, así el artículo 341° de su Código de Comercio lo confirma, al establecer que “ La Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada no se disuelven por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de la Sociedad”⁵⁰.

⁵⁰ Venezuela. Código de Comercio. Publicado en la Gaceta Oficial N° 475 el 21/12/1955

Y es que, en efecto, si nos ponemos a analizar estructuralmente el funcionamiento de una Sociedad sobre la base de la pluralidad de socios, encontraríamos que lo importante para el funcionamiento de una Sociedad no es la reunión de todos los socios en junta general para adoptar cualquier decisión que requiera mayoría simple o calificada – porque en buena cuenta, la marcha de una Sociedad se materializa en las decisiones que se adopten en junta– sino que, lo que requiere una Sociedad para que se desenvuelva dentro del mercado y ejecute la actividad económica señalada en su objeto social, es la reunión de participaciones o acciones en junta general que permitirá adoptar cualquier tipo de decisiones que se propongan en ella y que en consecuencia lleve a la Sociedad a su correcto funcionamiento, de ahí se dice que “una vez constituida la Sociedad y otorgada la personalidad jurídica a la organización societaria, el contrato se diluye dando paso al estatuto, en cuanto norma de organización pseudo-objetiva contenida en el contrato por la que se regula el funcionamiento preciso de la organización corporativa de acuerdo con las respectivas leyes reguladoras”⁵¹, siendo así que la pluralidad societaria si bien se manifiesta como un requisito esencial para la constitución de la Sociedad en base a la Teoría Contractualista, ésta no sería necesaria una vez que el ente

⁵¹ Cortéz Domínguez. Citado por CARBAJO CASCON ob. Cit. Pp. 117 y 118.

societario dotado de personalidad jurídica haya nacido, ya que “el contrato será entonces sólo el percutor de la creación de la persona jurídica, pero una vez creada ésta el contrato se agotará”⁵².

Cabe aclarar en este punto que lo manifestado anteriormente no lleva consigo que, dentro de una sociedad común –para la presente investigación, entiéndase ésta como Sociedad Pluripersonal– no puedan existir fórmulas contractuales, ya que aseverar lo contrario sería inconsecuente con la normatividad existente, por cuanto el modo de regular la relación jurídica entre socios se efectuará comúnmente utilizando procedimientos contractuales como por ejemplo los denominados pactos entre accionistas, empero respecto a la marcha o el funcionamiento de la Sociedad no se requerirá esta pluralidad de socios como anteriormente se ha manifestado, pues una vez que la Sociedad haya sido creada, ésta se regulará obligatoriamente por el estatuto, y la adopción de los acuerdos que se tomen se efectuarán en base a la reunión de acciones o participaciones y no en la reunión de socios en donde prevalezca la condición de tal, pues tranquilamente un socio que tiene una participación mayoritaria del capital que le permita adoptar cualquier tipo de acuerdo señalado en la Ley y en los estatutos, puede

⁵² MONTOYA STAHL, Alfonso. “*Uno es compañía...*”. *la conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú*, en: Revista de Derecho Ius et Veritas, N° 40, Lima, Editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 177.

decidir individualmente el funcionamiento de una Sociedad con lo cual el contrato que dio nacimiento a la Sociedad no surte sus efectos con relación a este supuesto, por lo tanto afirmar que el contrato de sociedad acompaña a la Sociedad durante toda su existencia no es del todo cierto, ya que aquella no requerirá de pluralidad de socios que adopten decisiones en base a fórmulas contractuales, pues lo que se verifica para la adopción de acuerdos que permitan a la Sociedad desarrollar su objeto social y consecuentemente desenvolverse en el mercado como un agente económico mas no es la reunión de sus socios en junta general, sino por el contrario, es la reunión de acciones o participaciones en dicha junta.

2.5.3. La organización dentro de una Sociedad Unipersonal.-

Ante una eventual admisión de la Sociedad Unipersonal en sus ambas vertientes, es menester pronunciarse sobre la organización de la Sociedad con ésta característica, para ello usaremos como referencia sustancial las pautas del régimen jurídico de sociedades unipersonales que establece el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital Española.

a) El accionista único en funciones de la junta.- Respecto a las sesiones de junta general de accionistas, el socio único asumirá dichas competencias, ya que mal podría hablarse de junta al no existir una reunión de personas, así mismo no se adoptarían “acuerdos” sino “decisiones” del único socio plasmados en el respectivo libro de actas, considerando también que si el socio único es una persona jurídica, esta deberá actuar mediante su representante.

Así mismo las decisiones que se consignen en el libro de actas de la Sociedad Unipersonal, podrán ser ejecutadas y formalizadas bien por el propio socio o por sus administradores, es decir que cualquiera de los antes mencionados mandaran a que se formalice mediante escritura pública y posterior inscripción los acuerdos que se adopten respecto al aumento de capital, modificación de estatuto, nombramiento de nuevos directores o gerentes, etc.

b) Convocatoria a junta.- Al tratarse de una sociedad unipersonal se puede apreciar absurda la idea de convocar a junta a sabiendas que dentro de la Sociedad existe solo un accionistas, sin embargo, la convocatoria a junta no sólo se refiere respecto a la reunión de socios, ya que no puede descartarse la posibilidad de que los administradores de la Sociedad Unipersonal convoquen a junta, ya sea para la aprobación de estados financieros anuales, para el pronunciamiento sobre su renuncia, para proponer la enajenación de los activos de la Sociedad, o en general aquellos asuntos concernientes a la labor de un administrador.

c) Quórum.- Pronunciarse sobre las mayorías para la instalación de la “junta” y la adopción de las decisiones en una Sociedad Unipersonal, es algo intrascendental como absurdo, ya que el único socio tiene la competencia única y exclusiva de adoptar las decisiones que bien convengan a la marcha de la Sociedad, por lo que la verificación de este requisito para la instalación de la junta general y la adopción de los acuerdos que se discutan en ella, no tendrá una función trascendental ni importante.

2.6. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO COMPARADO

La compleja problemática de la Sociedad Unipersonal respecto a su admisión a nivel legislativo es de una larga data dentro del Derecho Comparado, tanto en el angloamericano como en el europeo, así la figura de la Sociedad Unipersonal se hizo presente como medio por el cual el empresario individual quería limitar su responsabilidad hasta el monto del capital que estaba dispuesto a invertir, así como una técnica de descentralización empresarial que requerían ejercer las grandes empresas.

Como se verá los casos de reconocimiento a nivel legislativo de sociedades unipersonales tanto originaria como sobrevenida no son muchos, dentro de las cuales figuran los ordenamientos legales de la comunidad europea, la americana, la inglesa, y recientemente la latinoamericana, en esta última existiendo dos países que las regulan, Colombia que la regula de manera integral, y Venezuela que la regula de manera parcial (reconocimiento de la Unipersonalidad Sobrevenida).

2.6.1. La Directiva Comunitaria Europea (89/667/CEE)

Considerándose el primer paso hacia la flexibilización normativa que tuvo la comunidad europea mediante la admisión de la Unipersonalidad Societaria en sus dos vertientes, la Directiva 89/667 de la en esa entonces Comunidad Económica Europea, dispuso la adopción, a criterio de cada país miembro, de crear e implementar la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada, esto debido a consideraciones de promoción de actividades empresariales de pequeña y mediana empresa, así como las divergencias que existían en algunos estados miembros en los cuales si se permitían la creación de estas sociedades antes de la dación de la presente directiva.

Cabe advertir también que esta directiva dejaba abierta la posibilidad de que los países miembros regulasen con disposiciones especiales o sanciones a aquellas personas naturales propietarias de varias sociedades unipersonales, así como aquellas sociedades unipersonales o cualquier persona jurídica propietaria de una Sociedad Unipersonal, esto sin lugar a duda debido al argumento en contra de algunos de que la Sociedad Unipersonal sea usada como un instrumento de fraude, habida cuenta que se trataba de una sola persona al mando de

una institución jurídica con el beneficio de la responsabilidad limitada, así como el dogma del hermetismo que como persona jurídica la Ley le atribuía, disposición que sin lugar a dudas imposibilitaba la creación y la promoción de grupos de sociedades, fenómeno que en la actualidad mercantil son más presentes en los países con un alto desarrollo económico, y dentro de los cuales el Perú va camino hacia ello.

2.6.2. En España

En base a la Directiva Comunitaria 89/667, de 1989, se legisló dentro de la Comunidad Económica Europea la Sociedad de Responsabilidad Limitada así como la Sociedad Anónima unipersonal – tanto Originaria como Sobrevenida– exigiendo para tal caso, que la calidad de unipersonalidad sea inscrita en el Registro Público Mercantil del domicilio de la Sociedad, ello con el propósito de dar publicidad a los terceros que vayan a contratar con la Sociedad de la calidad de unipersonalidad que la Sociedad ostenta.

Así, mediante la Ley N° 2 de 1995 se regula la Sociedad de Responsabilidad Limitada y con ella la Sociedad Unipersonal tanto Originaria como Sobrevenida, empero lo fundamental que se regulaba en

dicha Ley en referencia a la Unipersonalidad Societaria, era el tema referido a la publicidad, ello con el propósito de que terceros tomen conocimiento, no solamente de que se tratase de una Sociedad Unipersonal, sino también en aquellos casos en el que la Sociedad devengue en Unipersonal, donde las acciones o participaciones que eran ostentadas por una pluralidad de sujetos en la Sociedad con la cual mantenían un vínculo mercantil, pasen a manos de un solo socio, obviamente la Ley exigía que cuando ocurriese ese tipo de fenómenos se inscriba en la partida registral de la Sociedad la calidad de unipersonalidad que ésta representaba, esto sin lugar a dudas con el objeto de mantener informados a los *stakeholders* de la Sociedad de lo que sucedía dentro de la misma con la cual mantenían una relación comercial.

Actualmente, la Ley N° 2 de 1995 fue derogada, pasando a regularse la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la Sociedad Unipersonal entre otras mediante Real Decreto Legislativo N° 1 del año 2010, en la cual se aprueba el Texto Refundido de Sociedades de Capital, dentro de la cual no hace más que condensar dentro de su cuerpo normativo, todas las normas societarias dispersas antes de su vigencia,

entre ellas las referida a la Sociedad unipersonal tanto en su vertiente Originaria como Sobrevenida.

2.6.3. En Francia

La admisión de la Sociedad Unipersonal empezó mediante la modificación que el legislador francés efectuó al concepto de Sociedad contenida en el Art. 1832° del Código Civil estableciendo lo siguiente: la Sociedad *“Es instituida por dos o más personas que convienen por un contrato afectar a una empresa común sus bienes o sus industrias en vista de partir los beneficios y aprovechar la economía que pudieran resultar. Ella puede ser instituida en los casos previstos por la Ley o por acto de voluntad de una sola persona. Los socios se comprometen a contribuir a las pérdidas”*⁵³(subrayado nuestro)

A partir de su admisibilidad en el Código Civil sobre la concepción de la Sociedad es que se regula la Unipersonalidad Societaria en su forma integral mediante la figura de la *Société par Actions Simplifiée*

⁵³ ROZANSKI, Andrés. *“La sociedad unipersonal y la necesidad de su incorporación a la Legislación Argentina”*, en: Las Tesinas de Belgrano, Buenos Aires, Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Belgrano, 2002, p. 18.

(sociedad por acciones simplificada), establecida en el Código de Comercio Francés, el cual señala en su apartado L227-1 lo siguiente:

Artículo L227-1.- Una sociedad por acciones simplificada podrá ser constituida por una o varias personas que sólo responderán de las pérdidas hasta el importe de su aportación.⁵⁴

Esta normativa sin lugar a dudas fue la fuente de inspiración normativa para la admisión de la Unipersonalidad Societaria en la legislación colombiana, por cuanto en esta última se regulan de manera muy similar aspectos relacionados a la organización y el funcionamiento de una Sociedad por acciones simplificada.

No obstante, cabe precisar que esta regulación normativa de la *Société par Actions Simplifiée* no es del todo flexible a comparación de las características que presenta una Sociedad Anónima, ello debido a que presenta ciertas restricciones como por ejemplo, la prohibición a esta Sociedad de poder financiarse con dinero de terceros, es decir realizar un

⁵⁴ Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport. (traducción libre)

llamamiento al ahorro público mediante la cotización en bolsa de sus acciones⁵⁵.

2.6.4. En Colombia

Colombia es sin lugar a dudas, el primer país en Latinoamérica en adoptar la Sociedad Unipersonal Originaria dentro de su ordenamiento legal, si bien al principio lo hizo tenuemente mediante la Ley 1014 de 2006 denominada “De Fomento a la cultura del emprendimiento” la cual señalaba que las sociedades que se creen a partir de la vigencia de dicha norma, sea cual fuere su tipo societario y que dentro de su organización opere las características de una empresa unipersonal referidas al número de trabajadores y al monto de sus activos, podrán constituir sociedades unipersonales, norma que sin lugar a dudas fue duramente criticada por varios juristas colombianos, al regular de manera confusa y fugaz la Sociedad Unipersonal, siendo una figura que ha sido debatida innumerables veces por la doctrina internacional respecto a su admisión.

⁵⁵ **Código de Comercio de Francia:**
Article L227-2:

La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. (...) “La sociedad por acciones simplificadas no podrá negociar sus acciones en un mercado regulado ni efectuar una oferta pública de valores. (traducción libre)

Empero, en la actualidad, Colombia ya regula la Sociedad Unipersonal en su forma integral, ello mediante la aprobación de la Ley N° 1258 del año 2008 sobre “sociedad por acciones simplificada” (SAS), sin lugar a dudas una figura muy similar a la francesa en cuanto a su constitución por documento privado, su prohibición de negociar sus acciones en la bolsa de valores y el acuerdo unánime de los socios cuando una sociedad quiera transformarse en Sociedad por acciones simplificada y viceversa.

Además de regular la Unipersonalidad Societaria tanto Originaria como Derivada, la Ley N° 1258 propugna también una serie de flexibilidades en materia societaria que es importante mencionarlas, tales como la constitución por documento privado, objeto social indeterminado y regulación en lo no previsto por la Ley en base al estatuto, ésta última sin lugar a dudas una de las principales características de flexibilidad societaria que tiene este tipo societario principalmente por la libertad de autorregulación que dicha norma otorga al o los socios de poder normar mediante el estatuto cualquier cuestión no prevista por la norma de la SAS, atribuyéndole en este caso al estatuto un carácter de supletoriedad frente a lo no previsto por la Ley N° 1258.

2.6.5. En Estados Unidos

Sin duda, Estados Unidos junto con Inglaterra fueron los países pioneros en el reconocimiento de la sociedad unipersonal mediante el establecimiento de las denominadas *one man companies* dentro de su ordenamiento legal correspondiente, esto a causa del famoso y celebre caso de “Salomon v. Salomon Co. Ltd., del año 1987 en donde la Cámara de Loes de Inglaterra en instancia última estableció la doctrina según la cual la Sociedad es un ente distinto a los que los conforman, y que el hecho de que existan prestanombres (socios de paja, de acomodo) dentro de la Sociedad –los mismos que carecen de *affectio societatis*– es irrelevante para los fines de la constitución y posterior funcionamiento de la Sociedad.

Este tipo de fenómeno denominado Sociedad con socios de favor⁵⁶ fue la que impulsó al reconocimiento de las sociedades creadas originariamente por una sola persona y es así que el ordenamiento jurídico estadounidense adopta la Sociedad Unipersonal en base a la

⁵⁶ Dentro de la legislación argentina el fenómeno de la constitución de sociedades con socios de cómodo o de favor han sido duramente rechazada por la autoridad registral en innumerables resoluciones que han denegado su inscripción, sustentando sus decisiones a razón de que dichas sociedades no cumplen con la pluralidad que exige la ley, pluralidad no en el sentido formal, sino sustancial, argumento que a nuestro parecer parece bastante antojadizo al interpretar la ley societaria referida a la pluralidad de socios, críticas que se efectuarán en el capítulo correspondiente a las sociedades de favor dentro de la presente investigación.

regulación de la *one man company* y de la *corporation*, un ejemplo de ello es la regulación de las *Corporations* dentro de la Constitución del *Estado de delaware (The Delaware Constitution)*, que señala en su apartado 101 lo siguiente: “Cualquier persona, asociación o corporación, individual o conjuntamente con otras personas y sin tomar en consideración la residencia, el domicilio o el estado de incorporación de dichas personas o entidades, podrán incorporarse u organizar una corporación bajo este capítulo(...).”⁵⁷

2.7. LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA EN EL DERECHO PERUANO

Dentro de la normativa societaria peruana la hasta ahora discutida sociedad unipersonal no encuentra su admisión y regulación integral tanto por la doctrina como por la legislación, es así que la Ley General de Sociedades en su artículo cuarto establece como requisito esencial que la Sociedad se constituya cuando menos por dos socios, sean estos personas naturales o jurídicas, y decimos esencial, pues en un primer momento no se permite la constitución de la Sociedad con un solo

⁵⁷ Any person, partnership, association or corporation, singly or jointly with others, and without regard to such person's or entity's residence, domicile or state of incorporation, may incorporate or organize a corporation under this chapter by filing with the Division of Corporations in the Department of State a certificate of incorporation which shall be executed, acknowledged and filed in accordance with § 103 of this title.

individuo (unipersonalidad originaria) ello debido a la ya comentada teoría contractualista que adopta implícitamente nuestra normativa societaria, y en un segundo momento castiga a la Sociedad que pierde la pluralidad de socios con la disolución de pleno derecho, si en el plazo de seis meses dicha pluralidad no es recompuesta.

Consecuentemente, al afirmar en líneas anteriores que nuestra normativa societaria no admitía ni regulaba de manera integral la Sociedad Unipersonal –entiéndase integral tanto la Unipersonal Originaria y Sobrevenida– lo hacíamos en el sentido de que la Ley General de Sociedades admite, aunque por un plazo determinado y sujeto a enmienda, la Unipersonalidad Sobrevenida, ya que la Ley no es drástica al señalar que la pérdida de pluralidad importa per se la disolución de la Sociedad, sino que tolera el fenómeno de Unipersonalidad Sobrevenida por un plazo determinado, así el Art. 4º señala lo siguiente:

Artículo 4º.- Pluralidad de socios:

La Sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si La Sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se

*reconstituye en el plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo.*⁵⁸ (Subrayado nuestro)
(....)

Al señalar, integral, nos referíamos también a las excepciones que la Ley General de Sociedades otorgaba a favor del Estado y de otras empresas reguladas el cumplimiento del requisito de pluralidad, es así que el mismo artículo cuarto en su párrafo final señala *que “No es exigible la pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por Ley”*

Respecto al Estado como sujeto de excepción a la regla de la pluralidad societaria ahondaremos más en el último punto del presente subcapítulo, dejando el presente a los *otros casos señalados expresamente por Ley.*

Así, dentro de las excepciones al cumplimiento del requisito de la pluralidad, encontramos a las empresas del Sistema Financiero y de Seguros que mediante la Ley N° 26702 Ley General del Sistema

⁵⁸ Perú, Ley General de Sociedades. Aprobada mediante Ley N° 26887 de fecha 09/12/1997

Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros al señalar que:

Artículo 36°.- Reglas para la constitución de subsidiarias:

Para la constitución de subsidiarias por parte de las empresas del sistema financiero y de seguros rigen las siguientes reglas: (...)

3. No es exigible el requisito de pluralidad de accionistas.

También dentro de dicha excepción se encuentran las Sociedades Agente de Bolsa que mediante la actual Ley de Mercado de Valores, y que al igual que las empresas del sistema financiero y de seguros, señala de forma similar que:

Artículo 201°.- Constitución de subsidiaria:

Para la realización de actividades a que se refieren los incisos j) y r) del artículo 194°, las sociedades agentes de bolsa deberán constituir subsidiarias en cada caso. Dichas subsidiarias se constituyen como sociedades anónimas, no siendo exigible la pluralidad de accionistas

No obstante cabe advertir que para los casos anteriormente mencionados la exención de cumplir con el requisito de pluralidad que se les otorga sólo opera en cuanto a la constitución de subsidiarias, mas no para constituir la Sociedad matriz, pues ésta última se regirá de acuerdo a la regla general de la Ley General de Sociedades en cuanto al cumplimiento del requisito de pluralidad.

Así, el estado de la cuestión sobre la Unipersonalidad Societaria en el Derecho Societario peruano, es en primera instancia, la adopción (tácita) de la Ley General de Sociedades sobre la Teoría Contractualista con relación a la naturaleza jurídica que origina una Sociedad, y por tanto la no admisión de la Sociedad Unipersonal en su vertiente originaria, – salvo la excepciones planteadas anteriormente, en la cual el Estado actúe como socio único por intermedio de sus instituciones públicas, creando para ello empresas de capital público como por ejemplo el Banco de la Nación o el Fondo mi Vivienda y para el caso de empresas del sistema financiero, y bursátil señaladas expresamente por Ley que deseen constituir subsidiarias– y en segunda instancia la admisión temporal que la mencionada Ley establece respecto a la Sociedad Unipersonal en su vertiente sobrevenida con la condición que ésta deba recomponer su pluralidad de integrantes bajo sanción de disolución de pleno derecho.

2.7.1. Pluralidad de Socios

Como se estableció en líneas anteriores, la Unipersonalidad dentro de la normativa societaria peruana se encuentra regulada vía excepción, estipulando para ello determinados supuestos dentro de la Ley General de Sociedades así como en leyes conexas, por lo tanto la regla general que prima sobre la mayoría de sociedades constituidas por personas naturales o jurídicas de carácter privado, es el de la constitución societaria con una base o sustrato pluripersonal, sin embargo, pese a que la Ley exige la existencia de un sustrato pluripersonal en una Sociedad, nos parece pertinente interrogarse sobre lo siguiente: ¿Cuál es la finalidad práctica de la pluralidad de miembros en una sociedad de capital?, si se sabe que en una (sea esta Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada) lo que la caracteriza es el aporte del socio, es decir existe un carácter *no personal* en este tipo de sociedades, en donde el funcionamiento del ente societario se lleva a cabo por decisiones de mayoría, pero no de mayoría de socios, sino de acciones o de participaciones, según sea el caso.

Consideramos entonces que la función que cumple el sustrato pluripersonal o la pluralidad de miembros, es la acumulación de capitales con el propósito de hacer frente o desarrollar una actividad empresarial de gran envergadura la cual debido a su dimensión imposibilita de alguna manera ser sobrellevada por solo una persona, sin embargo, ¿Es esto último, cierto?, ¿Acaso una persona jurídica –empresa transnacional o nacional de considerable magnitud– que quiera desarrollar una actividad empresarial, sustentada ésta última en una expansión empresarial o una inversión en otro tipo de actividad no está en la capacidad de afrontar individualmente cualquiera de estas dos opciones que se proponga?, indudablemente creemos que no.

Por otro lado, se ha señalado también, que “las sociedades anónimas no han sido creadas por el legislador como instrumentos para limitar la responsabilidad de sus integrantes ni para quebrar los principios generales de la universalidad del patrimonio de las personas físicas, sino como contratos idóneos para la concentración de capitales a los efectos de emprender negocios de gran envergadura”⁵⁹, lo que a consideración nuestra no es acertado, puesto que no valoramos a la Sociedad

⁵⁹ Considerando séptimo de la resolución emitida por la Inspección General de Justicia de Argentina (IGJ) diciembre 29 de 2003, en el expediente “ES.PE.BER. sociedad de responsabilidad limitada”, publicada en: la página oficial de la Universidad Notarial Argentina: http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/jurisprudencia/comercial/administrativas/sociedades/res_igj_expte_espeber_sociedad_responsabilidad_limitada.pdf

solamente como contrato idóneo para la concentración de capitales por el que se pueda desarrollar negocios de gran envergadura, la Sociedad abarca un concepto mucho más amplio que la sola reunión de capitales, ya que se trata de un instrumento de desarrollo empresarial, sin importar la dimensión que tenga o no el negocio.

Entonces ¿Puede existir una Sociedad Unipersonal?, o en otras palabras ¿Puede admitirse una Sociedad conformada por un solo miembro?, si lo vemos desde un criterio semántico o general dicho concepto sería ilógico, puesto que el termino Sociedad encierra dentro de sí una concurrencia de personas, sin embargo, desde el punto de vista jurídico, de acuerdo a como está estructurado la funcionalidad de una sociedad de capitales, no existiría contradicción alguna, es decir la Unipersonalidad Societaria, o la Sociedad Unipersonal, puede que sea considerada una *contraditio in adjecto*, pero no una *contraditio in substantia*, razones que probaremos al momento de desarrollar el Tercer Capítulo de la presente.

2.7.2. El Estado como Socio Único

Dentro de las excepciones que la Ley General de Sociedades establece respecto al cumplimiento de la pluralidad en la constitución de una sociedad, encontramos dispensado de cumplir con tal requisito al Estado, quien ejerce su condición de socio único dentro de la persona jurídica de derecho público denominada FONAFE⁶⁰, así como aquellas empresas en las cuales el Estado desarrolle cualquier actividad empresarial mediante Ley expresa, actuando para tal caso como accionista único de dichas sociedades el FONAFE.

Esta excepción otorgada a favor del Estado se encuentra enmarcada dentro de la doctrina mercantil bajo la denominación de Sociedad Unipersonal de capital público, en la cual el socio único-ente público –que para el presente caso se considera al Estado–, se manifiesta en cualquier institución pública como es el caso del FONAFE, señalado líneas arriba. Así pues, una Sociedad Unipersonal de capital público, es una Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada cuyo socio único (originario o sobrevenido), es en buena cuenta “una persona jurídica pública, la cual recurre a una forma de organización empresarial jurídico-

⁶⁰ Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, aprobada mediante LEY N° 27170 de fecha 08/07/1999.

privada, para la gestión directa de actividades empresariales públicas o incluso para la gestión indirecta de los servicios públicos”,⁶¹ como son la conformación de entidades públicas de fiscalización, en donde el rol del Estado no es de gestor ni interventor sino más bien de observador y regulador.

La existencia de sociedades unipersonales de capital público es un fenómeno que a decir de *RIVERO*, representan la “huida del derecho administrativo hacia el derecho privado”⁶², y es que el Estado al fin y al cabo es una empresa, y como tal requiere de una organización estructural de tal manera que permita su dirección ordenada cuando actúa o interviene en actividades empresariales privadas como en el caso peruano se presenta en Petroperú, Sedapal, Enapu, Banco de la Nación, Cofide, Mi vivienda, entre otras.

Finalmente, creemos conveniente establecer la diferencia entre la participación del Estado como socio único en una Sociedad, y como poseedor de acciones de una Sociedad, ¿Por qué la diferencia entonces?, pues en ésta última se presenta la característica del socio-Estado poseedor de acciones doradas, entendidas como aquellas

⁶¹ CARBAJO CASCON, Fernando. Op. Cit. p. 268.

⁶² RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones públicas y derecho privado*, Barcelona, Editorial Pons, 1998, p. 13 y ss.

acciones que otorgan un derecho de veto a su tenedor, es decir, cuando el Estado posee acciones doradas denominadas también *golden shares*, la tenencia de estas mismas le ofrecen a aquel el derecho de vetar las decisiones que se adopten en junta general de accionistas, sin duda una excepción a la regla que rige en una junta sobre el principio de mayorías, ya que al poseer estas acciones sean una o dos –no importa el número–, se otorga el privilegio de poder oponerse al acuerdo adoptado si es que este a criterio del Estado no cumple con las debidas formalidades que por ejemplo la Ley societaria pueda exigir.

En suma, por muchos años el Estado ha mantenido este privilegio de poder constituir sociedades sin cumplir el requisito del sustrato pluripersonal, en nuestro caso, a través de otra institución pública también de carácter unipersonal como es el FONAFE, permitiendo además a otro tipo de empresas de determinado sector de cumplir con el mentado requisito de la pluralidad⁶³, sin embargo, ya en muchas legislaciones europeas y americanas el privilegio de constituir sociedades unipersonales, dejando de lado el cumplimiento de la pluralidad de miembros, ha dejado de ser exclusivo del Estado para pasar al sector empresarial privado, fundándose ésta en la de permitir al empresario

⁶³ Al respecto véase la sección referente a la unipersonalidad societaria en el Derecho Peruano, en el presente capítulo de esta investigación.

individual utilizar los mismos mecanismos de desarrollo empresarial que los empresarios en forma asociada, las empresas del sistema financiero, y el propio Estado utilizan para su organización empresarial, fundada ésta en la igualdad ante la Ley que la norma constitucional propugna como uno de los derechos fundamentales, así como el pluralismo económico que el Estado reconoce bajo la coexistencia de diversas modalidades de empresa que son la base de una economía nacional.

CAPÍTULO III:
**LA PROBLEMÁTICA DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL Y EL
CUESTIONAMIENTO SOBRE SU INCLUSION EN EL DERECHO
POSITIVO**

***Subcapítulo Primero: La Unipersonalidad Societaria y su
Fundamentación Jurídica***

Uno de los principales problemas que la doctrina se ha planteado desde el siglo XIX y parte del siglo XX respecto a la inclusión de la Sociedad Unipersonal en el derecho positivo, es la *contraditio in terminis* o la *contraditio in adjecto* que constituye el hecho de incluir dentro de una normativa la figura de la Sociedad Unipersonal, ya que la concepción tradicionalista de la Sociedad alude siempre a una pluralidad de personas, por lo que hablar de Sociedad Unipersonal –desde una perspectiva terminología y conceptual– sería algo incongruente.

En ese sentido, no significa que el reconocimiento positivo de la unipersonalidad obligue a revisar y en su caso, a cuestionar la naturaleza jurídica de la Sociedad que se ha esgrimido durante varios años como

una agrupación de personas que aportan bienes para desarrollar una actividad económica, sino que, la unipersonalidad encontrará su admisión en base a las peculiaridades de la Sociedad, no como agrupación de personas, sino como la reunión del capital social o el accionariado en junta general, ocasionando así una evolución estructural de la institución societaria que originalmente fue creada para una agrupación de personas que deseaban realizar una actividad económica que por sus objetivos y dimensiones excedían grandemente la posibilidad de efectuarlas de manera individual, pero que en la actualidad dicha necesidad de agrupamiento –sobre todo para las grandes empresas– no constituye impedimento alguno para poder desarrollar una actividad empresarial.

Por ello, bajo estas consideraciones, analizaremos las peculiaridades que tiene una sociedad como aquella institución de capital, en donde prevalezca el *intuito pecuniae* y no el *intuito personae*, puesto que una sociedad como institución privada mercantil requiere de un capital y una organización estructural para su funcionamiento, y que, son estos dos elementos los que van incidir directamente en la existencia misma de la institución societaria y no su pluralidad de socios, todo esto con el propósito de fundamentar la admisión de la Sociedad Unipersonal desde un punto de vista dogmático.

Así mismo, también, desde un punto de vista dogmático, se procederá a analizar la Sociedad como persona jurídica y cómo esta última servirá de fundamento estructural para la admisión de la Sociedad Unipersonal, realizando para ello un análisis comparativo entre las instituciones que gozan de personalidad jurídica y que no precisamente se caracterizan por su sustrato pluripersonal.

Seguidamente, procederemos a precisar cuál es el verdadero efecto de la pérdida de pluralidad de miembros en nuestro ordenamiento jurídico peruano, analizando para ello dos resoluciones de la máxima autoridad resolutoria en materia registral –Tribunal Registral–, para luego sentar nuestra opinión sobre el efecto sancionatorio que le otorga la Ley General de Sociedades a este tipo de situaciones.

Por último, y a modo de fundamentación fáctica, para la admisión de la Sociedad Unipersonal, se analizará la figura de la Sociedad de favor, y precisaremos su distinción entre las sociedades conformadas con socios de favor, adicionando para ello datos de la existencia real en nuestra actualidad jurídica peruana sobre dichos fenómenos.

3.1. LA TEORÍA CONTRACTUALISTA Y EL CUESTIONAMIENTO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL

La admisión de la Unipersonalidad Societaria siempre ha encontrado en la teoría contractualista el principal obstáculo para su reconocimiento pleno, tanto en la doctrina como en la legislación, es así que hablar de Sociedad compuesta por un solo miembro no sólo plantearía desde el punto de vista gramatical una *contradictio in termini*, sino que desde el punto de vista dogmático tradicionalista que propugna la naturaleza jurídica de la Sociedad como un agrupamiento de personas, una *contradictio in substancia*, la cual impediría a todas luces un reconocimiento pleno de la Sociedad Unipersonal.

Sin embargo, para cimentar un fundamento lógico que permita la admisión de la unipersonalidad societaria, es necesario valorar precisamente lo fundamental en una sociedad de “capital”, como la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, instituciones con carácter netamente mercantil en donde la condición patrimonial de los socios prevalece frente a la condición personal que éstos puedan ostentar, así el jurista *GARRIGUES* señala lo siguiente: “A/

*comerciante individual, cuyo crédito descansa en sus dotes personales, se enlaza la sociedad colectiva en la que todavía predomina el factor individual. Pero el movimiento de asociación ha sobrepasado hace mucho tiempo la Sociedad colectiva para servirse de otros tipos en los que la personalidad física se desvanece casi por completo. Ya no se valora el socio por lo que es, sino por lo que tiene, y como las aportaciones son regularmente en dinero y, por tanto, fungibles, la persona del socio que aporta deviene por esta razón también fungible (...) En último término, la misión del Derecho de Sociedades mercantiles consiste en anular las diferencias entre la empresa individual y la social, considerando a ésta en el tráfico de los negocios como un comerciante al nivel de la persona física*⁶⁴.

Se tiene entonces que una sociedad de capital –sea Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada– no descansa en la pluralidad de socios, ya que si bien es cierto que ésta última constituye si un requisito para el nacimiento de una sociedad conforme a los principios y las teorías tradicionalistas que forjaron a la Sociedad como una agrupación de personas, no sucedería lo mismo con respecto al funcionamiento de este ente organizativo, pues como se demostrará en las siguientes líneas, la

⁶⁴ Citado por CARBAJO CASCON, Fernando, en: En: La Sociedad de Capital Unipersonal. Aranzadi, Navarra, 2002 p. 105.

Sociedad como sujeto de derechos, tiene existencia distinta de quienes la fundaron, y que en definitiva para el funcionamiento de este ente predomina más el aspecto patrimonial que el personal.

Por tanto, desde el punto de vista patrimonial por el cual se rige las sociedades de “capital”, la estructura de la Sociedad Unipersonal no representaría amenaza ni desnaturalización alguna de la Sociedad como institución empresarial, dado que como se tendrá oportunidad de demostrar en líneas posteriores, el principal órgano societario –la Junta General de Accionistas- tiene como pilar fundamental de su estructura y funcionamiento el carácter patrimonial de los socios o accionistas, y que las decisiones que dentro de éste órgano se deliberan, se adoptan en base y consideración a la reunión del capital social representado en las alícuotas en Junta General de Accionistas, que desde nuestra perspectiva debería denominarse Junta General de Acciones o Participaciones.

Así entonces, una Sociedad Unipersonal, sí es una “Sociedad” considerándose las características patrimoniales que ésta institución y su órgano principal presentan bajo su estructura, no obstante, bajo el criterio de la Teoría Contractualista, la Sociedad Unipersonal siempre representará una desnaturalización de la institución societaria, por cuanto

el requisito esencial de la pluralidad de miembros se ve ausentada tanto en su constitución *ab origine* como en su creación derivada bajo la Unipersonalidad Societaria sobreviniente.

3.2. FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA

La Sociedad Unipersonal o la Unipersonalidad Societaria, evidentemente no es una Sociedad en el sentido clásico del término gramatical, ni en el propio sentido del concepto jurídico tradicionalista que parte de la naturaleza societaria Contractualista; sin embargo, una Sociedad Unipersonal, sí es una sociedad de capital y una persona jurídica como se tendrá oportunidad de demostrar posteriormente, por lo que si bien la Sociedad Unipersonal constituye una “*contradictio in terminis*” o “*contradictio in adjecto*” desde una perspectiva gramatical y conceptual tradicionalista respectivamente; no constituye una “*contradictio in substantia*” desde el punto de vista de una sociedad de capital, en donde, como se ha esgrimido en puntos anteriores, importa el *intuito pecuniae* antes que el *intuito personae*.

Por ello, consideramos que resulta necesario un estudio dogmático de la figura empresarial bajo investigación para sentar las bases de su reconocimiento positivo y doctrinal, justificando su admisión, no solamente en base a una necesidad mercantil que requiere su regulación inmediata, sino que también en el análisis que determinará la coherencia entre el concepto de Sociedad Unipersonal con la naturaleza de la institución societario-capitalista, justificando así su admisión sobre la sustancia de la institución societaria a partir de sus atributos básicos como Sociedad de “capital”.

Finalmente, se podrá colegir que la revisión dogmática sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad como reunión de capitales, a partir de sus estructura patrimonialista y de sus funciones como instrumento de organización jurídica de la empresa, puede confluir a la formulación de un concepto moderno y evolutivo de sociedad, en donde encuentren justificación lógica las situaciones de Unipersonalidad Originaria y Sobvenida por igual, sin alterar para ello la base contractualista que se ha diseñado durante siglos para explicar el nacimiento de una Sociedad, así como los principios que explican el nacimiento de una persona jurídica. En suma, se concluirá que una Sociedad no solamente nace de

un acuerdo de voluntades, sino que también puede encontrar su génesis en la fundación por voluntad unilateral.

3.2.1. La Sociedad como agrupación de capitales

A diferencia de las sociedades personalistas –como las sociedades civiles– y las asociaciones, en donde la organización y el funcionamiento de la institución descansan sobre una pluralidad de agentes, y en la que la *affectio societatis* impregna tanto el origen como la existencia de la misma, la Sociedad de capitales no guarda bajo su estructura y funcionalidad las mismas características, pues como se manifestó anteriormente lo relevante dentro de una Sociedad de “capital” es el aspecto patrimonial antes que el personal, sin embargo, con esto no se trata de afirmar que la Sociedad carezca de un aspecto personal dentro de su estructura u organización, ya que aseverar ello sería un sin sentido la cual negaría la existencia de los derechos que le corresponde a un socio por su condición de tal.

Ahora, si bien la pluralidad de agentes es necesaria para la constitución de una sociedad de capital, consideramos que no lo es para su funcionamiento, puesto que la Sociedad una vez creada no requiere para su posterior desenvolvimiento la pluralidad de socios, sino más bien, la pluralidad de capital, para ello recordemos, a manera de ejemplo, que la junta de accionistas para adoptar cualquier tipo de decisión establecida en los artículos 114° y 115° de la Ley General de Sociedades Peruana se requieren un quórum simple o un quórum calificado según corresponda, y que éstos últimos se contabilizan, no teniendo en cuenta la condición de socio dentro de la Sociedad, sino por el contrario la mayoría de acciones o participaciones que se posea, es así que un solo accionista puede adoptar cualquier tipo de decisión si es que en sus manos ostenta la mayoría del accionariado de una sociedad, por lo tanto, una sociedad no es un gobierno de democracia de los accionistas o socios, sino uno de democracia del capital, incluso –aunque suene descabellado– uno de plutocracia en donde exista un socio tirano poseedor de una gran mayoría de las acciones que le permitan controlar la Sociedad, por lo que en una sociedad de capital no se requiere la pluralidad de socios para el funcionamiento de la Sociedad como sí se demanda en su constitución, de acuerdo, claro está, con los dogmas tradicionalistas contractuales del origen de la Sociedad.

Por lo anteriormente manifestado, no compartimos entonces la opinión de *BARRERA GRAF*⁶⁵ sobre la crítica hacia la Sociedad Unipersonal –a la que llama Unimembre– al afirmar que, “la Sociedad Unimembre no es Sociedad. Y no sólo se trata de un problema semántico, sino conceptual, porque se atenta contra la naturaleza misma de la Sociedad, y ello, tanto en la fase constitutiva, como en la de organización y funcionamiento” y agrega además, que “durante el funcionamiento de la Sociedad, además se atenta contra el aspecto plural o colegial del órgano principal, o sea, la junta o asamblea de socios”, si bien es cierto que la Sociedad Unimembre como la denomina Barrera a la Sociedad Unipersonal mantiene un problema de criterio semántico por el término sociedad que implícitamente alude a una pluralidad de agentes, así como un quebrantamiento hacia la naturaleza jurídica “tradicionalista” de la Sociedad bajo la Teoría Contractualista; no consideramos que suceda lo mismo con la organización y el funcionamiento, puesto que una Sociedad desde la perspectiva organizacional y funcional no se apoya en la pluralidad de socios para su desarrollo, ni mucho menos la falta de esta última atenta verdaderamente contra el aspecto plural o colegial del órgano societario principal como es la junta general de accionistas, puesto que a nuestra manera de ver este órgano, no requiere para su correcto

⁶⁵ BARRERA GRAF, Jorge. La sociedad unimembre en el Derecho Mexicano, p. 333, Biblioteca virtual de la Universidad Autónoma de México en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/35/art/art1.pdf>

funcionamiento “accionistas”, sino más bien, “acciones” para tal caso con derecho a voto, ya que, tanto para la instalación de este órgano como para la adopción de acuerdos que se discutan dentro de él, se requiere quórum y mayorías respectivamente establecidas en la Ley Societaria.

Quórum y mayorías que se computan en base al número de acciones con derecho a voto presentes, tanto en la instalación de la junta como en la adopción de acuerdos, así un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el Art. 125° de nuestra Ley General de Sociedades que señala lo siguiente:

Art. 125°.- Quórum simple:

Salvo lo previsto en el artículo siguiente, la junta general queda válidamente constituida en primera convocatoria, cuando se encuentre representado, cuando menos, el 50% de acciones suscritas con derecho a voto.

En segunda convocatoria, será suficiente la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto.

En todo caso podrá llevarse a cabo la Junta, aun cuando las acciones representadas en ella pertenezcan a un solo titular.

(Subrayado nuestro)

De igual manera el Art. 126° y 127° del mismo cuerpo normativo se pronuncia sobre el quórum calificado y la adopción de acuerdos respectivamente:

Art. 126°.- Quórum calificado:

Para que la Junta adopte válidamente acuerdos relacionados con los mencionados en los incisos 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 115°, es necesaria en primera convocatoria, cuando menos, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto.

En segunda convocatoria basta la concurrencia de al menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto. (Subrayado nuestro)

Art. 127°.- Adopción de acuerdos:

Los acuerdos se adoptan con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones con derecho a voto representadas en la Junta. Cuando se trata de los asuntos en el artículo precedente, se requiere que el acuerdo se adopte por un número de acciones que represente, cuando menos, la

mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto. (.....)(Subrayado nuestro)

Aspectos funcionales de una sociedad que como se expresó líneas arriba, se apoya en la concurrencia de las alícuotas del capital social en junta general, al igual que en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de España referida al quórum para la adopción de acuerdos especiales⁶⁶, diferencia sustancial que se puede advertir en la redacción sobre el quórum en nuestra normativa societaria, pues en ella señala “la concurrencia de acciones”, en contraste a la norma española que señala “la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto”, algo irónico, pues en España se encuentra regulada la Unipersonalidad

⁶⁶ Así dicha normativa precisa, al igual que en la Ley General de Sociedad Peruana, que la adopción de acuerdos en junta general así como la instalación de la junta, se realizara mediante un quórum de constitución fundado en la concurrencia de acciones, concluyendo así que el funcionamiento de una sociedad de “capital” mediante la actuación de su órgano principal como lo es la junta general opera en base a la pluralidad de acciones, en donde el aspecto patrimonial prima antes que el personal, para ello el artículo 194 del texto español en mención señala lo siguiente:

Artículo 194. Quórum de constitución reforzado en casos especiales.

1. En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto.

2. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital.

(....) (subrayado nuestro)

Societaria tanto Originaria como Sobrevenida a diferencia de Perú tomando como presupuesto lo fundamentado anteriormente, que la unipersonalidad en nada afecta el correcto funcionamiento de una Sociedad a través de su órgano principal como lo es la Junta General.

Entonces, para que el órgano principal de una sociedad como lo es la Junta General de Accionistas funcione como tal, no requiere propiamente la asistencia de “accionistas” para la validez de ésta, sino lo que se instaura con los dispositivos legales señalados anteriormente, es que la Junta General de Accionistas apoya su funcionamiento en base al capital traducido en el número de acciones que concurran tanto en la instalación de la junta como en la adopción de acuerdos en ésta, por ello no encontramos justificación en el argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 19 de abril de 1960 (R.J. 1821) que cita la jurista *GONZALES FERNANDEZ*⁶⁷, y quien a modo de comentario sobre el panorama de la Unipersonalidad en las diversas sentencias del mencionado Tribunal señala lo siguiente: “En esta sentencia, aunque en relación a una Sociedad Pluripersonal, se rechaza la posibilidad de que la Junta General se constituya con la asistencia de un solo accionista, declarándose su nulidad por considerar que la Junta es, en esencia, un

⁶⁷ GONZALES FERNANDEZ, Maria. Op. Cit. P. 33.

órgano deliberante, que no puede funcionar si no existe una pluralidad de personas. Ni gramaticalmente es posible la Junta de un *solo socio*, ni materialmente puede este adoptar *acuerdo alguno*”, argumento que como mencionamos anteriormente no compartimos, ya que dentro la organización de una Sociedad –y esto de acuerdo a lo establecido en el Art. 82° de nuestra Ley General de Sociedades⁶⁸– no existe un voto por cada accionista, sino por el contrario por cada acción, situación que, como mencionásemos anteriormente, puede darse en el caso de que una sola persona posea la gran mayoría del accionariado de una sociedad, produciéndose así un desequilibrio notable entre los distintos miembros de la Sociedad respecto al derecho de voto que tengan en una junta. En conclusión, se puede advertir de esta manera la existencia de un *carácter no personal* la cual produce una despersonalización de las sociedades de capital, en donde el desenvolvimiento de su principal órgano deliberativo se funda en la concurrencia del capital social representado en acciones o participaciones, por tanto, la Unipersonalidad Societaria, “no determina la invalidez conceptual de la Sociedad de capital, pudiendo constituir

⁶⁸ Artículo 82.- Definición de acción:

Las acciones representan partes alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164° y las demás contempladas en la presente Ley. (Subrayado nuestro)

probablemente una <<contradictio in terminis>>, pero no una <<contradictio in substantia>>”⁶⁹

Parece claro entonces, que lo que justifica la admisión de la Unipersonalidad Societaria como sociedad de capitales, es precisamente esto último, que tanto en la Sociedad Anónima como en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, se prioriza el aspecto patrimonial antes que el personal como condición de socio, aclarando si bien es cierto, que en la Sociedad de Responsabilidad Limitada concurren elementos personalistas respecto a la transmisión de las participaciones, éstas siguen teniendo un carácter objetivo-patrimonial, y la funcionalidad de una Sociedad mediante su máximo órgano, la Junta, se rige por mayorías de “capital”.

3.2.2. La Sociedad como Persona Jurídica

Una de las tantas objeciones que diversos doctrinarios efectúan en contra de la admisión de la Sociedad Unipersonal o Unipersonalidad Societaria es que la persona jurídica tiene como uno de sus principios para su existencia, el sustrato de la pluralidad de individuos, y que

⁶⁹ Fundamento 2º de la RDGRN (Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado de España) 21 de junio de 1990 (RJ 1990, 5366) Citado por CARBAJO CASCON, Fernando. Op. Cit. P. 128.

desaparecida esta pluralidad de miembros la persona jurídica se extinguiría como tal, aplicando en nuestro tema de investigación el silogismo de que “ la Sociedad es una persona jurídica; la persona jurídica está formada por un grupo de personas, ergo, la sociedad es un grupo de personas. Si la Sociedad es unipersonal no se integra con una pluralidad de personas, y habría allí una desnaturalización de la persona jurídica”⁷⁰. Puede notarse que el aspecto plural sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad el cual niega la posibilidad de constitución de una Sociedad con un solo socio parece impregnar al de la persona jurídica, sin embargo, el argumento para descartar ello es abordado por el considerando tercero de la Resolución de 21 de junio de 1990 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RJ/1990/5366) de España, al señalar que: “El segundo argumento de la doctrina que pretende revocarse apela a la incompatibilidad entre la Sociedad Unipersonal y la esencia de la personalidad jurídica. (...). En el fondo, el argumento parece presuponer que la personalidad jurídica de las sociedades de capitales se funda necesariamente sobre su estructura corporativa, de manera que al faltar la pluralidad de socios que dicha estructura inicialmente requiere carecería de justificación la atribución de personalidad, debiendo decretarse el fin de la persona jurídica. Se trata,

⁷⁰ AHETS ETECHEVERRY, Ivan. “Sociedades Unipersonales” en Cartapacio de Derecho (Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro) Volumen 8, 2005, p. 7, Buenos Aires.

sin embargo, de una presuposición inexacta, tributaria en buena medida, de las concepciones “realistas” de la persona jurídica, hoy en franca decadencia. El sustrato de la persona jurídica corporativa no es la realidad asociativa en sentido sociológico a que apelan las tesis realistas, sino la unidad artificial de imputación “válidamente constituida” (...), que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas”⁷¹

Así entonces, conforme lo señalado por la Dirección General de los Registros y del Notariado de España y en sistemática comparación con el Art. 78° de nuestro Código Civil vigente, la persona jurídica tiene existencia distinta a la de sus miembros, ya que ni la pluralidad de socios para su constitución ni la existencia de un sustrato plural para su funcionamiento son esenciales para su desenvolvimiento y subsistencia, ya que al final de cuenta, “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”⁷², de manera entonces que, la persona jurídica es una creación del Derecho, posteriormente reconocida como tal por el ordenamiento jurídico, que

⁷¹ MONTOYA STAHL, Alfonso. “Uno es compañía...”. La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú. En: *Revista de Derecho Ius et Veritas*, N° 40, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 180.

⁷² ROBILLIARD D’ONOFRIO, Paolo. Op. Cit. Pp. 589 y 590.

para el presente caso respecto a la Sociedad, adquiere su personalidad jurídica al momento de inscribir el acto constitutivo en el Registro correspondiente, así entonces la personalidad jurídica de la Sociedad –el reconocimiento de la persona jurídica por el ordenamiento jurídico– “se sustenta hoy en día, no en la presencia de una pluralidad de socios que colaboran en la consecución de un fin en común(...), sino en la implementación de una organización construida en torno a un fondo patrimonial mínimo dividido en acciones o participaciones abstractas y acumulables, para la explotación de una empresa o la gestión unitaria de un patrimonio”⁷³

Por tanto, la personalidad jurídica, cualidad atribuida por el ordenamiento jurídico no es consecuencia de la existencia de una pluralidad de miembros dentro de su organización, ejemplo de ello es la fundación regulada en el Código Civil, y la figura de la EIRL, entonces, el silogismo de que la Sociedad es conformada por una pluralidad de miembros vaya a ser aplicada al sustrato de la persona jurídica puesto que la Sociedad es una persona jurídica, no encuentra fundamento desde el punto de vista funcional, ya que la persona jurídica tiene existencia distinta de aquel o aquellos que la conforman, y mucho menos

⁷³ CARBAJO CASCON, Fernando. Op. Cit. P. 194.

constitutivas, ya que la creación de una persona jurídica en nuestro ordenamiento jurídico se puede realizar tanto por una persona natural como por una persona jurídica.

Precisamente, para determinar cómo la unipersonalidad societaria puede encontrar su admisión en la fundamentación dogmática como persona jurídica, es distinguir, como bien lo han hecho distintos estudiosos del tema, el momento de la constitución de la Sociedad y el momento en el que se crea la misma, es decir desligar esas dos situaciones en las cuales se debe diferenciar primero, el acto que crea a la Sociedad, y segundo el momento de la existencia diferida de quienes la crearon, esto último dada la calidad de persona jurídica que la Ley –y no los juristas o los estudiosos del Derecho– le otorga a la Sociedad.

Así, siguiendo a MARÍN “la Sociedad es un negocio jurídico que consta de dos fases cada una de las cuales tiene su propia naturaleza jurídica; la primera fase es la de su creación (...); la segunda, es la del ente social, sociedad con personalidad jurídica que nace y que presenta unas características y vida propia”⁷⁴. Por tanto ambas fases deberán ser claramente diferenciadas si queremos precisar el criterio por el cual la

⁷⁴ MARÍN HITTA, Luis. *La limitación de la responsabilidad del empresario individual. La sociedad unipersonal*, Murcia, Editorial Laborum, 2001, p. 23.

Unipersonalidad Societaria en nada afectaría a la existencia de la persona jurídica, dado que a nuestro parecer el sustrato pluripersonal no incidiría en la vida de la persona jurídica, una vez que ésta haya sido creada.

Y es que muchos sustentan que la pluralidad de miembros dentro del seno de una persona jurídica juega un papel esencial en la existencia de la misma, y que si acaso desaparece esta pluralidad, acarrearía la extinción de aquella entelegalia jurídica, sin embargo, debemos precisar como lo comentásemos anteriormente dos momentos: el origen de la Sociedad y la existencia de la misma como persona jurídica; si bien consideramos que la naturaleza jurídica de la Sociedad es la que se refiere a la Teoría del Contrato Plurilateral, aseveramos que la pluralidad de miembros se manifiesta precisamente en ese momento, es decir en el acto o negocio jurídico denominado Contrato de Sociedad, así entonces, una vez que se haya manifestado la voluntad de los fundadores, se crea aquella entelegalia jurídica llamada persona moral o jurídica, la cual, a decir del Art. 78° de nuestro Código Civil peruano *“tiene existencia distinta de sus miembros”*, entonces, la pluralidad que se configura en el contrato, y el contrato como tal sólo es “el percutor de la creación de la persona jurídica, pero una vez creada ésta, el contrato se agotara”⁷⁵, y por tanto la

⁷⁵ MONTOYA STAHL, Alfonso. Op. cit. p. 40

pluralidad de miembros dejará de ser un requisito esencial dentro de la persona jurídica, dado que la existencia o no de un sustrato pluripersonal no incidirá de alguna forma en la existencia una vez que se haya creado la misma, ya que al momento de su creación esta ficción cobrará existencia propia de quienes la fundaron para pasar a ser un sujeto de derechos y obligaciones distinto de aquellos, obviamente al ser una ficción, y al ostentar existencia distinta de sus miembros por mandato de Ley, la persona jurídica no puede actuar por sí sola, por lo que la manifestación de ésta será diseñada y encaminada por aquellos quienes la constituyeron.

Sin embargo, para *MARÍN* la personalidad jurídica está íntimamente ligada con la pluralidad de miembros, ya que para este autor “es más problemático entender que se pueda conceder personalidad jurídica y por ende limitación de responsabilidad a una Sociedad en la que en realidad no existe esa voluntad social, sino que las voluntades del socio único o socio tirano y las de la Sociedad siempre son las mismas”⁷⁶ señalando además, basándose en una jurisprudencia francesa, que “cuando nos referimos a sociedades mercantiles ese requisito sine qua non, en principio no era otro que la constatación de la existencia de una

⁷⁶ MARIN HITA, Luis. Op. Cit. p. 63.

base o sustrato asociativo real, de una pluralidad de personas; y ello simplemente porque para que a las *universitas personarum* con fines particulares se les personifique ha de ser necesario que sean eso, *universitas personarum*, y no *universitas personae*; lo que sería una inexplicable contradicción terminológica⁷⁷, no obstante pese a que Marín reconozca que la atribución de la personalidad jurídica corresponde al criterio y discrecionalidad del legislador, señala que este criterio no debe ir tan lejos, verificando para tal caso que se cumplan los presupuestos mínimos y necesarios para que el legislador atribuya dicha cualidad de personificación jurídica.

En la doctrina local y dentro de similar línea, *FERNÁNDEZ SESSAREGO*, en la tercera dimensión de su obra sobre la naturaleza tridimensional de la persona jurídica al comentar sobre el mentado Art. 78° de nuestro Código Civil señala que: “El artículo en referencia consagra la reducción a una unidad ideal de lo que en la realidad es una pluralidad de personas que vivencian valores (...). Esta creación formal del ordenamiento jurídico consistente en un centro ideal y unitario de referencias normativas, que surge en el momento de la inscripción de la persona jurídica en un Registro Público, tiene como finalidad el que los

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 64.

derechos y los deberes contraídos por la organización de personas, no se atribuyan a cada uno o a todos los miembros de la persona jurídica, sino a dicho centro ideal, al que se identifica con una expresión lingüística”⁷⁸, con lo cual la línea de pensamiento de, no sólo Sessarego y Marín, sino de muchos otros juristas, es que la pluralidad de miembros es la base de la persona jurídica, y que sin aquella la persona jurídica no podría constituirse ni mucho menos mantener su existencia.

Pese a lo manifestado anteriormente, nosotros creemos que la pluralidad de miembros en nada incide en la cualidad de persona jurídica que pueda ostentar la Sociedad, para ello partamos de lo que anteriormente manifestásemos como las fases de la Sociedad como persona jurídica, es decir, el acto constitutivo y el ente como tal.

Para fundamentar lo mencionado anteriormente, abordemos el tema a partir de la segunda fase; la existencia de la Sociedad como persona jurídica, se manifiesta entonces que la pluralidad de miembros es un requisito esencial para la constitución de una persona jurídica, sin embargo, ¿Es también requisito acaso para la existencia de la misma?,

⁷⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Naturaleza tridimensional de la Persona Jurídica*, en: Diké (portal de información y opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú) p. 52, link web: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF

esto último se refleja en la *reductio ad unum* que sufre la Sociedad cuando pierde la pluralidad de miembros, y la otra interrogante que nos formulamos es: ¿La pérdida de la pluralidad de miembros en una persona jurídica importa su extinción?, consideramos indudablemente que no, dado que como se señaló anteriormente en el articulado 78º de nuestro Código Civil que a modo resumido señala que “la persona jurídica tiene existencia distinta a la de sus miembros”, entonces la pérdida de la pluralidad en una Sociedad como persona jurídica en nada importaría la extinción de dicha ficción, ya que una vez creada se convierte en una unidad artificial de imputación de derechos y de obligaciones distinto de quienes la crearon.

Precisamente, sobre la *reductio ad unum*, o la Unipersonalidad Societaria Sobreviniente, la Dirección General de los Registros y el Notariado de España se ha pronunciado sobre el mismo en la anteriormente mencionada Resolución del 21 de junio de 1990, y en el que CARBAJO parafrasea sobre el fundamento tercero de la mentada resolución lo siguiente: <<*el sustrato de la persona jurídica corporativa no es la realidad asociativa en sentido sociológico a que apelan las tesis realistas, sino a la unidad artificial de imputación “válidamente constituida” (...)* que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas(...)

La pluralidad

–e incluso más: la pluralidad cualificada (...) de socios constituye una erección de la persona jurídica corporativa, pero no es una condición de subsistencia del ente, que, una vez creado, por su vocación de permanencia y trascendencia supraindividual de sus fines (la explotación de una empresa que aspira a conservarse), queda independizado de sus miembros (...) La personalidad jurídica como técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación, no se pone en entredicho por la “reductio ad unum”⁷⁹.

Así entonces, si bien la unipersonalidad societaria sobrevinida trae consigo, desde el punto de vista societario, la extinción de la Sociedad debido a la falta del sustrato pluripersonal, no ocurriría lo mismo con la persona jurídica, habida cuenta de que la persona jurídica constituye para la Ley una persona distinta a los miembros que la componen, y la pérdida de la pluralidad en nada afectaría la existencia de ese sujeto de derecho artificial.

Por lo tanto; si bien, la pluralidad de miembros es un requisito necesario para la creación de la Sociedad como persona jurídica, no lo es en tanto para la subsistencia de la misma, debido a que ya no resulta ser

⁷⁹ CARBAJO CASCÓN, Fernando. Op. cit. pp. 186 y 187.

un elemento imprescindible para la existencia de dicha entelequia una vez que se haya creado, ya que aquella permanece distinta e independiente respecto al número de miembros que la componen, asumiendo en este caso su rol de sujeto de derechos y obligaciones con un patrimonio propio e independiente dentro de la actividad jurídica mercantil.

Estos argumentos, anteriormente esgrimidos, sólo servirían para fundamentar parcialmente la admisión de la Unipersonalidad Societaria, desde su vertiente Sobrevenida, dado que no serían considerandos válidos para fundamentar el erigimiento o la creación *ab initio* de la Sociedad como persona jurídica; sin embargo, habiendo ya constatado anteriormente como la falta de pluralidad de miembros en una Sociedad bajo el fundamento dogmático de la agrupación de capitales en nada incide ni altera sustancialmente el correcto funcionamiento de la misma, parece más que evidente, que la creación *ab initio* de la Sociedad tanto como agrupación de capitales y como persona jurídica, en nada afectaría su *correcta* creación y su posterior funcionamiento por la ausencia del sustrato pluripersonal, habiendo ya constatado que en ambos casos, la pluralidad de miembros sólo constituye un requisito de creación de la misma, y que en ese ínterin de reducido tiempo, a nuestro punto de vista no aportaría finalidad esencial alguna, puesto que la funcionalidad que

presenta un sustrato pluripersonal en una Sociedad comienza con el acto constitutivo y termina con la finalización del mismo, no aportando ninguna finalidad valiosa tanto para la constitución del ente societario.

No obstante, en la actualidad, existe un reconocimiento por parte de nuestra normativa a la EIRL y a la Fundación como personas jurídicas constituidas bajo un sustrato Unipersonal, lo que demuestra claramente que la persona jurídica no es sino una creación de la Ley y una atribución que el legislador otorga a aquellos entes que cumplen determinados requisitos para gozar de dicha calificación jurídica, entonces, “el fundamento de la personalidad jurídica no tiene porqué residir necesariamente en un sustrato asociativo o fundacional, sino únicamente en la voluntad expresa del legislador, que puede conceder personalidad jurídica a cualquier tipo de organizaciones si las circunstancias concretas del tráfico que rodean a éstas así lo aconsejan”⁸⁰, y es que en efecto, la personalidad jurídica es aquella cualidad atribuida por el ordenamiento jurídico a aquellas organizaciones privadas⁸¹ e incluso organismos y

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 187.

⁸¹ A este punto recordemos no sólo la calificación de persona jurídica que se les otorga a la EIRL y a la fundación, sino también a las subsidiarias de las empresas financieras y de seguros y a aquellas subsidiarias de la empresa intermediaria de valores como lo es la sociedad agente de bolsa.

empresas de capital público⁸² , con el propósito de facilitar su actuación en el tráfico jurídico como sujetos independientes con derechos y obligaciones que les permita eficientemente la consecución de los fines que le sean propios, o el objeto por el cual hayan sido creados, entonces, “la utilización de la personalidad jurídica, para atribuírsela a las sociedades, responde a motivos prácticos, que hacen al mejor cumplimiento de los fines económicos y empresariales de las figuras societarias”⁸³, por tanto, la característica de la investidura de la personalidad jurídica de una Sociedad responde evidentemente a caracteres legislativos, mas no a fundamentos prácticos en los cuales se señale que la pluralidad de socios en una Sociedad sea necesaria o consecuente para adquirir la calidad de persona jurídica y por lo tanto no consideramos que sea una consecuencia necesaria ni exclusiva de la pluralidad de socios ni de la teoría contractual del origen de la Sociedad.

En suma, la personalidad jurídica, al ser una cualidad que la Ley otorga a aquellas organizaciones que cumplen determinados requisitos que no necesariamente van ligados al cumplimiento del sustrato

⁸² Recordemos que dentro de la excepción de cumplir con la pluralidad de miembros se encuentra el Estado como socio único, y las empresas que éste, mediante la FONAFE crea, con lo cual se da el supuesto de la creación *ab initio* ,de no solamente una sociedad si no de una persona jurídica de manera unipersonal.

⁸³ CABANELLAS, Guillermo. *Derecho Societario (parte general)*, 3er tomo, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1994, pp. 27 y 28.

pluripersonal, constituye sin lugar a dudas, un cimiento por el cual se pueda admitir la figura de la Sociedad con un solo socio tanto en su vertiente Originaria –argumentando que la personalidad jurídica es una atribución discrecional del legislador– como en su vertiente derivada, –argumentando que persona jurídica es independiente a la existencia de la persona o las persona que en este caso la integren–, con lo cual “la existencia jurídica de la persona jurídica es independiente a la existencia de la persona o personas que, de ser el caso, la integren como parte de su sustrato personal. Ni la pluralidad de sujetos ni la existencia de un sustrato pluripersonal son elementos esenciales para la atribución de personalidad jurídica”⁸⁴. Resumiendo entonces, la persona jurídica es aquel sujeto de derechos y obligaciones producto del ordenamiento jurídico, al calificar de esta forma a aquellas unidades organizativas que cumplen determinados supuestos o requisitos que la legislación contempla, agregando además, que la persona jurídica es un concepto normativo y como tal viene empleado y determinado por el legislador, quien le da una significación, no en base a las construcciones doctrinarias y a veces ortodoxas de los juristas que diseñan estructuras en base a ideales y situaciones sociales vetustas que en muchos casos entran en contradicción con la actualidad mercantil, sino en base a supuestos reales

⁸⁴ ROBILLIARD D’ONOFRIO, Paolo. “Finalmente, ¿Qué son las persona jurídicas?” En: *Revista jurídica JUS Doctrina & Practica*, Lima, Editorial Grijley, enero 2009, p. 510.

y actuales de la actividad jurídica, y la persona jurídica como concepto legal puede ser variado por el legislador en atención a las necesidades que se presenten en la actualidad mercantil.

3.3. FUNDAMENTACIÓN PARA LA ADMISIÓN DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA ORIGINARIA.

Pese a que la justificación de la Sociedad como persona jurídica pueda servir como fundamento para la admisión de la Sociedad originariamente unipersonal, no sucede lo mismo con respecto a la justificación de la Sociedad como agrupación de capitales, pues aquí, ya no se discutiría sobre el funcionamiento o no de la Sociedad sobre un sustrato plural de miembros, sino mas bien sobre el origen de aquella, es decir, la Unipersonalidad Societaria encuentra su Talón de Aquiles, para la admisión de su vertiente originaria, en la teoría contractualista que propugna que la Sociedad nace de un acuerdo de voluntades ergo, con un sustrato plural de miembros que la funden.

De manera que, para diseñar un fundamento para la admisión de la Unipersonalidad Societaria Originaria, al margen de lo manifestado por el Jurista *VILLAMIZAR* que señala que, “la posibilidad de que la Sociedad

de Responsabilidad Limitada pueda ser constituida por un solo individuo, la normativa estadounidense formula un desarrollo pragmático ante el viejo sistema teórico de Derecho positivo, de origen romano-germánico, de donde proviene originariamente esta figura”⁸⁵, estamos convencidos que la falta de pluralidad de miembros no incide directamente en el funcionamiento de la Sociedad tanto desde el punto de vista Sociedad-persona jurídica, así como el de reunión de capitales dentro de la Junta como órgano supremo de la Sociedad, no entendemos en qué afectaría si la Sociedad se constituyese por un solo individuo, máxime si dicha prerrogativa la ejerce el Estado al no cumplir con la pluralidad exigida por la Ley General de Sociedades, así como las empresas del Sistema Financiero y las Sociedades Agentes de Bolsa, entonces porqué no permitir la creación *abnito* de las sociedades originariamente unipersonales para los particulares.

Entonces, porqué no concebir a la Sociedad como una manifestación empresarial en donde indistintamente pueda ser creada tanto como por un acuerdo de voluntades, como por una manifestación de voluntad unilateral, y es que “en la medida que se conciba de forma clara a la Sociedad como una manifestación de la empresa, no puede

⁸⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario en Estado Unidos, Introducción comparada, Legis, 2da edición, Bogotá, 2005, pie de página, p. 100.

entenderse la existencia de una contradicción con el concepto de Unipersonalidad al momento de constitución de la Sociedad”⁸⁶, y es que si vemos a la Sociedad desde la óptica de una institución empresarial que fue evolucionando año tras año, ya que en la antigüedad ejercer una actividad económica de manera individual obligaba a aquellos que querían realizarla a asociarse con otros para limitar su riesgo en esta aventura económica, y que hoy en día dicha necesidad de asociación no es un impedimento más para desarrollar cualquier actividad económica sea de pequeña o gran envergadura, creemos necesario por tanto, otorgarle al empresario una nueva opción más de sociedad que pueda amoldarse a los requerimientos comerciales que busque, reconociendo así la libertad de empresa que la Constitución Política establece.

No vemos, entonces, el problema en reconocer normativamente la posibilidad de constituir originariamente sociedades con un sustrato unipersonal, si del análisis efectuado a las características patrimoniales que tiene la institución societaria en su principal órgano de gestión, no encontramos esencial incidencia alguna que la pluralidad de miembros pueda mantener sobre aquella, dado que, una Sociedad es un gobierno de capitales no de mayorías, por tanto, la pluralidad de miembros en la

⁸⁶ BONILLA SANABRIA, Fabio. “Unipersonalidad societaria: a propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano” en: *Revist@ e – Mercatoria*, volumen 7, Numero 1, Bogotá, 2008, p. 12.

estructura de una Sociedad no incide en forma alguna en el gobierno de la misma, y que a consideración nuestra el único propósito o fin que cumple una pluralidad de miembros es la concentración de capitales al momento de constituir formalmente una Sociedad, concentración que responde fundamentalmente a la imposibilidad de afrontar individualmente una actividad comercial de considerable escala de inversión económica, no siendo entonces un requisito esencial por el que la Sociedad no pueda constituirse como instrumento empresarial ni mucho menos disolverse al perder dicha pluralidad por una supuesta imposibilidad del funcionamiento de la junta como su principal órgano de gestión.

***Subcapítulo Segundo: La Pérdida de la Pluralidad de Miembros y su
Precisión sobre su Efecto Jurídico***

**3.4. EFECTO JURÍDICO POR LA PÉRDIDA DE LA
PLURALIDAD EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.**

Otro de los objetivos de la presente investigación es precisar el efecto jurídico que ocasiona la pérdida de pluralidad societaria durante el devenir de una Sociedad, fenómeno traducido en la ya comentada Unipersonalidad Sobrevenida, para ello citaremos las fórmulas normativas que nuestra Ley General de Sociedades establece sobre el efecto que ocasiona la pérdida de dicha pluralidad de miembros.

Artículo 4°.- Pluralidad de socios:

La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en el plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo.

En este primer escenario la Ley General de Sociedades adopta frente a la unipersonalidad sobrevenida, un efecto sancionatorio, no propio de un derecho societario que tiene como uno de sus principios no ser un Derecho de sanciones, sino de consecuencias, por lo que a diferencia de lo que expresamente manifiesta el maestro Hundskopf⁸⁷, la Ley General de Sociedades, a nuestro criterio, adopta el perfil de un derecho sancionador al castigar con la disolución de pleno derecho a aquella Sociedad que, habiendo devenido en unipersonal, no recompone su pluralidad societaria en el plazo de seis meses.

No obstante, existe otro dispositivo de la normativa societaria que curiosamente regula también el efecto jurídico de la pérdida de la pluralidad, sin embargo, la diferencia que este dispositivo manifiesta frente al supuesto ya planteado es totalmente distinto, así tenemos:

Artículo 407°.- Causales de disolución:

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

(...)

⁸⁷ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Flexibilización de la regulación normativa de la sociedad anónima a partir de la vigencia de la ley 26887”, en: Derecho Comercial - Temas Societarios, Volumen V, Lima, Universidad de Lima fondo editorial, primera edición 2004, p. 18

El maestro Hundskopf manifiesta en uno de sus artículos de derecho societario, que con la vigente Ley General de Sociedades N° 26887, “se ha respetado el principio de un derecho societario no sancionador, y a diferencia de los ordenamientos societarios de otros países, en ella no se incluyen de manera explícita las infracciones o faltas, y tampoco se tipifican los delitos societarios.”

6. Falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida.

(...)

De lo expresado en dicha fórmula legal, se puede extraer, sencillamente y sin lugar a una interpretación demasiado rigurosa, que una de las causales de la disolución de una Sociedad es la falta de pluralidad de socios que en el término de seis meses no se haya reconstituido, empero ¿Cuál es la diferencia entre este supuesto contenido en el Art. 407° y el referido al Art. 4°?, para ello empecemos definiendo el efecto que nuestra normativa societaria atribuye al fenómeno de la Unipersonalidad Sobvenida.

Disolución.-

Entendida como la situación por la cual atraviesa una Sociedad con miras a su posterior extinción, situación en el sentido de que puede ser un acto o un hecho, el cual lleve a este primer paso de la extinción societaria, así estaremos frente a un acto cuando este surja de la voluntad de los miembros, adoptada en junta general, y estaremos frente a un hecho

cuando la Ley señale expresamente las causas por las cuales una Sociedad se encuentre en tal situación.

Entonces la disolución es “el acto o el hecho jurídico con el que se inicia el proceso de extinción de la Sociedad, proceso que finalizará con la inscripción de esa extinción en el Registro Público”⁸⁸, por tanto, la disolución opera mediante dos formas:

- a. Por acuerdo de los socios, en Junta General y,
- b. Por las causas que establezca la Ley.

Concluyendo así, que la disolución opera voluntariamente cuando es acordada por los socios en Junta General, y es de pleno derecho cuando la Ley lo dispone así, un ejemplo de ello es la disolución que opera de pleno derecho cuando el plazo de funcionamiento de la Sociedad ha vencido, y otro, comentado ya al inicio de este título, cuando la pluralidad de socios no es recompuesta en el plazo de seis meses.

⁸⁸ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Disolución de pleno derecho por pérdida de la pluralidad de socios” en: Derecho Comercial -Temas Societarios, Volumen IX, Universidad de Lima fondo editorial, primera edición, 2009, lima, p. 185.

Habiendo entendido ya el concepto de disolución así como los modos en los cuales opera, corresponde retomar la interrogante planteada en líneas anteriores, ¿Cuál es la diferencia entre este supuesto contenido en el Art. 407° y el referido al Art. 4°? Ya que a simple lectura de ambos dispositivos se puede advertir que regulan el fenómeno de la falta de pluralidad no recompuesta en el plazo de seis meses, pero atribuyéndoles distintos efectos.

Precisamente, el Art. 4°, expresa como consecuencia al fenómeno comentado, la disolución de pleno derecho, sin embargo, por otro lado, el Art. 407° en su numeral sexto, atribuye una consecuencia distinta a la del dispositivo cuarto.

Para determinar esta diferencia en cuanto a las consecuencias que atribuye la Ley indistintamente, debemos acudir al Art. 423° de la norma societaria que señala en su inciso sexto lo siguiente:

Artículo 423°.- Causales de irregularidad:

(...).En cualquier caso, una sociedad adquiere la condición de irregular:

(...)

6. Cuando continua en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la Ley, el pacto social o el estatuto.

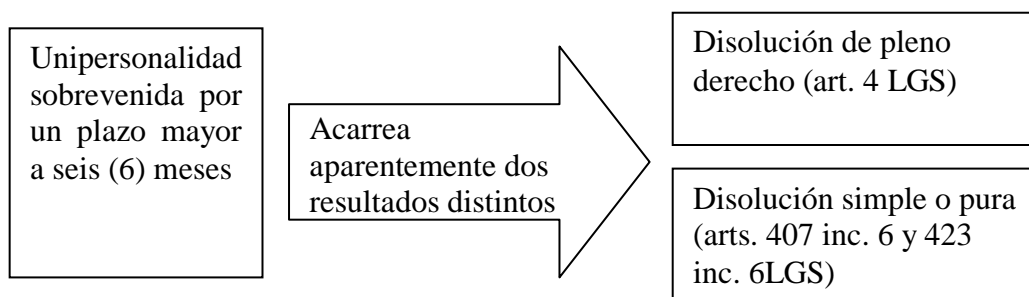
Concluyendo así, que una Sociedad Irregular es aquella que pese a haber incurrido en la causal de disolución –para nuestro caso de estudio– prevista en la Ley, sigue en funcionamiento. Así mismo, que para una Sociedad irregular existe dos alternativas, para ello el Art. 426° señala que:

Artículo 426°.- Regularización o disolución de la sociedad irregular:

Los socios, los acreedores de estos o de la sociedad o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución de la sociedad, conforme al procedimiento establecido en el artículo 119° o en el artículo 409°, según el caso.

Tenemos así entonces que mediante estos dispositivos, se pueden obtener resultados distintos, por un lado, la no recomposición de la pluralidad de socios en el plazo de seis meses ocasiona por parte del Art.

4° una disolución de pleno derecho de la Sociedad, con lo cual sólo queda continuar el posterior proceso de liquidación hasta llegar a su extinción; por otro lado, mediante el Art. 423° estaremos frente a una Sociedad irregular cuando ésta siga en actividad pese a haber incurrido en una de las causales establecidas en el Art. 407; y que para nuestro ejemplo, una Sociedad que siga funcionando pese a haber incurrido en causal de disolución por haber perdido la pluralidad de socios y no haberla recompuesto en el plazo exigido por Ley se convierte en irregular, con lo que según el Art. 426° tiene dos opciones, regularizar la Sociedad, esto quiere decir subsanar la causal por la cual mantiene una condición de irregular mediante la recomposición de la pluralidad, o en todo caso decidir por disolverla, se tiene entonces:



Y es en este caso que se llega así a una cuestión controvertida que forma parte de uno de los objetivos de la presente investigación, la cual

es precisar el efecto jurídico que acarrea una Unipersonalidad Sobrevenida cuando en ella no se recompone la pluralidad de socios en el plazo exigido por la Ley, respuesta que se hallara en el punto subsiguiente.

3.5. DICOTOMÍA EN LA LGS SOBRE DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO E IRREGULARIDAD SOCIETARIA EN LA PÉRDIDA DE PLURALIDAD DE SOCIOS.

Llegados a este punto con la controversia establecida en el título anterior, toca precisar cuál verdaderamente es el efecto que ocasiona la no recomposición de la pluralidad de socios en el plazo establecido originados por una Unipersonalidad Sobrevenida.

Para ello, la controversia planteada anteriormente ha sido debatida a nivel jurisprudencial por parte del Tribunal Registral, fundamentalmente en dos resoluciones, la primera: Resolución N° 597-2006-SUNARP-TR-L de fecha 05 de octubre de 2006, y la segunda: Resolución N° 1295-2008-SUNARP-TR-L de fecha 26 de noviembre de 2008, en las cuales la decisión del colegiado fue similar respecto a la consecuencia que acarrea

la no recomposición de la pluralidad societaria en el plazo que establece la Ley General de sociedades.

3.5.1. Resolución N° 597-2006-SUNARP-TR-L

a. Los hechos:

En la Sociedad de Responsabilidad Limitada, con la razón social de “Empresa de Servicios Servigen”, se solicitó la inscripción de la transferencia de participaciones efectuada en fecha 10.08.06 por su único titular a favor de otras dos personas, empero la registradora formuló tacha en contra de dicha solicitud por considerar que la Sociedad ya se había disuelto de pleno de derecho, esto por haber transcurrido el plazo de 6 meses para recomponer la pluralidad de miembros en la Sociedad.

b. Fundamento del registrador:

Mediante la verificación de los antecedentes registrales de la empresa, se advirtió que la Sociedad perdió su pluralidad de miembros en fecha 13.11.97, tiempo en el cual, hasta la solicitud de inscripción del título materia de la tacha, habían transcurrido ampliamente el plazo para la recomposición de la pluralidad de miembros –plazo establecido en el

Art. 4° de la LGS—, por lo que en merito a ello, la registradora, tachó la solicitud que pretendía restablecer la pluralidad de miembros, por cuanto la Sociedad ya se había disuelto de pleno derecho.

c. Fundamento del apelante:

No obstante la tacha fue apelada por la solicitante, argumentando que, la solicitud que contiene la recomposición de miembros en la Sociedad, no adolece de un obstáculo insalvable, amparándose para ello, que la no recomposición de pluralidad de miembros en el plazo de 6 meses y su continua actividad después de ese periodo, adopta la condición de sociedad irregular, y que al amparo la Ley General de Sociedades, los socios, acreedores de estos, o de la Sociedad o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución.

d. Decisión del tribunal:

El colegiado analiza todos los aspectos relacionados a la disolución de pleno derecho, así como las causas de disolución contenidas en el cuerpo normativo de la Ley General de Sociedades, concluyendo para

ello, que existen tres tipos de disoluciones; una de pleno derecho, la cual opera por mandato imperativo de la ley; otra por parte de los socios, la cual opera por un acuerdo en el cual los socios expresan su voluntad; y la judicial, que es declarada por el juez.

Concluye señalando, que si bien la Sociedad en mención se adecúa a la condición de irregularidad societaria que propugna la Ley, ésta no puede ser regularizada, pues sólo le queda un camino, la cual es disolverse, ello por un mandato imperativo que la Ley establece y que se materializa en el precepto legal contenido en el Art. 4° de la Ley General de Sociedades, agrega también que la alternativa señalada en la Ley, que ofrece elegir entre la regularización y la disolución, sólo opera en los casos que la Sociedad no haya incurrido en la causal de disolución de pleno derecho, confirmando así la tacha efectuada por la registradora.

e. Voto discordante:

El vocal, argumenta, a diferencia del resto del cuerpo colegiado, que si bien es cierto existe la disolución de pleno derecho que opera cuando la pluralidad de socios no es recompuesta en el plazo de 6 meses desde el momento en que perdió tal condición, existe también la causal

de disolución con el mismo supuesto mencionado anteriormente, advirtiendo que existe una dualidad idéntica de supuestos, en los cuales se observa consecuencias distintas, y opta por revocar la tacha efectuada por la registradora, por cuanto al existir dispositivos discrepantes regulando un mismo supuesto, ha de preferirse la menos gravosa para la Sociedad, ésta es el derecho de optar por regularizarse o disolverse, y agrega a ello también que a diferencia de la disolución de pleno derecho por finalización del tiempo de funcionamiento de una Sociedad en la cual sí establece un procedimiento para la inscripción contenida en el Art. 436°, no ocurre lo mismo con la disolución de pleno derecho por falta de pluralidad de miembros que no es recompuesta en el plazo de 6 meses establecido en el Art. 4°, ya que en este último no establece un procedimiento para la inscripción de dicha disolución.

3.5.2. Resolución N° 1295-2008-SUNARP-TR-L

a. Hechos:

Se solicita la inscripción de la regularización de la persona jurídica “Carlos Carrizales Stoll – Abogados & consultores Sociedad Civil” por cuanto ésta –al igual que el caso anterior– había perdido la pluralidad de miembros en fecha 20.03.00, quedando solamente un socio bajo la estructura de la Sociedad hasta el fallecimiento de éste, que se produjo en fecha 15.03.03, siendo declarados como sus herederos mediante sucesión intestada (inscrita en Registros Públicos), la familia de el socio único fallecido. Por otro lado mediante escritura pública, de fecha 07.09.07 se solicita la regularización de la Sociedad por haber incurrido en causal de disolución por pérdida de pluralidad de socios, para ello se aprueba la transferencia por parte de la sucesión intestada de 90 de 100 participaciones en total, a uno de los hijos del fallecido, y las otras 10 restantes a la viuda del también fallecido.

b. Fundamento del registrador:

El registrador formula tacha sustantiva en contra de la solicitud de inscripción que pretende regularizar la Sociedad mediante la

transferencia de participaciones para lograr la recomposición del sustrato plural de la Sociedad, argumentando su decisión a razón de que la Sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho, por cuanto se excedió del plazo establecido para la reconstitución de la pluralidad que estipula el Art. 4° de la Ley General de Sociedades, siendo así, que dicha pluralidad se perdió en fecha 20.03.00, cuando uno de los socios transfirió al otro la totalidad de sus participaciones, quedando éste último como único socio, y que a la fecha de presentación de la solicitud, se sobrepasó el plazo establecido, quedando la Sociedad disuelta de pleno derecho sin posibilidad a regularizarla.

c. *Fundamento del apelante:*

El apelante fundamenta su impugnación, al igual que en el caso anterior, que al amparo del Art. 426° de la Ley General de Sociedades, procede la regularización de la Sociedad, ya que al perder la pluralidad de miembros sin recomponerla en el plazo de seis meses y seguir continuando en actividad la convierte en sociedad irregular, por ello procede su regularización, agregando además que la disolución de pleno derecho puede ser dejada sin efecto, pues lo contrario supondría una

vulneración al Derecho Constitucional de libertad de empresa que establece la Constitución Política del Perú.

d. Decisión del tribunal:

La decisión del tribunal fue confirmar por unanimidad la tacha formulada en contra de la solicitud de inscripción, señalando también que existen tres tipos de disoluciones; la disolución de pleno derecho, la que se efectúa por acuerdo de socios, y la judicial, siendo que el caso en mención se encuentra ubicada en el primer supuesto, y que nuestra legislación no admite la unipersonalidad por el término de más de seis meses, agregando finalmente, que no existe ninguna vulneración al derecho de la libertad de empresa, por cuanto existen alternativas por el cual una persona puede efectuar actividades comerciales bajo el amparo de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

3.6. ANÁLISIS DEL EFECTO JURÍDICO DE LA PÉRDIDA DE PLURALIDAD DE SOCIOS.-

Hasta aquí podemos afirmar con certeza, que el fenómeno de la Unipersonalidad Sobrevenida prolongada por mucho tiempo, es causal de disolución, ¿Simple o de pleno derecho? Ese es uno de los objetivos que pretendemos establecer en las siguientes líneas.

Efectuamos en puntos anteriores la pregunta que ahora la volvemos a plantear ¿Cuál es la diferencia entre este supuesto contenido en el Art. 407° y el referido al Art. 4°?, sin duda a partir de la exposición de los presentes casos contenidos en dos de los pronunciamientos del Tribunal Registral podemos afirmar lo siguiente:

- Según el Tribunal existen tres tipos de disoluciones que la Ley General de Sociedades establece. La primera; es la disolución de pleno derecho, la cual que por mandato expreso de la Ley disuelve una Sociedad sin posibilidad de regularizarla, disolución absoluta (ipso jure), “y no admite ninguna excepción, de forma tal, que la

Sociedad debe disolverse, sí o sí”.⁸⁹ La segunda; que se configura por la voluntad de los socios que acuerdan disolver una sociedad; y la tercera, por mandato judicial.

- Nuestra normativa societaria regula con distintas consecuencias la falta de pluralidad de miembros que no se recompone en el plazo de seis meses, atribuyéndole distintos efectos; por un lado, uno de consecuencia, que es la disolución simple, regulada en el numeral sexto del Art. 407°, la que es posible de tomar dos caminos: disolverse o regularizarse conforme al Art. 426°; y la disolución de pleno derecho, aquella que no es posible regularizarla, ya que el único camino que le queda es la disolución; por ello, la denominación de pleno derecho, no admite ninguna excepción, la cual se encuentra contenida en el Art. 4°.

Entonces, cuál es el apropiado efecto que la Ley debe dar a una situación de Unipersonalidad Sobrevenida que no es recompuesta luego del plazo establecido, si para ello tenemos dos fórmulas legales aplicables a los mismos supuestos.

⁸⁹ ECHAIZ MORENO, Daniel. “Derecho Societario. Un nuevo enfoque de los temas societarios”. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 35.

Para llegar a dilucidar tal controversia, se requiere entonces efectuar, como bien lo dice el maestro *Echaiz*⁹⁰, una interpretación literal, en el sentido que la disolución de pleno derecho opera como su nombre lo propugna, sin excepción alguna, no admite otra vía que no sea la interpuesta por la Ley, y que la alusión que hace el inciso sexto del Art. 407° debe entenderse en el sentido de que se habla de una disolución de pleno derecho, y no de una disolución simple, máxime aún, si en dicho dispositivo no sólo se regulan las causas de disolución simple, sino también las de disolución de pleno derecho, por ejemplo, en el numeral primero tenemos lo siguiente:

Artículo 407°.- Causales de disolución:

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

1. Vencimiento del plazo de duración, que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro. (Subrayado nuestro)

(...)

⁹⁰ ECHAIZ MORENO, Daniel. La Unipersonalidad Societaria Sobreviniente. En Revista Actualidad Jurídica – Actualidad Mercantil, Tomo 193, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 290.

Por lo tanto, el supuesto que se encuentra establecido en el numeral sexto del Art. 407° respecto a la causal de disolución cuando una Sociedad no recompone su pluralidad en el plazo de seis meses, debe entenderse como una disolución de pleno derecho, y que su inclusión en ella no es más que una confirmación del efecto que se le atribuye inicialmente en el artículo cuarto ubicado en el libro de reglas aplicables a todas las sociedades, ya que las causales de disolución que se regulan en el Art. 407°, no sólo son las causales de disolución simple, sino también las causales de disolución de pleno derecho, como lo son en efecto la que opera cuando vence el plazo de duración y la que opera cuando la pluralidad de miembros no es reconstituida en el plazo de seis meses.

En conclusión, encontramos que cuando una Sociedad pierde su pluralidad de miembros y no la reconstituye o recompone en el plazo de seis meses a partir del nacimiento de la Unipersonalidad Sobrevenida, no le queda otro camino que la disolución sin posibilidad alguna de regularizarla, así nuestra opinión es la de adhesión a lo resuelto por el Tribunal Registral en ambos pronunciamientos, aunque no precisamente por su fundamentación, pues en el primer caso, no existe dos tipos de Sociedad irregular como así lo deja entrever en su fundamento la sala, al

señalar que la Sociedad irregular por disolución de pleno derecho sólo le queda un camino la cual es disolverse, a diferencia de la Sociedad irregular por causal de disolución que opera por parte de los socios, todo esto a consideración nuestra es errado, por que una Sociedad que pierde su pluralidad de miembros y no la recompone en el plazo de seis meses no se encuentra en “causal de disolución”, para ser considerada como Sociedad irregular, porque en ella no opera la opción de regularizarse o disolverse, precisamente por esto último, simplemente está disuelta de plano.

Sin embargo, si bien es cierto que la precisión que efectuamos se enmarca dentro de la legislación, habiendo para ello analizado los distintos dispositivos legales que regulaban dicha controversia, no compartimos el efecto que la Ley societaria atribuye a la situación de Unipersonalidad Sobvenida de manera prolongada, por cuanto el Derecho Comercial es un derecho de costumbres, que toma la realidad para regularla y no sancionarla, respetando así el principio de un Derecho Societario no sancionador, y que a decir del Jurista *NORMAND SPARKS*

“el Derecho Mercantil no es un Derecho de sanciones, sino un Derecho de consecuencias”⁹¹.

Así, en suma, consideramos que se debió prever en un Derecho Societario no sancionador que el efecto contenido en el Art. 4° de la Ley General de Sociedades no fuese revestido como sanción, sino como simple consecuencia en la cual la no recomposición de la pluralidad de miembros en el plazo de seis meses conlleva a una causal simple de disolución, y si ésta, a consecuencia de ello sigue funcionando, atribuirle la condición de Sociedad irregular, en cuyo caso los representantes y socios de la misma, responderán ilimitada y solidariamente con quienes contraten –similar solución que le da en este caso la legislación española al regular el fenómeno de la Unipersonalidad Sobrevenida⁹²–, dándole así la alternativa de regularizarse o disolverse según crea conveniente, abogando para ello que el efecto sancionatorio del Art. 4° con la disolución de pleno derecho sea variado al de simple disolución

⁹¹ ECHAIZ MORENO, Daniel. “Derecho Societario. Un nuevo enfoque de los temas societarios”. Op. Cit., p. 316.

⁹² El Real Decreto Legislativo N° 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, sigue la línea de un Derecho Societario no sancionador, al atribuirle una consecuencia al fenómeno de la unipersonalidad sobrevenida cuando esta situación, no es inscrita ante el registro mercantil, así lo establece de la siguiente forma:

Artículo 14. Efectos de la unipersonalidad sobrevenida.

1. Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad.
2. Inscrita la Unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

permitiéndole así al comerciante o empresario elegir entre las soluciones que la legislación por intermedio del Derecho Comercial y la Ley General de Sociedades le ofrece.

3.7. ¿LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES ADMITE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA?

Como se puso de manifiesto en el primer capítulo, el fenómeno de la Unipersonalidad Societaria o la Sociedad Unipersonal, se expresa en dos vertientes, sea Originaria o Sobreviniente, se dijo además que nuestra Ley General de Sociedades, se adhiere –aunque implícitamente– a la Teoría Contractualista, la cual propugna que una Sociedad se crea por un acuerdo de voluntades, es decir, con una pluralidad de miembros, descartándose así la constitución *abnatio* de la Sociedad Unipersonal en su vertiente Originaria.

Sin embargo, como lo mencionamos anteriormente diversas legislaciones como la de España, Francia, Colombia, Venezuela, y Estados Unidos, admiten la Sociedad Unipersonal en sus respectivas legislaciones, aunque de manera diversa respecto a sus vertientes; pero, qué hay sobre La legislación Societaria Peruana, ¿Admite de algún modo

la Sociedad Unipersonal?, sin temor a equivocarnos manifestamos que sí, en efecto, nuestra Ley General de Sociedades admite y tolera la Sociedad Unipersonal en sus dos vertientes, advirtiendo sin embargo, que esta admisión y tolerancia por parte de nuestra normativa societaria no es del todo completa, quiere decir que la regula de manera restrictiva y con algunas precisiones que son fundamentales analizar.

3.7.1. La Unipersonalidad societaria originaria en la Ley General de Sociedades.

Habiendo manifestado en el capítulo anterior que la Sociedad en el Perú, y específicamente en la Ley General de Sociedades por regla general se fundaba por una pluralidad de miembros, siendo imposible entonces la creación *ab initio* de una Sociedad Unipersonal, pero afirmamos también que dicha regla general sobre la pluralidad de socios, tenía una excepción, la cual señalaba que en caso de que quien constituya la Sociedad fuese el Estado, quien ejerce su condición de socio único dentro de la persona jurídica de Derecho público denominada FONAFE, así como aquellas empresas en las cuales el Estado desarrolle cualquier actividad empresarial mediante Ley expresa, actuando para tal caso como accionista único de dichas sociedades el FONAFE, siendo así

que el Art. 4° de la LGS en su segundo párrafo hace lo propio exonerando al Estado del requisito de pluralidad de miembros para constituir una Sociedad.

No olvidemos, además, que no sólo el Estado se encuentra exonerado de cumplir con el requisito de pluralidad de miembros, pues como se expuso también en el primer capítulo, este privilegio está reservado de igual forma a las Empresas del Sistema financiero y de Seguros, así como a las Sociedades Agente de Bolsa, no obstante cabe hacer la fundamental precisión que a diferencia del Estado éstas últimas sólo se encuentran dispensadas de cumplir el requisito de pluralidad de miembros, únicamente para constituir subsidiarias, quiere decir que la matriz o sociedad principal, no puede desvincularse del cumplimiento de este requisito de la pluralidad de miembros.

Tenemos entonces que nuestra legislación societaria admite y regula de manera restrictiva o no integral la Unipersonalidad Societaria Originaria, dispensando de cumplir con el requisito del sustrato pluripersonal al Estado de manera general, y a las empresas del Sistema Financiero y de Seguros y las Sociedades Agente de Bolsa de manera

limitada, restringiendo el no cumplimiento del requisito de pluralidad de miembros únicamente a la constitución de subsidiarias.

3.7.2. La Unipersonalidad societaria sobrevenida en la Ley General de Sociedades.

Si bien se trata de una Unipersonalidad que opera una vez que se haya constituido una Sociedad con un sustrato pluripersonal, nuestra normativa societaria también admite su existencia, aunque mejor dicho *la tolera*, puesto que su existencia está supeditada a la recomposición de su sustrato pluripersonal, y que si ésta última no es subsanada en el plazo de seis meses que la Ley le exige, simplemente la castiga con la disolución de pleno derecho.

Así tenemos que, a diferencia de la Unipersonalidad Societaria Originaria que encuentra su admisión en vía excepción, no sucede lo mismo con la Unipersonalidad Societaria Sobrevenida, ya que en ella sólo encuentra una tolerancia de la legislación por un determinado periodo, y que al término de dicho fenómeno es castigado con la disolución de pleno derecho, esto a diferencia de otras legislaciones como la Venezolana que señala en su Art. 345° de su Código de Comercio que: “ la Sociedad

Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada no se disuelven por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de la Sociedad”⁹³.

Por lo tanto, nuestra Ley General de Sociedades, admite por un lado de manera restrictiva la Unipersonalidad Societaria Originaria, reservando al Estado y otras que señale la Ley, la no exigencia del requisito de pluralidad de miembros para la creación *ab initio* de una Sociedad, y por otro lado tolera la existencia de la Unipersonalidad Societaria Sobrevvenida, por un plazo de seis meses, en cuyo caso al vencimiento de dicho término, se le castiga con la disolución de pleno derecho.

3.8. FENÓMENO DE LA IMAGINARIA SOCIETAS

Dentro de la vertiente originaria de la Unipersonalidad Societaria encontramos el fenómeno de la *imaginaria societas*⁹⁴, que si bien no es una manifestación Unipersonal formal y real de una estructura societaria

⁹³ Venezuela. Código de Comercio. Publicado en la Gaceta Oficial N° 475 el 21/12/1955

⁹⁴ ECHAIZ MORENO, Daniel. Op. Cit. Pp. 31 y 32. A decir de la traducción libre que efectuó el maestro Echaiz de la obra de Tulio Ascarelli denominada “Il negozio indiretto e le società commerciali”. En: Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivante. Roma, s/e, 1931, p. 59.

con respecto a su composición pluripersonal, lo es en el sentido fáctico, en relación a su aspecto funcional.

Resulta que en la constitución de una Sociedad, se observa que existe una pluralidad de miembros con el propósito de asociarse para fundar la institución societaria de su conveniencia, es así que, se suscribe el pacto social de constitución de la Sociedad, se eleva a escritura pública y finalmente se inscribe en el registro correspondiente, con lo cual dicha sociedad opera de manera normal como cualquier otra, hasta aquí seguramente ha de surgir la interrogante sobre en qué momento se presenta la Unipersonalidad Societaria en su vertiente originaria, si de la impronta que dejó la constitución de la Sociedad se advierte que participaron en ella dos o más personas, sin embargo, la Unipersonalidad Societaria Originaria en la *imaginaria societas* no se manifiesta de manera formal y real en el acto fundacional, ya que si bien existe una pluralidad de miembros al momento de la constitución de la Sociedad, se puede apreciar que de la estructura accionarial quien posee la mayoría⁹⁵ –que por lo general es una mayoría absoluta– de las cuotas participativas es una sola persona, y que, como manifestásemos anteriormente, en una Sociedad de “capitales” en donde lo que prevalece es el aspecto

⁹⁵ Mayorías que incluso se pueden apreciar con una distribución accionarial de la siguiente forma: socio mayoritario, 99%; socio minoritario 1%, cumpliéndose así la pluralidad de miembros que señala la Ley para poder constituir una sociedad.

patrimonial antes del personal y en donde la Junta como órgano supremo de aquella funciona en base al gobierno de la mayoría accionarial, nada impide que exista una distribución accionarial entre el socios mayoritario y socio minoritario de un 99% a 1% respectivamente, en cuyo caso estaremos claramente frente a una Sociedad Unipersonal en su vertiente Originaria, si bien no de manera formal con relación a la participación plural de miembros en el acto fundacional de la Sociedad, sí habrá Unipersonalidad Originaria de manera fáctica apreciando la distribución accionarial antes señalada, ya que la Sociedad, funcionará bajo las directivas de la Junta que se adoptaran por mayoría accionarial que en cuyo caso serán de titularidad de una sola persona, y en el que se presentará una Sociedad de dos socios de gestión unipersonal.

Sin duda, el fenómeno de la *imaginaria societas* parecería algo ilusorio dentro de la realidad peruana, sin embargo, es todo lo contrario, basta remitirnos a la composición accionarial que mantienen aquellas sociedades que cotizan en el mercado de valores para poder apreciar un panorama pragmático de este fenómeno societario.

Matriz	Subsidiaria	Participación
Falabella Peru S.A.A.	Banco Falabella Perú S.A.	98%
Grupo Elektra S.A.	Banco Azteca S.A.	99%
Banco del Pichincha C.A.	Banco Financiero del Perú	99%
Cencosud Internacional Limitada	Cencosud Perú S.A.	99%
The Goodyear Tire & Rubber Company	Compañía goodyear del Peru S.A.	99%
Austral Group S.A.A.	Conservera de las Americas S.A.	99%
Gashaki Corporation	Construcciones Electromecanicas Delcrosa S.A.	99%
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros	Corporacion Funeraria S.A.	99%
GFP Dunas Partners Holding inc.	Dunas Energia S.A.	99%
Banco de Crédito del Perú	Empresa Financiera Edyficar S.A.	99%
Etex Perú S.A.C.	Fábrica Peruana Eternit S.A.	99%
Union de Cerveceras Peruanas Backus y Johnston S.A.A.	Inmobiliaria Ide S.A.	99%
Lince Global Opportunities corp.	Inmobiliaria Millennia S.A.	97%
Sociedad de Inversiones Internacionales Parque Arauco S.A.	Inmuebles Comerciales del Perú S.A.C.	99%
Inversiones csc Perú S.A.C.	Insur S.A. Compañía de Seguros	99%
Tecnología aplicada S.A.	Intradevco industrial S.A.	98%
Holding el Sol S.A.C.	Lápices y Conexos S.A. Layconsa	99%
Leasing Bancolombia S.A.	Leasing Perú S.A.	99%
Inversiones Invernadic S.A.	Leasing total S.A.	99%
Mapfre America S.A.	Mapfre Compañía de Seguros y	99%

	Reaseguros S.A.	
Mitsui Autofinance Chile Ltda.	Mitsui Auto Finance Perú S.A.	99%
Glencore Minera ag	PerúBar S.A.	99%
Telefonica del Perú	Telefonica Moviles S.A.	99%

(*) Datos extraídos de la página institucional de la Superintendencia de Mercado y Valores del Perú (SMV), acceso directo en:
http://www.smv.gob.pe/Frm_Relacionados.aspx?data=B5C77F8C6BF989E2D2220F8ED366A4EF1CB0260F56

3.9. LAS SOCIEDADES DE FAVOR

Otro de los puntos a considerar dentro de los fenómenos asociativos en los cuales se puede presentar la Unipersonalidad Societaria, es el referido a las Sociedades de Favor, conocidas también como sociedades de acomodo o sociedades de complacencia, en donde al igual que la *imaginaria societas* este fenómeno se presenta como una manifestación de la Unipersonalidad Societaria, es así que las Sociedades de Favor son aquellas constituidas en interés de una sola persona, esto quiere decir que la Sociedad se constituirá en base a un sustrato pluripersonal, pero que al final servirán de instrumento de un único socio.

No obstante, queremos hacer la distinción entre Sociedades de Favor y Soclos de Favor, puesto que según nuestro punto de vista

siguiendo al Jurista *VAN THIENEN*⁹⁶ son conceptos totalmente distintos; por ello para establecer una distinción entre Sociedades de Favor y Socios de Favor cabe hacernos la pregunta que el mismo jurista se formuló *¿Quién constituye una sociedad comercial recurriendo a un socio de cómodo para cumplir la fórmula del artículo 1° de la LSC está constituyendo una sociedad de cómodo?*⁹⁷. Para ello determinaremos primeramente quien es un socio de Cómodo.

Un socio de Cómodo es aquel que presta su condición de persona para el cumplimiento del requisito de la pluralidad de miembros, es así que si por ejemplo “A” quiere constituir una Sociedad para desarrollar una actividad económica bajo la estructura de la Sociedad Anónima, viéndose imposibilitado de constituir dicha estructura individualmente, recurrirá a “B” para que este le preste su condición de persona natural o jurídica para así cumplir el requisito formal de la pluralidad de miembros.

⁹⁶ VAN THIENEN, Pablo Augusto. El empresario individual y la estructura jurídica societaria: Análisis crítico al fallo “Fracchia”: ¿sociedad de cómodo?, Revista CEDEF Law & Finance, N° 1c, Buenos Aires, 2005, p. 13

⁹⁷ El referido artículo 1 de la LSC (Ley N° 19.550 sobre ley de sociedades comerciales de argentina), hace referencia al requisito de pluralidad de miembros que se debe cumplir para constituir una sociedad, así señala:

ARTICULO 1° — Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Este fenómeno, también que es manifiesto de la unipersonalidad societaria, es el que *TULLIO ASCARELLI* esbozó en su tesis del negocio indirecto y que se materializa con la *imaginaria societas*, pues en ellas existen dos personas, de las cuales sólo existe un empresario individual con ánimo de desarrollar una actividad económica y la otra no, pues esta última actúa sólo como un socio complaciente, ya que desde un inicio no tuvo la voluntad de ejercer una actividad económica mediante una estructura societaria, entonces el fenómeno de la Sociedad con un Socio de Favor está presente en la constitución del ente societario junto al socio que verdaderamente desea realizar una actividad económica, así, quien constituye la base patrimonial o el capital de la Sociedad es sólo una persona, quien busca a otra –que por lo general es alguien de su confianza, amigo, familiar o incluso hasta su abogado– para que le preste su firma y cumplir de esta forma la exigencia de la Ley.

Por otra parte, caracterizada también por su pluralidad real de socios, la Sociedad de Favor o de Cómodo, se distingue de la *imaginaria societas* o sociedades con socios de Cómodo, en cuanto a su creación, así una Sociedad de Favor, es aquella Sociedad ya constituida por una pluralidad de miembros, pero que sin embargo, ninguno de éstos tiene la voluntad de ejercer alguna actividad económica, es decir esta Sociedad

se constituyó sin ninguna voluntad de desarrollar una actividad económica, es decir, no hubo una *affectio societatis* por parte de aquellas personas que la fundaron, se tratan entonces de sociedades que están en “catálogo”, sociedades que se crearon con el propósito de venderlas, transfiriendo para ello la mayoría de las acciones para que un tercero interesado en desarrollar una actividad económica de manera individual e imposibilitado de hacerlo bajo la figura de la Sociedad, adquiera estas acciones para cumplir su propósito, es decir estamos frente a “caso de las sociedades pre constituidas por testaferros para beneficio de un tercero”⁹⁸.

Este tipo de sociedades, son calificadas en la doctrina como nulas, pues en ellas existe una simulación absoluta del acto jurídico que las crea, puesto que no existe una voluntad o una *affectio societatis* por quienes la fundaron, así en nuestra normativa peruana el Contrato de Sociedad por el cual se crea una Sociedad de Favor o de Cómodo sería pasible de una nulidad absoluta a tenor del Art. 219° del Código Civil⁹⁹, sin embargo, si bien es cierto que se trata de una sociedad que ha sido creada mediante un acto jurídico simulado y que por ende es nulo desde

⁹⁸ VAN THIENEN, Pablo Augusto. Op. Cit. P. 13.

⁹⁹ Artículo 219: Causales de nulidad.-El acto jurídico es nulo:

(...)

5. Cuando adolezca de simulación absoluta.

(...)

que nació, no debemos entrar a un terreno sancionador *per se*, puesto que si así lo fuere, perjudicaría a los terceros de buena fe que hayan contratado con la Sociedad y que hayan obtenido derechos adquiridos por ello, desconociendo que dicho ente societario se constituyó como Sociedad de Favor.

Entonces, la diferencia existente entre la Sociedad de Favor o de Cómodo, y el socio de Favor o de Cómodo, radica fundamentalmente en la etapa de constitución societaria, pues en la primera los fundadores carecen de *affectio societatis*, la que se traduce en la voluntad de asociarse para desarrollar una actividad comercial creando para ello una Sociedad, trayendo como consecuencia su nulidad por tratarse de un acto jurídico con simulación absoluta; y en la segunda existe si una *affectio societatis* por parte de uno solo de los miembros, siendo este un empresario individual que desea ejercer una actividad económica bajo la forma de la Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada, y que en su propósito de cumplir este objetivo busca a otra persona, un Socio de Favor, a efecto de ayudarle a constituir una Sociedad cumpliendo así el requisito de pluralidad de miembros que exige la Ley.

3.9.1. *El caso Fracchia*¹⁰⁰.-

Uno de los casos de Derecho Comparado que mejor explica sobre la confusión existente de la Sociedad de Favor con el Socio de Favor es el relacionado a la empresa “Fracchia Raymond S.R.L.”, en el que no sólo hubo una confusión de conceptos, sino que una interpretación a nuestro criterio demasiado antojadiza por parte de la Sala “E” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la ciudad de Buenos Aires.

El caso parte de lo siguiente, los socios de Fracchia solicitaron la inscripción de la Sociedad con capital de \$ 10.000 (diez mil pesos argentinos), que constituían 10.000 participaciones, de las cuales un socio era propietario del 99.99% de las acciones o el otro solo del 0.1%, siendo así que se denegó la inscripción hasta que se recomponga la pluralidad sustancial de las participaciones, puesto que ese caso se trataba de una Sociedad simulada que buscaba limitar la responsabilidad de uno solo de sus integrantes.

Así mismo, la Sociedad apeló ante la Cámara Nacional de Apelaciones, reconociendo que en efecto, la titular de la Sociedad

¹⁰⁰ Sentencia del 3 de mayo del 2005 del Tribunal de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires - Argentina.

recurrió en este caso a su abogada para cumplir el requisito de la pluralidad de miembros que exige la Ley para poder ejercer bajo las directivas de una Sociedad de Responsabilidad Limitada un emprendimiento inmobiliario unipersonal y que la constitución de la Sociedad respondía a una práctica que en el Derecho Mercantil se presentaba con frecuencia no sólo en Argentina, sino que en todo el mundo, puesto que la costumbre es fuente creadora del Derecho Mercantil, considerando además que en países europeos se regulaba ya la Sociedad Unipersonal.

Sin embargo, el Tribunal de la Cámara confirmó la decisión de la autoridad registral, señalando en su considerando séptimo que la pluralidad que exige la Ley dista de ser sola una formal, y que dicho sustrato pluripersonal debe ser sustancial, así mismo llega a citar en su considerando octavo otro caso en el cual se denegó la inscripción de sociedades pre ordenadas, es decir, de Sociedades de Favor, aclarando que si bien no se tratan del mismo caso, sin embargo, sí se pueden aplicar las consideraciones establecidas en aquel, afirmando que se trata de un negocio jurídico simulado, pues no existe por ninguna de las partes voluntad de asociarse y de participar en los resultados que se generen, señalando además que la costumbre *contra legem* no es fuente creadora

del Derecho, resolviendo confirmar la decisión de la autoridad registral negando la inscripción de la Sociedad hasta que recomponga su pluralidad sustancial.

Breve análisis:

De lo expuesto, podemos afirmar sencillamente que el caso Fracchia no responde al fenómeno de la Sociedad de Favor, sino que es uno sobre constitución de Sociedad con Socio de Favor o de complacencia, evidentemente el problema radica en aplicar fundamentos relacionados a una simulación absoluta que se presenta en una Sociedad de Favor, en donde sin duda, la constitución de esta última acarrea como mencionásemos anteriormente la nulidad de la misma por carecer de *affectio societatis*, a un caso de sociedad con un Socio de Favor, en donde si bien existe un socio carente de voluntad de asociarse, existe el empresario individual que manifiesta su voluntad, entendiéndose no sólo en el querer asociarse, sino también en el de desarrollar una actividad comercial con la constitución de la Sociedad.

Pero lo más preocupante es la decisión del colegiado, al asumir que la pluralidad que exige la Ley no sólo es formal, sino sustancial,

interpretación demasiado caprichosa, puesto que cualquiera se preguntaría ¿Qué se entiende por sustancial?, más aún si se trata de una pluralidad accionarial, siendo que el artículo primero de la Ley de Sociedades Comercial de Argentina señala al igual que nuestra normativa societaria en su artículo cuarto, que la Sociedad se constituye cuando menos por dos o más personas, y que el tribunal exija una pluralidad sustancial de acciones cuando la Ley te exige pluralidad de miembros es tergiversar lo regulado por la normatividad, vulnerando así el principio de legalidad, puesto que donde la Ley no distingue no hay porque distinguir. Sin embargo, si así fuese, que se exija una pluralidad de acciones, que es sustancial para el tribunal, acaso un 98% y 2%, un 97% y 3%, o quizá acaso un 95% y 5%.

Sin duda, una resolución con una interpretación de la norma sobre pluralidad de miembros de lo mas errada, confundiendo la pluralidad de personas que deben componer la Sociedad con una pluralidad sustancial de la división accionarial que la Ley societaria Argentina no contempla como requisito de constitución societaria¹⁰¹, además de fundamentar con

¹⁰¹ A decir de ello, el Art. 1° de la Ley 19.550, Ley de Sociedades Comerciales de Argentina señala lo siguiente:

Artículo 1.- Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

criterios aplicables a los de la Sociedad de Favor que nada tienen que ver con las sociedades con Socios de Favor o de Cómodo, pues como se sabe una Sociedad de Favor carece de *afecctio societatis* con lo cual la falta de manifestación de voluntad en el acto jurídico creador de la Sociedad acarrearía la nulidad del mismo, no obstante, que en una Sociedad conformada con un Socio de Favor si bien falta la manifestación de voluntad del socio testafarro, no sucede lo mismo con el otro socio, con lo cual al tratarse de un acto jurídico no bilateral, sino unilateral en donde las prestaciones van dirigidas a un fin común la falta de manifestación de una sola parte no traería consigo la nulidad del acto jurídico generador de la Sociedad, además de tratarse de una simulación relativa que no acarrea consecuencias de nulidad por cuanto existe un negocio real bajo el otro negocio aparente –actividad empresarial individual– que se muestra con la constitución de una Sociedad, no siendo por tanto una simulación absoluta como lo señala equivocadamente el colegiado.

3.10. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL COMO MECANISMO DE FRAUDE

Consideramos que para justificar la admisión de la Unipersonalidad Societaria –además de las ya expuestas relacionadas a la Sociedad como reunión de capitales y persona jurídica–, es necesario conocer también las críticas que se generan a la luz de su admisión, pues sólo así se podrá establecer fundamentos sólidos que nos permitan reconocer la figura conforme a derecho.

Es así que una de las tantas críticas tradicionales que se esgrimen en contra de la admisión de la Unipersonalidad Societaria, es la referida a que dicha figura se prestaría para que el único titular estructure toda clase artimañas o maniobras fraudulentas, que a decir de *MARTI*, sostiene que “en relación con el libro de actas que deben llevar estas sociedades se convierte en una especie de “diario íntimo” del socio de modo que lo puede cambiar cuando bien tenga y además hace nugatoria la posibilidad de la impugnación de las actas”¹⁰².

¹⁰² MARTI SANCHEZ, Nicolás. Citado por BONILLA SANABRIA. Op. Cit. P. 22.

Respecto a ello consideramos que quien vendría a ser el perjudicado al final con el cambio repentino de decisión en las actas y que se lleve como diario íntimo sería el único socio, ya que si en un momento dado decide transferir sus acciones a otra persona, o invitar a terceros a invertir en la Sociedad, no obtendrá resultado positivo, pues ninguna persona procurará realizar inversión alguna y mucho menos comprar acciones de una Sociedad que lleve la documentación como sus actas de manera informal, efectuándole cambios repentinos al contenido a conveniencia del único socio, por lo que quien al final saldrá perjudicado con este tipo de actos será el propio socio.

Respecto a la nugatoria posibilidad de impugnación de actas a consecuencia de la utilización del libro de actas como un libro íntimo, y que obviamente quien podría impugnarlas sería un tercero ajeno a la Sociedad –pues no existe pluralidad de miembros en los cuales otros socios ejerzan su derecho a oposición–, consideramos que ello no es así, ya que toda legislación societaria contiene normas de publicidad, las cuales permiten a los terceros impugnarlas cuando el acuerdo o en este caso la decisión del único socio, vulnere alguno de sus derechos que mantienen con la Sociedad, con lo que el socio que quiera tratar de utilizar el libro de actas como su diario íntimo tendrá que lidiar con las

normas de publicidad que establece la Ley, y que en nuestro caso peruano, cualquier acuerdo adoptado en junta que importe por ejemplo la decisión de reducir el capital social, debe ser publicado por un periodo determinado por la norma societaria para que terceros en este caso, acreedores de la Sociedad ejerzan su derecho a oposición cuando su crédito no se encuentra debidamente garantizado¹⁰³.

Entonces, la manera de evitar las posibles artimañas que *MARTI* atribuye a la Sociedad Unipersonal por cuanto cree que su único socio utilizará el libro de actas de la Sociedad como su libro íntimo, es aplicando normas de publicidad que de por sí ya están establecidas en cualquier legislación societaria, por ello no consideramos que ese sea un argumento para negar la admisión de la Sociedad Unipersonal, máxime aún si dicha artimaña de la que se habla puede presentarse tranquilamente en una sociedad pluripersonal, recordemos que pluralidad hace mención a dos o más personas, ¿Que acaso un libro de actas no se podría convertir como dice *MARTI* en un libro íntimo de una sociedad conformada por tres hermanos? O también ¿será que una sociedad

¹⁰³ Un ejemplo del derecho de oposición que tiene el acreedor, es el establecido en el artículo 219 de la Ley General de Sociedades N° 26887.

Artículo 219: Derecho de oposición.-

El acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito este sujeto a condición o a plazo, tiene derecho a oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción de capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado.

creada por una pareja de esposos utilizara el libro de actas como un diario secreto?, entonces creemos que no es sensato atribuir efectos perjudiciales que tranquilamente se pueden presentar en una Sociedad Pluripersonal, para negar la admisión de una figura como la de la Sociedad Unipersonal, atribuyéndole dicho efecto perjudicial con carácter de exclusivo.

Otro de los envites que enfrenta la Sociedad Unipersonal, o mejor dicho que ha enfrentado, pues se sabe que la Sociedad Unipersonal es admitida y regulada en la mayoría de países de la Unión Europea, es el referido a la Teoría de la Unidad de Patrimonio, la cual señala que una persona no puede tener más de un patrimonio, y que en una Sociedad Unipersonal dicha teoría se estaría vulnerando, por cuanto el socio único, por un lado, tiene su patrimonio propio y por el otro, lo tiene mediante la Sociedad que crea, además que desde el punto de vista de las obligaciones “el deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de la prestación a su cargo”¹⁰⁴, con lo cual se estaría ante una persona con dos patrimonios, algo impensable en contra la Teoría de la Unidad del Patrimonio.

¹⁰⁴ CASTILLO FREYRE, Mario. La reforma del Código Civil: Persistir en el error (o el regreso a la “Isla de la Fantasía”), en el Portal de información y opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art59.PDF, 2002, Lima, p. 10. Dejamos sentado que la opinión del Doctor Castillo no la efectuó en el contexto de la crítica hacia la sociedad unipersonal.

No obstante, esta Teoría de la Unidad del Patrimonio se fue dejando de lado, cuando se creó la figura del Fideicomiso, desarticulando la concepción rígida de la mentada teoría permitiendo a una persona separe de su patrimonio uno o varios bienes de los que lo componen, entonces que la Sociedad Unipersonal vulnere la Teoría de la Unidad del Patrimonio carece de fundamentos sólidos, más aún si en la Sociedad Unipersonal existen dos sujetos distintos –aunque resulte dificultoso diferenciarlos–, por un lado el socio, y por el otro la Sociedad, aquel ente reconocido como persona jurídica por el ordenamiento jurídico, pues es él quien le da la calidad de sujeto independiente de derechos y obligaciones, y que como expresásemos anteriormente, la persona jurídica no descansa en una pluralidad de miembros, habiendo citado para ello ejemplos como la EIRL, y la Fundación, entonces como señala *MOEREMANS*, “no estaríamos enfrentados con una persona con dos patrimonios, sino con dos personas distintas (el socio único y la Sociedad), por lo que en definitiva no se violaría ningún principio”¹⁰⁵ y “que en la actualidad, la defensa irreductible de aquella clásica Teoría de Unidad del Patrimonio no resulta ya posible legalmente frente a las expresas admisiones que el ordenamiento jurídico viene prestando,

¹⁰⁵ *MOEREMANS*, Daniel. “Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el proyecto de unificación civil y comercial en la Argentina. Protección a los acreedores” en: *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, volumen 1990-A, Ediciones de palma, 1990, Buenos Aires, p. 174

fundamentalmente a través de la consagración de los contratos modernos”¹⁰⁶.

Otro de los abusos que se le es atribuido a la Sociedad Unipersonal, es el peligro de confusión de patrimonios que pueda surgir entre el patrimonio del socio único y el patrimonio de la Sociedad, con lo cual habría una suerte de *caja chica* para el uso del socio único, es el supuesto en el cual el accionista único utiliza los fondos, o el patrimonio de la Sociedad para fines particulares, que no corresponden al objeto social que han de destinarse.

Particularmente, consideramos que este problema de confusión de patrimonios no es propio u originario de una Sociedad Unipersonal, pues si bien es cierto es más propensa a que ocurra, no por ello debemos otorgarle un carácter de *enfermedad crónica* a la Sociedad Unipersonal, pues este problema surge también en sociedades con sustrato pluripersonal, específicamente en las sociedades anónimas cerradas, las cuales por lo general son compuestas por miembros de la familia, y un caso muy conocido sobre ello es el ocurrido en la empresa de

¹⁰⁶ AHETS ETECHEVERRY, Ivan. Op. Cit. P. 16.

telecomunicaciones ADELPHIA¹⁰⁷, en la cual el patrimonio de la Sociedad fue desviado para solventar gastos particulares de la familia de los accionistas de la empresa, que en ese entonces cotizaba acciones en el mercado de valores.

Entonces atribuir un fundamento prejuicioso en contra de la Sociedad Unipersonal aduciendo que con ella puede ocurrir fraudes en perjuicio de terceros en base a la confusión de patrimonios que se pueda suscitar no es del todo correcto, pues este tipo de fraudes se pueden presentar incluso en sociedades pluripersonales, y como bien lo dice *BOLDÓ* al analizar este supuesto de confusión de patrimonios en una Sociedad Unipersonal, “los tribunales podrán levantar el velo de la Sociedad y extender la responsabilidad por las deudas de ésta a su único socio”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Uno de los fraudes cometidos por adelphia es que la administración de la sociedad compuesta por el Fundador Jhon Rigas y sus hijos, desviaron fondos para solventar gastos familiares, con lo cual hubo un gran perjuicio para los acreedores que vieron sus acreencias frente a la sociedad mermadas. http://www.cincodias.com/articulo/mercados/adelphia-desploma-reconocer-fraude-millonario-cuentas/20020529cdscdimer_9/

¹⁰⁸ *BOLDÓ RODA*, Carmen. Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español, Editorial Thomson / Aranzadi, Navarra, 2006, p. 152.

3.11. ¿ES LA PLURIPERSONALIDAD, MECANISMO DE GARANTÍA FRENTE A LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD?

Adelantamos nuestra opinión afirmando contundentemente que la Pluripersonalidad o el sustrato Pluripersonal de una Sociedad no constituye un mecanismo de garantía frente a los acreedores societarios, sean estos voluntarios o involuntarios.

Pluralidad de socios no es lo mismo que garantía para los acreedores, a menos que se trate de una figura societaria en donde la figura societaria no se encuentre investida con el beneficio de la Responsabilidad Limitada como es en nuestro caso peruano el de las sociedades colectivas¹⁰⁹, en donde la pluripersonalidad societaria si jugaría un papel importante en la garantía de los créditos que mantiene la Sociedad con terceros.

Sin embargo, nuestro estudio sobre la unipersonalidad se circunscribe fundamentalmente a las sociedades de “capital”, como son la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, volviendo

¹⁰⁹ Ley General de Sociedades N° 26887

Artículo 265: Responsabilidad.-

En la sociedad colectiva los socios responden en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales. Todo pacto en contrario no produce efecto contra terceros.

a señalar rotundamente que en estas sociedades la pluripersonalidad carece de función alguna frente a los acreedores societarios, tanto así que “en cuanto al riesgo para terceros, la Sociedad responderá con todos sus bienes por las deudas sociales. Esta es la garantía de los terceros, que no es distinta cuando la Sociedad, en vez de un solo socio, tiene cien”¹¹⁰, lo cual es totalmente acertado, puesto que el beneficio de Responsabilidad Limitada que gozan los miembros de una Sociedad les permite arriesgar sólo una parte de su patrimonio que aportaron como capital societario, y lo que verdaderamente opera como garantía de las acreencias de los terceros que contrataron con la Sociedad es el patrimonio, poco importa si dentro de la Sociedad como bien lo señala *PIAGGI*, existen cien miembros, ya que su responsabilidad de estos sólo alcanzará hasta el monto que decidieron aportar como capital.

Otro de los fundamentos que se esgrime para considerar que la pluralidad de socios no es un mecanismo de garantía para los acreedores es el Dogma del Hermetismo¹¹¹ que señala para bien nuestro Código

¹¹⁰ PIAGGI DE VANOSSI, Ana, Estudios sobre la sociedad unipersonal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p.18.

¹¹¹ SAVIGNY, Citado por CARBAJO CASCON, Op. Cit. 107. En donde para Savigny el ente (persona jurídica) constituye una ficción jurídica, un todo ideal o abstracto, plenamente diferenciado de sus miembros y ajeno a sus vicisitudes y modificaciones, este dogma también sirve para fundamentar dogmáticamente la existencia de la unipersonalidad societaria sobrevenida como argumento para su admisión.

Civil¹¹² respecto al patrimonio de una persona jurídica, puesto que al existir dos personas distintas para el ordenamiento jurídico, cada una responde con su patrimonio las obligaciones que contraigan a título propio, es decir existen dos patrimonios diferenciados, de los cuales sólo uno servirá de garantía a los acreedores de la Sociedad, y ese es el patrimonio de la Sociedad, y que, en opinión del maestro *HUNDSKOPF* sobre el patrimonio social señala que “tal acepción tiene como propósito marcar una diferencia entre el patrimonio de los socios y el patrimonio perteneciente a la Sociedad, siendo éste último el que deberá responder por las obligaciones de la Sociedad Anónima, más aún por el hecho de que en dicha modalidad societaria, en principio, los accionistas responden únicamente hasta por el monto de sus aportes, por ser una Sociedad de capitales y de Responsabilidad Limitada”¹¹³.

Adicionalmente, y frente a la Sociedad Unipersonal, podemos afirmar que la pluralidad de miembros no tiene ningún efecto garantista sobre los créditos que pueda mantener los acreedores de una sociedad, y que es el patrimonio de aquella entelequia jurídica denominada Sociedad

¹¹² Artículo 78: Diferencia entre la persona jurídica y sus miembros.-

La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

¹¹³ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Apuntes sobre la relación capital social y patrimonio neto en la sociedad anónima”, en: Derecho Comercial – Temas Societarios, Tomo IV, Fondo editorial de la Universidad de Lima, Edición 2007, Lima, pp. 33 y 34.

la que responderá por sus propias obligaciones, más aún cuando el patrimonio de una Sociedad Unipersonal es más elevado que el patrimonio de una sociedad con un sustrato pluripersonal, en cuyo caso el argumento de la pluralidad de socios como mecanismo de garantía frente a los acreedores de la Sociedad se vería totalmente descartado.

3.12. ¿ES LA SOCIEDAD UNIPERSONAL MÁS PROPENSA AL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA RESPONSABILIDAD LIMITADA FRENTE A UNA SOCIEDAD PLURIPERSONAL?

El abuso de la personalidad jurídica viene a ser uno de los presupuestos principales de la doctrina de la *Piercing of corporate veil*, conocida también como la doctrina del Levantamiento del velo societario. Abuso que se materializa cuando los miembros de una persona jurídica, utilizan la condición de esta con propósitos de defraudar a terceros, violar e incumplir contratos, y defraudar a la Ley, situaciones que como señalaba *LE PERA*: “en las sociedades unipersonales son más altas las posibilidades de que la forma societaria sea abusada para fines que no merecen protección jurídica (fraude a los acreedores, violación de prohibiciones legales, vaciamiento de sociedades conyugales, burla a las

reglas sobre la legítima hereditaria, y todo el extenso catálogo de fines “*non sanctos*” para los cuales la Sociedad Anónima ha revelado ser tan buen instrumento). La prohibición de sociedades unipersonales aparecería entonces como una manera indirecta de prevenir estos abusos (algo así como una figura de peligro) y una manera también indirecta para deshacer los entuertos cuando ellos han sido cometidos”¹¹⁴.

Al igual que en el Fraude de confusión patrimonial, si bien es cierto que la Sociedad Unipersonal pueda ser usada con facilidad para cometer estos abusos, no por ello se debe negar su admisión, siendo que en el presente caso el problema no es la figura, sino la persona que la utiliza de manera indebida, pues este tipo de abusos se pueden presentar también en sociedades pluripersonales, por lo tanto no compartimos la opinión de *LE PERA* al aseverar que la prohibición de las sociedades unipersonales aparecería como una forma de prevenir este tipo de abusos, existiendo otros mecanismos como el levantamiento del velo corporativo que bien se podría aplicar en estos supuestos, entonces la prohibición de la Sociedad Unipersonal no es un remedio que apacigüe o prevenga la comisión de los abusos que puedan surgir por un uso indebido y fraudulento de la personalidad jurídica, ya que esto se seguirá presentando aún en

¹¹⁴ LE PERA, Sergio, “Sociedades unipersonales y subsidiarias totalmente controladas”, en: Revista de Derecho comercial y la Obligaciones, ediciones De palma, Buenos Aires, 1972, N° 25, pág. 12

sociedades pluripersonales, e incluso en sociedades conformadas con Socios de Favor, por tanto el problema no es la figura societaria, sea esta sociedad una Sociedad Unipersonal o aquella con sustrato pluripersonal, sino que el abuso radica en el mal uso que las personas le den, por lo que la existencia de un sustrato pluripersonal no representa la existencia de seguridad en el correcto uso de la persona jurídica en una Sociedad.

Con relación al abuso de la Responsabilidad Limitada, de plano descartamos que sea un fenómeno más propenso en la Sociedad Unipersonal, ya que el abuso de la Responsabilidad Limitada descansa fundamentalmente en el patrimonio que tenga la Sociedad para satisfacer sus acreencias, y que el fenómeno que trae consigo el abuso de esta Responsabilidad Limitada es el de la infracapitalización o llamada también *undercapitalization*.

Pues bien, la infracapitalización no es más que la constitución insuficiente del patrimonio en una Sociedad, es decir que la Sociedad se constituyó con un capital social exiguo para hacer frente a sus obligaciones dada la dimensión de su objeto social, quiere decir entonces que el problema radica en la insuficiencia del patrimonio societario, lo cual desdibuja claramente la relación que este fenómeno tenga con el sustrato

pluripersonal o unipersonal que una Sociedad pueda mantener dentro de su estructura, pues se puede dar el caso de dos sociedades que desarrollen el mismo objeto social; por un lado, la Sociedad Unipersonal tiene un capital social de 10000 y por otro lado, la Sociedad con sustrato pluripersonal tiene un capital de 4000, la pregunta sería, ¿Cuál de las dos sociedades es propensa a abusar del beneficio de la Responsabilidad Limitada? Sin duda que aquella que tenga menos capital para hacer frente a las vicisitudes que se puedan presentar en el desarrollo del objeto social.

Por lo tanto, el abuso de la Responsabilidad Limitada no tiene que ver ni con el sustrato Pluripersonal ni con la Unipersonalidad, sino que el problema radica en la insuficiencia del capital social que le permita a la Sociedad desarrollar su actividad en su objeto social, y servir de garantía a los terceros que contratan con ella.

Curiosamente uno de los casos en donde se expuso que habría un abuso de la Responsabilidad Limitada es el Leading Case de *Walkovsky v. Carlton*¹¹⁵, en la que el señor Walkovsky fue arrollado por uno de los taxis de la empresa propiedad del señor Carlton, y cuando aquel

¹¹⁵ http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/walkovszky_carlton.htm

pretendía el pago por daños y perjuicios, se encontró que el taxi que lo arrolló pertenecía a la empresa que Carlton había constituido con un capital exiguo, y que mantenía así otras diez empresas distintas en las cuales había puesto como capital dos taxis en cada una de ellas, por lo que Walkovsky demandaba que la responsabilidad corra hacia las otras empresas por cuanto el señor Carlton era titular de todas ellas, y que había hecho un uso abusivo de la Responsabilidad Limitada y que dicha estructura societaria construida era un intento de defraudar a los terceros quienes podrían sufrir daños o lesiones por los vehículos. No obstante la Corte de New York desestimó la demanda por considerar que no hubo un abuso de la Responsabilidad Limitada, puesto que la infracapitalización no se considera como requisito para levantar el velo societario y aseverar que hubo un abuso de la Responsabilidad Limitada, ya que una Sociedad responde hasta el monto de su capital y no más, y si se quiere proteger a terceros para frenar dicho abuso, el remedio debe buscarse ante el órgano legislativo, el cual pondrá pautas como un mínimo de capital para realizar determinada actividad.

CAPÍTULO IV:
LA NECESIDAD DE REGULACION NORMATIVA EN LA LEY
GENERAL DE SOCIEDADES DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

¿Es equivalente la empresa individual o Unipersonal de Responsabilidad Limitada a la Sociedad Unipersonal?, la respuesta a ello indudablemente deviene en negativa, y no sólo por la denominación que trae consigo estas dos figuras, sino por la forma de constitución y la estructura de las mismas respecto a su funcionamiento como instrumentos para ejercer la actividad comercial de manera individual, por ello el propósito fundamental en el desarrollo de este tercer y último capítulo, es corroborar nuestra hipótesis principal que importa determinar la conveniencia o no de regular normativamente la Unipersonalidad Societaria en la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), o simplemente precisar si la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada¹¹⁶ es suficiente para aquella persona –sea natural o jurídica- que desee ejercer una actividad comercial de manera individual con la flexibilidad organizativa que ofrece una institución

¹¹⁶ Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada, aprobada mediante Decreto Ley N° 21621 en fecha 15/09/1976.

propriadamente societaria en la constitución de un ente que sirve como un instrumento de ejecución de la actividad empresarial.

Precisamente, las ventajas entre una y otra figura radica en los atributos que cada una de ellas presenta tanto sobre su forma de constitución, así como fundamentalmente, el esquema organizativo que las caracteriza propiadamente. Dicho análisis traerá consigo el corolario sobre el cual se determinara cuál de las dos figuras es la que propiadamente se amolda a las necesidades o requerimientos que el empresario en la actualidad pretende conseguir.

En suma, lo que buscamos con el desarrollo del presente capítulo es dilucidar, si en efecto, la figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (en adelante EIRL) cumple con las expectativas de una persona que desea ejercer la actividad de manera individual, dicho de otro modo, el cometido es precisar si la regulación de la EIRL es suficiente para satisfacer las necesidades de aquel empresario, y si no, precisar también cuál sería la alternativa a fijarse tomándose en cuenta adicionalmente el hecho de evitar la constitución de sociedades con Socios de favor, o Imaginarias Societas, siendo esto último materia

esencial para dilucidar la segunda de nuestra hipótesis específica planteada en el primer capítulo de la presente investigación.

***Subcapítulo Primero: ¿Es necesaria la regulación normativa de la
Sociedad Unipersonal?***

Sin duda creemos que lo es, reafirmando para ello nuestra hipótesis principal que en suma manifiesta la insuficiencia de la figura de la EIRL frente a las necesidades que un empresario, individuo como persona natural o Sociedad como persona jurídica, busca en una figura de organización empresarial la forma más eficiente de ejercer una actividad comercial de manera individual. Es por ello, que abogamos por la regulación de la Sociedad Unipersonal como figura jurídica empresarial que atienda las necesidades mercantiles que la EIRL no satisface, dejando de lado las posiciones antagónicas que rechazan su admisión con argumentos netamente semánticos y tradicionalistas sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad, que en nada aportan a la solución de problemas como el de la Unipersonalidad Societaria fáctica que surgieron no en la actualidad, sino que mucho tiempo atrás.

Es así que el Derecho Comercial, siendo un derecho que tiene como fuente principal creadora a la costumbre, debe ser el fiel reflejo de la regulación normativa que toma como base el quehacer o la práctica

mercantil que constantemente se presenta en el mundo empresarial, y es que como señalara *ASCARELLI*¹¹⁷ “el derecho no debe gobernarse por conceptos”, sino que debe gobernarse por realidades, buscando en todo momento eliminar la brecha existente entre ambas puesto que es innegable aseverar que el escenario donde se manifiestan las prácticas empresariales hoy en día, ha sobrepasado con creces la regulación societaria vigente, y es que si bien es indiscutible que en cada país existe un contexto único e irrepetible, no es menos cierto verificar que en el Perú existen fenómenos creadores de sociedades unipersonales fácticas como la Imaginaria Societas, razón por la cual el legislador debe atender este tipo de prácticas comerciales por intermedio de una regulación adecuada no de manera sancionatoria, sino de manera permisiva.

4.1. FENÓMENOS QUE ALIENTAN A LA CREACIÓN DE SOCIEDADES UNIPERSONALES

Se dice que la necesidad de obtener la responsabilidad limitada que la Ley otorgaba a aquel conglomerado de personas que se asociaban para ejercer conjuntamente y de manera unificada una actividad

¹¹⁷ *ASCARELLI*, Tulio, citado por *PIAGGI* Ana, en: " Apuntes sobre la sociedad unipersonal " (En tanto técnica de organización empresarial incorporada al Proyecto de Código Civil Unificado), publicado en Revista Jurídica online *LA LEY*, Editorial Thomson Reuters, Buenos Aires, 1989, p. 1.

empresarial fue la que llevo al empresario individual a crear sociedades ficticias, en el sentido de optar constituir sociedades con socios de complacencia o Socios de favor, ya que en un inicio el beneficio de esta ansiada responsabilidad limitada recaía solamente en aquel conjunto de personas reunidas con un mismo fin, sin embargo, a nuestro criterio el solo hecho de conseguir el beneficio de la responsabilidad que la Ley otorgaba a las personas que en sociedad se agrupaban para ejercer una actividad comercial, no solamente era la causa por el cual se constituían sociedades con socios de favor, o actualmente imaginarias societetas, ya que de ser así, estos últimos fenómenos hubiesen sido mitigados con la creación de la figura de la EIRL, sin embargo, se puede apreciar que ello no es así, ya que la creación de Imaginaria Societas, sigue aún presente en la actualidad.¹¹⁸

Así tenemos, como fenómenos que alientan la creación de sociedades materialmente Unipersonales a las Sociedades de Favor y las Imaginaria Societas, siendo esta última en el cual la Unipersonalidad Societaria se presenta de manera efectiva, pues como se estableció en el capítulo anterior, en el Perú salvo excepciones previstas en la LGS y otras leyes conexas, no se admite la Unipersonalidad Originaria, sin embargo,

¹¹⁸ Para corroborar ello, dentro del título relativo a las imaginaria societetas del capítulo tercero del presente trabajo puede apreciarse la existencia de este fenómeno presente aun en la actualidad mercantil Peruana.

si bien la Unipersonalidad Societaria no existe a nivel normativo, no ocurre lo mismo a nivel fáctico, tal como pudimos demostrarlo con la existencia de Imaginaria Societas en el capítulo tercero de esta investigación, es así que este divorcio entre la realidad y el derecho legislado trae como consecuencia la creación de sociedades unipersonales, utilizando muchas veces la vía de las sociedades conformadas con socios de cómodo, o la constitución de subsidiarias de empresas multinacionales a través del fenómeno de la Imaginaria Societas.

Siguiendo al jurista argentino *VAN THIENEN*, coincidimos que “la Sociedad en nuestros días ya no se concibe más como un medio técnico jurídico necesario para la agrupación de capitales”¹¹⁹, sino que la Sociedad como instrumento de desarrollo empresarial, puede ser constituido por una sola persona, en razón de que un solo individuo en la actualidad tiene la capacidad económica para afrontar un actividad empresarial de diferentes escalas de inversión¹²⁰; nos preguntamos

¹¹⁹ VAN THIENEN, Pablo Augusto. El empresario individual y la estructura jurídica societaria: Análisis crítico al fallo “Fracchia”: ¿sociedad de cómodo?, Revista CEDEF Law & Finance, N° 1c, Buenos Aires, 2005, p.3

¹²⁰ Antiguamente ejercer una actividad mercantil implicaba aventurarse en una operación de grandes dimensiones, la cual importaba necesariamente la reunión de capitales, los cuales se obtenían por intermedio de la agrupación de personas que estaban decididas a solventar dicha aventura empresarial, así vista la imposibilidad de ejercer una actividad comercial de manera individual dada la dimensión de la misma que implicaba llevarla a cabo es que se creó la sociedad

entonces ¿Acaso una multinacional que desea invertir en el Perú, no es capaz de afrontar de manera individual los costos que ocasionaría desarrollar una actividad económica de su conveniencia?, ¿Es necesario entonces exigir el cumplimiento de un sustrato pluripersonal que no tiene ningún propósito práctico, a un inversionista que tiene toda la logística necesaria para desarrollar una actividad mercantil?, ¿Qué es lo que le podría ofrecer a este inversionista, quien en términos empresariales “lo tiene todo”, un socio para cumplir el sustrato pluripersonal que exige nuestra norma societaria?, son interrogantes que sin lugar a dudas denotan la insuficiencia de la figura de la EIRL, frente a las necesidades o requerimientos mercantiles de organización empresarial que busca un inversionista extranjero, dado que aquella, como se tendrá oportunidad de demostrar más adelante, restringe su constitución únicamente a personas naturales, lo que lleva al inversionista extranjero incluso al empresario nacional que desea expandir su radio de actividad empresarial, a constituir una Imaginaria Societas.

Esta constitución de Imaginaria Societas, al lado de Sociedades de Favor, son las dos principales fuentes de creación –o llamémoslas también fenómenos que alientan a la creación– de una Sociedad

como un recurso técnico en ese entonces de ejercer la actividad comercial de manera agrupada pero bajo una dirección unificada.

Unipersonal bajo un enfoque fáctico, sin embargo siguiendo el ejemplo del inversionista extranjero, cabe preguntarnos también lo siguiente ¿Solamente la insuficiencia de la EIRL es causa de que se generen Imaginaria Societas o sociedades constituidas con Socios de favor?, preliminarmente aseveramos que no, para ello es necesario establecer las opciones que un inversionista extranjero o nacional tiene para poder ejercer una actividad comercial en nuestro país.

4.2. ALTERNATIVAS DE EXPANSION EMPRESARIAL INDIVIDUAL

4.2.1. Opciones Contractuales:

Dentro de las opciones que nuestra normativa puede brindar al inversionista extranjero, encontramos las de naturaleza netamente contractual, sin embargo, bajo ellas, el inversionista extranjero necesariamente tendrá que operar con otra persona – sea natural o jurídica– y es que en estas opciones el inversionista extranjero no actuará dentro del mercado en el que quiere incursionar de manera directa, sino que para ello requerirá el apoyo de terceros que intermedien entre el productor u ofertante de un bien o producto y el mercado de consumo al cual está dirigido

dicho producto. Evidentemente, este tipo de soluciones generalmente son dirigidas para aquellas empresas que desean incursionar en un mercado nuevo, ajeno en el que desarrollan su actividad comercial, para lo cual sería ilógico llamar a estos inversionistas, puesto que este término se utiliza netamente cuando un empresario o una empresa decide arriesgar un capital de manera directa en una actividad comercial, y no a través de terceros.

a) Contrato de Agencia.-

Si bien el Contrato de Agencia no se encuentra expresamente regulado bajo nuestra legislación, es una herramienta de intermediación mercantil comúnmente usada, por el cual el agenciado que en este caso viene ser un empresario que desea incursionar en un mercado ajeno a su radio de actividad comercial, solicita el apoyo de un agente, el cual por sus cualidades empresariales lo cual lo lleva a conocer cómo funciona el mercado de interés del agenciado aparte de tener una plaza o un establecimiento comercial en él. El agente entonces decide ejecutar una labor de promoción del producto o servicio del

agenciado, es decir la función principal de este agente, es procurar que el producto o servicio el cual se encuentra promocionando sea adquirido por el mercado consumidor de interés del agenciado.

Para *HUNDSKOPF WENDT* el Contrato de Agencia viene a ser categorizado como un contrato de colaboración empresarial en el cual “una persona natural o jurídica (agente) se obliga frente a un tercero (agenciado) a promover, negociar y eventualmente concluir negocios por cuenta e interés de éste, de forma estable, por un periodo de tiempo que implique permanencia y en una zona geográfica determinada”¹²¹, posición a la que nos adherimos señalando que el Contrato de Agencia viene a ser aquel acuerdo por medio del cual una persona sea natural o jurídica celebra actos de promoción, negociación y conclusión de negocios de forma independiente y de manera estable en nombre y en interés de otro denominado principal o agenciado dentro de una zona geográfica o un mercado determinado por este último.

¹²¹ HUNSKOPF WENDT, Javier. “El contrato de agencia mercantil: apuntes sobre su naturaleza, funcionalidad y aplicación” en: *Tratado de Derecho Mercantil*, 3er Tomo, Instituto Peruano de Derecho Mercantil, Editorial gaceta Jurídica, Lima 2003, p.254

Resumidamente, el Contrato de Agencia responde fundamentalmente a “precisas necesidades económicas del empresario, concretamente en las plazas donde aquel pretende introducir sus productos o servicios, pues le permite disminuir costos y riesgos inherentes a la conquista de un mercado, ya que el agente encargado de la actividad de promoción, asume unas y otras”¹²², y es precisamente esta falta de conquista de mercado la que descalifica al agente como inversionista, pues quien asume todos los costos promoción y de gestión del producto o servicio que se oferta es el agente, claro está a cambio de una remuneración efectuada por el agenciado.

b) Contrato de Concesión.-

Otra de las alternativas contractuales por la cual un inversionista extranjero podría tener acceso a un mercado, efectuando la aclaración ya no como inversionista propiamente dicho, es el denominado Contrato de Concesión que al igual que el Contrato de Agencia Mercantil, es uno de los tantos contratos de intermediación mercantil que existen dentro del abanico de los

¹²² PEÑA NOSSA, Lisandro. *Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*, Tercera edición, Editorial Themis, Bogotá, 2010, p. 269

contratos mercantiles, sin embargo, este contrato también carece de regulación normativa en la legislación peruana, por lo que al igual que el Contrato de Agencia, siendo contratos innominados se rigen por las disposiciones generales del libro séptimo del Código Civil¹²³.

Tenemos entonces, que el Contrato de Concesión es aquel por el cual “una parte llamada concedente dueña de los productos, marcas, servicios o de un espacio físico, se obliga a otorgar a otra llamada concesionario, su explotación, obligándose ésta a realizar tal actividad por su propia cuenta y riesgo en el tiempo establecido y bajo el control de aquella”¹²⁴, es así que dos empresas independientes logran apoyarse mutuamente; para el concedente, el hecho de hacer llegar sus productos a un mercado desconocido para él y así obtener mayores ingresos por ello, por parte del concesionario de trabajar con un producto que ya cuenta con un reconocido prestigio en el mercado, no incurriendo necesariamente en gastos de promoción del mismo.

¹²³ Esto bajo disposición del artículo 1353 del código civil que señala lo siguiente:

Artículo 1353.- Régimen legal de los contratos:

Todos los contratos de derecho privado, inclusive los contratos innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

¹²⁴ PEÑA NOSSA, Lisandro. Op. Cit. P. 361.

Dentro de las características propias de este contrato se aprecia la subordinación que el concesionario debe mantener frente al concedente, esto no significa que el concesionario no actúe de manera independiente ya que a diferencia del agente, el concesionario no actúa en interés y representación del concedente, puesto que se trata de un comerciante o empresario jurídicamente independiente, cuya tarea consiste en comprar y revender los productos que el concedente le transfiere, característica que no se aprecia en el Contrato de Agencia, ya que el agente no compra ningún bien al agenciado, su única función es promocionar los bienes de aquel, en representación e interés del mismo, entonces la característica de subordinación que se aprecia en el Contrato de Concesión se relaciona respecto a la presentación del producto que se ofrece en concesión, la publicidad de éstos, y el tipo de establecimiento de comercio donde se efectuará el mercadeo de los mismos.

c) Contrato de Suministro con Distribución.-

Otra alternativa de intermediación mercantil se encuentra en el Contrato de Suministro con Distribución, o conocido por el

maestro argentino LORENZETTI¹²⁵ como Contrato de Aprovisionamiento, a diferencia de los contratos anteriores, el suministro sí se encuentra regulado dentro de nuestra normativa peruana, específicamente en el Código Civil, sin embargo, pese a estar dentro de este cuerpo normativo, el contrato de suministro tiene una naturaleza netamente mercantil, es así que en el suministro, el suministrado compra para sí bienes que produce el suministrante para luego de ello poder revenderlos y así obtener una ganancia de dicha operación, para ello las obligaciones que corresponden a ambas partes del contrato se determinan de la siguiente forma:

Suministrante:

- Entregar cosas en propiedad o el uso de ellas según la modalidad pactada
- A entregar las cosas en todo momento que le sean requeridas por el suministrado.

¹²⁵ Para el maestro argentino el contrato de suministro se caracteriza por el vínculo prolongado entre el suministrante y el suministrado con el objeto de obtener beneficios para ambos. Para mayor detalle se puede revisar la obra del maestro argentino Ricardo Luis Lorenzetti: “*Tratado de los contratos*” tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos aires, 1999

Suministrado:

- A pagar el precio por los bienes que le son proveídos.

Por lo tanto, un contrato de suministro opera cuando una parte denominada suministrante se obliga a proveer de bienes a otra parte denominada suministrado en forma periódica o continuada, a cambio de un precio determinado o determinable, pero ¿Qué es lo que lo diferencia del Contrato de Concesión?, la respuesta a ello es la cualidad del suministrado, mientras que el concesionario debe ser una empresa, con una adecuada organización de medios técnicos y económicos para la venta del producto entregado en concesión, el suministrado no se caracteriza por tener esa cualidad, es decir que la característica del Contrato de Concesión relativa a la subordinación que el concesionario debe mantener ante el concedente respecto al modo de la presentación de los productos, la publicidad de éstos, y el acondicionamiento que debe tener el establecimiento, no es advertida en el contrato de suministro, puesto que el suministrado compra para sí o para la reventa los bienes que produce en este caso el suministrante, por lo tanto no existen directivas por las cuales el suministrado deba llevar a cabo la distribución o la reventa de los productos

adquiridos vía suministro, surgiendo sólo la obligación por parte del suministrante de transferir los bienes que produce al suministrado y este último pagar el precio pactado por ellos.

4.2.2. Opciones Societarias:

Luego de haber revisado las opciones contractuales que tiene un empresario extranjero, al margen de la inversión directa que pueda efectuar, corresponde ahora lo propio con las alternativas organizativas que nuestra legislación societaria ofrece, dejando claro de lado la figura de la EIRL, por cuanto quienes invierten en el país son muchas veces sociedades constituidas en el extranjero, es decir personas jurídicas con fin económico.

a) Subsidiaria o Filial - Sociedad.-

Una de las opciones más comunes que nuestra legislación brinda a los inversionistas extranjeros o a las empresas multinacionales que deseen realizar una actividad comercial en el Perú es la posibilidad de constituir subsidiarias, para ello necesariamente deben cumplir con determinados requisitos

establecidos por Ley, entre ellos el mentado requisito de la pluralidad de socios, que a consideración nuestra, no cumple ningún propósito, e incluso hasta se podría catalogar de obstáculo e inconveniente para la ejecución de la actividad empresarial, pues como manifestáramos en líneas anteriores, no encontramos una razón lógica, por el cual una multinacional que en términos empresariales “lo tiene todo” deba asociarse con otra para llevar a cabo una actividad empresarial de manera organizada limitando su responsabilidad al monto que pudiese aportar, y es que el tamaño considerable de este tipo de empresas, y la reputación que tienen en el mercado internacional, hace que ostente un admirado know how, que a la larga repercute en la falta de necesidad de asociarse con otros para desarrollar una actividad comercial de considerable escala, y es debido a ese escenario que la empresa multinacional al verse imposibilitada de ejercer la actividad comercial de manera individual bajo el instrumento empresarial de la Sociedad, decide recurrir a estos fenómeno creadores de sociedades unipersonales con enfoque fáctico como son las Imaginaria Societas, y las sociedades con Socios de favor.

Pero este inconveniente que ocasiona el requisito de la pluralidad de socios, no es sólo exclusivo de las empresas extranjeras o multinacionales, sino que además el fenómeno de la Imaginaria Societas se extiende también a las sociedades originariamente peruanas, tal como se pudo advertir en los datos extraídos de la pagina institucional de la Superintendencia de Mercado de Valores el cual se puede apreciar con más detalle en el segundo capítulo de la presente investigación.

En conclusión, si una empresa tanto nacional como extranjera, desea constituir cualquier subsidiaria en el Perú debe cumplir necesariamente con el requisito del sustrato Pluripersonal, pese a que tengan la logística necesaria o el *know how* suficiente para afrontar una inversión de considerable dimensión de manera individual.

b) Sucursal.-

Una solución al problema esbozado anteriormente, y en la cual se obvia el inconveniente de cumplir con el requisito de la pluralidad de socios, es la constitución de sucursales, regulada al

igual que la Sociedad dentro del cuerpo normativo de la LGS. La sucursal es una forma de expansión empresarial por el cual una sociedad crea un establecimiento para poder atender mercados ajenos a su radio de actividad comercial y así poder expandir su radio de acción, sin embargo, pese a constituirse sin el requisito del sustrato Pluripersonal, esta figura no goza de los mismo beneficios de una Sociedad constituida bajo las directivas propias de la figura.

Y es que la diferencia entre ambas figuras radica, en que la sucursal es un anexo de la Sociedad, es decir, es un establecimiento secundario de aquella, por lo tanto no puede existir una sucursal si antes no existe una Sociedad. “Se trata entonces de dos establecimientos distintos, casa matriz y sucursal, pero que tienen un solo patrimonio y una misma administración. Se desenvuelven en distintos ámbitos geográficos por necesidad de descentralización. La sucursal no tiene patrimonio ni personalidad jurídica (...)”¹²⁶.

¹²⁶ GARRONE, Jose Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario. *Manual de derecho comercial*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p.103

Este instrumento de expansión empresarial se encuentra normado de manera genérica en el Art. 21° de la LGS, y de manera un tanto específica en la sección tercera del mismo cuerpo normativo, sin embargo, por qué entonces existe el fenómeno de la Imaginaria Societas o sociedades con Socios de favor, teniendo un instrumento alternativo cuya creación no requiere el requisito del sustrato pluripersonal, la respuesta indudablemente es que la sucursal no tiene los privilegios de una Sociedad debidamente constituida, es decir la sucursal muchas veces no satisface las necesidades que un empresario sea nacional o extranjero requiere para efectuar una inversión fuera de su ámbito de actividades mercantiles, así dichas desventajas las podemos traducir en lo siguiente:

- La sucursal es una extensión de la Sociedad matriz, es decir, que aquella no tiene personalidad jurídica, por lo tanto no goza del beneficio del hermetismo que otorga la Ley al calificar a una Sociedad como persona jurídica luego de su inscripción en el registro correspondiente, esto sin lugar a dudas representa una desventaja para el empresario, porque al crear una sucursal, no podrá aseverar una

responsabilidad hasta el monto de lo aportado, ni podrá alegar que la sucursal es un ente independiente de la sociedad que cuenta con un capital que servirá de garantía a los acreedores que contraten con ella, puesto que la LGS es bien tajante al señalar que la Sociedad principal o matriz responde por las obligaciones que pueda contraer la sucursal estipulando así mismo que es nulo todo pacto en contrario¹²⁷.

- La sucursal al ser una extensión de la sociedad principal, comparte necesariamente el mismo objeto social, razón por la cual, si algún empresario nacional o extranjero decide realizar una inversión en un mercado nuevo para él, pero bajo una actividad distinta de la que habitualmente realiza, evidentemente no podrá realizarlo a través de la figura de la sucursal, puesto que al ser ésta una extensión empresarial sin personalidad ni patrimonio independiente, le resultará infructuosa la creación de la misma, entonces necesariamente tendrá que recurrir a la figura de la Sociedad cumpliendo para ello el requisito de la pluralidad

¹²⁷ Artículo 397.- Responsabilidad de la principal:
La sociedad principal responde por las obligaciones de la sucursal. Es nulo todo pacto en contrario

sustancial, que como dijimos en líneas anteriores, muchas veces se convierte en un obstáculo para el desarrollo empresarial de aquella persona que desea efectuar una actividad comercial de manera individual con los beneficios de una Sociedad de capitales.

En conclusión, las opciones que tienen un inversionista nacional o extranjero –entendiendo a estos como empresas, sociedades con personalidad jurídica– para efectuar una actividad mercantil en el territorio peruano son:

Opciones contractuales: que son efectuadas de manera indirecta, en las cuales necesariamente se requerirá la participación de otra persona –natural o jurídica– para llevar a cabo ya no propiamente una inversión, sino solamente tratar de abarcar mercados desconocidos para este empresario a través de intermediarios.

Opciones societarias: siendo las opciones que más se acoplan a las necesidades de un empresario que desea participar directamente en un mercado desconocido para él, mediante la constitución de una subsidiaria o sucursal. No obstante como manifestásemos anteriormente, las

características propias de una subsidiaria como Sociedad constituida bajo los requisitos exigidos por Ley, no son apreciables dentro de la figura de la sucursal, lo cual no la hace atractiva para sociedades quienes desean expandir su actividad comercial en otros mercados ajenos a su radio de acción, arriesgando para ello sólo una parte de su patrimonio con lo cual se obtenga una diversificación del riesgo empresarial, agregando a ello, que con la constitución de una sucursal obliga a esta última a desarrollar la misma actividad comercial que la Sociedad matriz tiene rotulada en su objeto social, por lo que si por ejemplo, una empresa constituida en la ciudad de Tacna con el rubro “actividades pesqueras” quiere incursionar en la ciudad de Arequipa desarrollando “actividades de construcción inmobiliaria” no podrá realizarlas bajo la figura de la sucursal, ya que esta última necesariamente debe desarrollar las actividades propias de la sociedad principal, tal es así que el maestro *HUNDSKOPF* señala que “la sucursal desarrolla actividades empresariales o profesionales que son objeto de la principal, es decir, no está diseñada para realizar actividades complementarias que coadyuven al desarrollo del objeto social. (...) la sucursal tiene que hacer el mismo ciclo completo, dedicarse al mismo negocio que el principal, en todo o en parte”¹²⁸, lo que en suma se concluye que la sucursal sólo puede desarrollar la actividad comprendida

¹²⁸ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Sucursales: importancia de la precisión del objeto social” en: *Derecho comercial – Temas Societarios*, Tomo VII, Fondo editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2006, p. 389.

en el objeto social de la matriz, lo que trae como consecuencia que esta figura no pueda ser utilizada para realizar una inversión mediante el desarrollo de una actividad distinta al objeto social de la Sociedad matriz.

Por tanto, la sucursal no termina siendo una alternativa viable para el empresario nacional o extranjero que desee invertir en otros sitios ajenos a su plaza, no contando para ello con la diversificación de riesgo que se pueda obtener mediante la separación de patrimonios o la responsabilidad limitada, pues como se sabe la sucursal carece de estos dos atributos propios de una subsidiaria –Sociedad debidamente constituida–, y es a tenor de ello que el empresario al no encontrar en esta figura los atributos en mención, decide saltar esta valla –sustrato pluripersonal– que la Ley establece como requisito para constituir una subsidiaria recurriendo al Socio de Favor o de cómodo constituyendo así una Sociedad con Socio de Favor conocida también como Imaginaria Societas.

4.3. LA EIRL COMO ALTERNATIVA AL FENÓMENO DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA FÁCTICA.

Como se detallará más adelante, la EIRL desde su origen fue creada con el propósito de poner fin a la constitución de sociedades con Socios de favor o de cómodo que en tiempos atrás se venía presentado con frecuencia, es así que para mitigar este hecho por el cual a criterio incluso de *PISKO*, creador del proyecto por el cual se establecía la figura de la EIRL a inicios del siglo XX, la persona que deseaba realizar una actividad comercial de manera individual bajo el beneficio de la Responsabilidad Limitada recurría siempre a la constitución de sociedades con Socios de favor o testaferros como también se les denominaba.

Es así que para proteger la institución de la Sociedad, vista como aquella institución en la cual dos o más personas se asociaban voluntariamente aportando parte de su patrimonio para el desarrollo de una actividad en común, se recurrió a la creación de la EIRL como instrumento empresarial por el cual el empresario individual podía desarrollar una actividad comercial de manera individual arriesgando para ello parte de su patrimonio, pero ¿Es acaso la EIRL una verdadera

alternativa al fenómeno de la constitución de sociedades con socios de cómodo? desde nuestro punto de vista no.

Porqué entonces si se tiene una herramienta alternativa a la Sociedad, se sigue presenciando hoy en día el fenómeno de la Imaginaria Societas, entonces en realidad ¿El empresario que recurría a los testaferros para constituir una Sociedad sólo lo hacía para conseguir el beneficio de la responsabilidad?, respuesta que quizá antiguamente pudo ser en efecto positiva, ya que antiguamente la única manera de desarrollar una actividad comercial arriesgando sólo parte del patrimonio personal se lograba con la constitución de las sociedades, con lo cual los pequeños empresarios se veían imposibilitados de acceder a este privilegio puesto que ellos ejercían la actividad comercial de manera individual.

Sin embargo, esa necesidad con el paso del tiempo fue cambiando, ahora el empresario no sólo busca limitar su responsabilidad, sino que además, requiere una estructura corporativa por el cual el manejo de un ente se ejecute de la manera más óptima y ordenada dentro del mercado, además de otros atributos que la Sociedad brinda, y que la EIRL no los tiene, porque si así fuere la empresa nacional o multinacional recurriría a

esta figura para realizar su inversión en lugares ajenos a su radio de actividad dejando para ello de recurrir al fenómeno de la Imaginaria Societas.

Para dilucidar lo anterior, vayamos lentos y no tan de prisa. Tenemos entonces, que la EIRL se creó como una forma por el cual el pequeño empresario accediera a desarrollar su actividad comercial de manera individual con el beneficio de la Responsabilidad Limitada que en ese entonces sólo era atribuible a las sociedades, así el fundamento de ello es que esta herramienta estaba destinada exclusivamente para los pequeños empresarios –personas naturales–, y es que en ese entonces la economía mundial, así como la actividad mercantil no se encontraba tan globalizada como ahora, en donde el nivel de inversión por empresarios nacionales y extranjeros va cada día en aumento y en donde una persona natural tiene la capacidad de afrontar una inversión de pequeña o mediana dimensión, sin embargo, centrémonos en las empresa grandes y multinacionales, las cuales por querer alcanzar una expansión empresarial mayor requieren de una estructura empresarial que les permita realizar una inversión de manera individual en lugares o plazas distintas a su domicilio social, atributos que volviendo a mencionarlos, la EIRL no los tiene; primero, porque bajo nuestra actual

regulación de la EIRL¹²⁹ sólo pueden acceder a ella las personas naturales, exceptuándose en este caso a las personas jurídicas, que para nuestro caso vendrían a ser representadas por las empresas nacionales o multinacionales –sociedades con personería jurídica–; segundo, porque la utilización de dicha figura es exclusivamente para el desarrollo de la pequeña empresa; tercero, porque carece de una estructura organizativa dentro de ella –como lo es directorio, gerencias, etc.–; cuarto, el capital de la empresa no puede ser dividida en partes alícuotas, con lo cual imposibilita al empresario a incluir parte del patrimonio en títulos valores para su fácil transmisibilidad; y quinto, no otorga la posibilidad de que durante el tiempo que funcione la empresa, el titular único invite a terceros a incorporarse dentro de la misma comprando o suscribiendo acciones o participaciones de dicha empresa.

De acuerdo a estas reflexiones, consideramos entonces que en efecto, la EIRL si “fue” en su tiempo una alternativa de solución empresarial frente al problema del fenómeno de la Unipersonalidad Societaria fáctica, en la cual el pequeño empresario recurría muchas veces a la constitución de sociedades con socios testaferros para alcanzar el tan ansiado beneficio de la responsabilidad, sin embargo, en

¹²⁹ Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada, aprobada mediante Decreto Ley N° 21621 en fecha 15/09/1976.

la actualidad, donde la actividad mercantil se encuentra considerablemente globalizada, el propósito de la EIRL como alternativa al fenómeno de la creación de sociedades unipersonales bajo las Imaginaria Societas o sociedades constituidas con Socios de favor, no cumple objetivo alguno, por ello nuestra posición va directamente encaminada a que se regulen de manera general las sociedades unipersonales tanto originarias como sobrevenidas.

***Subcapítulo Segundo: Sociedad Unipersonal VS. Empresa Individual
de Responsabilidad Limitada***

Lo que fundamentalmente se pretende analizar en esta sección es determinar las características existentes entre la Sociedad Unipersonal y la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (en adelante EIRL), no obstante, dicho análisis no sólo se centrará en establecer las particularidades propias de cada figura empresarial, sino que fundamentalmente se precisará cuál de estas dos es la más adecuada y beneficiosa para el desarrollo mercantil de la persona natural o jurídica en el ámbito empresarial, ello a efectos de determinar –como se mencionó anteriormente– si es necesaria una regulación normativa sobre la Sociedad Unipersonal debido a la insuficiencia que presenta la EIRL bajo su normativa empresarial individual, o simplemente descartar dicha posibilidad, si se da el caso de que la EIRL cubre con todas las expectativas de un empresario individual.

Por ello, tomando en consideración fundamentalmente los orígenes, concepciones doctrinarias y la consagración normativa que nuestra legislación empresarial peruana tiene sobre la EIRL,

esbozaremos la funcionalidad de ésta frente a los atributos que la Sociedad Unipersonal presenta como respuesta a las necesidades empresariales que se manifiestan en la actualidad mercantil.

4.4. ¿QUÉ ES UNA E.I.R.L.?

Para esbozar un esquema que comprenda lo histórico y funcional de una figura como la EIRL, es menester, y sobre todo fundamental, remitirnos al proyecto realizado por el jurista austriaco *PISKO*, quien a principios del siglo XX dio a conocer su proyecto sobre “el empresario individual de responsabilidad limitada”¹³⁰.

Este proyecto nació como una respuesta al fenómeno empresarial que se venía presentando durante varios años atrás, nos referimos a las ya mencionadas sociedades con testaferros, o sociedades con Socios de favor, y en efecto la propuesta de *PISKO* fue una de las tantas que se diseñaron para frenar la constitución de sociedades con socios de complacencia, alternativas que entre las cuales también se manejaba la posibilidad de regular la Sociedad Unipersonal.

¹³⁰ PISKO O. Citado por CARBAJO CASCON, Fernando en: *La sociedad de capital unipersonal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 51 y ss. Véase también a, GRISOLI Ángel. *La sociedad de un solo socio*, traducción de GONZALES IBORRA, Antonio, Editorial EDERSA, Madrid, 1976, p. 47 y ss.

No obstante, la propuesta que *PISKO* presentó sobre la regulación del empresario individual con responsabilidad limitada, dista mucho de lo que en la actualidad nuestra normativa mercantil sobre la EIRL regula en cada uno de sus dispositivos legales. Para el jurista austriaco era indispensable que el capital de una EIRL deba ser íntegramente desembolsado al momento de la constitución de la misma, para este fin el peticionario –quien decidía constituir una EIRL– debía presentar ante el organismo en cuya circunscripción se había solicitado el registro, la declaración del destino de todos los bienes a constituir el patrimonio de la EIRL, así como su desembolso total, cuyo valor debía ser igual o mayor al importe mínimo del capital que se exigía para la constitución de la EIRL, monto que ascendía en ese entonces a la suma de veinte mil coronas¹³¹, requisito que evidentemente no se encuentra dentro de las exigencias que nuestra normativa sobre la EIRL denota, y que en suma ningún otro dispositivo legal-empresarial peruano –salvo el relativo a la constitución de empresas del sistema financiero–¹³² condiciona la constitución de una Sociedad o empresa a la suscripción de un capital mínimo.

¹³¹ Para esto en el párrafo séptimo del proyecto se establecía la forma y el modo en el cual se debía desembolsar dicho monto, así como en el párrafo cuarto se señalaba el capital mínimo que debía tener una EIRL. Para mayor detalle véase la obra de: GRISOLI Ángelo, *La sociedad de un solo socio*, traducción de GONZALES IBORRA, Antonio, Editorial EDERSA, Madrid, 1976, p. 48.

¹³² El artículo 16 de la Ley N° 26702, Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de banca y seguros, establece a diferencia de otras normativas como la Ley general de sociedades y la ley de la empresa individual de responsabilidad limitada, la suscripción de un capital mínimo para la constitución de empresas que se desarrollen actividades relacionadas al sistema financiero o de seguros.

Otra de las diferencias existentes entre la concepción de *PISKO* y nuestra normativa sobre la EIRL, y que a consideración nuestra es la más esencial, es que el jurista austriaco negaba la posibilidad de que se le atribuya personalidad jurídica a aquella bajo el fundamento de que “la personificación del patrimonio de la empresa individual acentuaría desmesuradamente la separación entre el patrimonio y su titular, de la que resultaría una inadmisibles acentuación de la limitación de la responsabilidad (...), el legislador no debe dejar desaparecer tras la persona jurídica la individualidad de las personas participantes”¹³³ ¹³⁴, y es que para el jurista austriaco la razón por las cuales debía negársele este atributo a la EIRL radicaba esencialmente en que el “velo” –consecuencia de la atribución de la personalidad jurídica– haría problemática la aplicación de determinadas normas de derecho relativas al comportamiento correcto del empresario-persona física, y la honestidad de este, que en caso de un ente personificado, al existir dos sujetos de derecho, se tornaría inviable puesto que las directivas irían encaminadas ya no al empresario detrás de dicha figura, sino a la persona jurídica misma.

¹³³ PISKO, Citado por CARBAJO CASCON, Fernando. Op. Cit. p. 52.

¹³⁴ GRISOLI, Angelo. Op. Cit. p. 54.

Por tanto, *PISKO* adoptaba la creación de un patrimonio separado del empresario-persona física que se destinase exclusivamente al desarrollo de una actividad comercial, fórmula que supone la ruptura del principio de responsabilidad patrimonial universal en aras de la necesidad mercantil que en ese entonces se representaba por los pequeños empresarios, prefiriendo la ruptura de este principio antes que recurrir a la figura de la personalidad jurídica, medio por el cual también se podía alcanzar la responsabilidad limitada sin necesidad de quebrar el sistema jurídico como el de responsabilidad patrimonial universal.

Así entonces, la concepción de *PISKO* que se plasmó en su proyecto del empresario de Responsabilidad Limitada difiere básicamente en dos aristas respecto a la concepción actual de EIRL que nuestra normativa mercantil regula, para *PISKO* entonces, una EIRL era una institución mercantil por el cual una persona natural desarrollaba una actividad empresarial de manera individual constituyendo para ello un patrimonio de afectación el cual respondería frente a las obligaciones derivadas exclusivamente de dicha actividad empresarial, configurándose así una responsabilidad hasta el monto de lo constituido como patrimonio separado en beneficio del empresario-persona física. Por otro lado, para nuestra normativa mercantil peruana, la EIRL, es una persona jurídica –

sujeto de derecho distinto a quien lo constituye– que sirve como instrumento para el desarrollo de actividades empresariales de pequeña escala y que puede ser constituido únicamente por voluntad unipersonal de persona física, evidentemente la naturaleza jurídica de la EIRL no es societaria sino mas bien empresarial o mercantil como nuestra normativa referida a la figura bajo investigación la precisa¹³⁵, sin embargo, se debe puntualizar que la calificación de la EIRL como una figura no societaria, no obedece precisamente a su falta de sustrato pluripersonal que comúnmente caracteriza la concepción tradicionalista de la Sociedad, sino que a consideración nuestra la no calificación societaria se inclina fundamentalmente al hecho de que la EIRL carece de las cualidades, tanto corporativas como funcionales, que presenta una Sociedad.

4.4.1. Primera plasmación normativa de la EIRL

Uno de los países pioneros en adoptar normativamente la EIRL a consecuencia del proyecto de *PISKO*, fue el principado de Liechtenstein que junto a otras figuras como del *Ansalt*¹³⁶ y de la *Persona Jurídica*

¹³⁵ Decreto Ley N° 21621, Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada. Art. 8.- La empresa cualquiera que sea su objeto es de duración indeterminada y tiene carácter mercantil. (subrayado nuestro)

¹³⁶ Esta particular figura fue creada conjuntamente con la figura de la EIRL, presentando características como: a) Su constitución importaba destinar a un patrimonio de afectación a una actividad económica o no; b) Su nacimiento como tal se efectuaba una vez que se inscriba en el

Unipersonal se definió la posibilidad de que el empresario individual cuente con una herramienta de emprendimiento comercial, sin embargo la concepción por la cual el Principado desarrolló normativamente la figura de la EIRL difiere –al igual que nuestra normativa peruana sobre la EIRL– de la concepción originaria que Pisko desarrolló en su tan mencionado proyecto, si bien el Principado no optó al igual que nuestra normativa peruana por reconocerle personalidad jurídica a la institución, si permitió que la misma sea no sólo constituida por personas naturales, sino también, por personas jurídicas, situación que indudablemente difiere mucho de la concepción primigenia que se haya desarrollado de la EIRL como instrumento empresarial para el empresario –persona física– que muchas veces recurría a Socios de favor para constituir una Sociedad y poder así ejercer una actividad comercial bajo la protección de la Responsabilidad Limitada.

Registro Publico correspondiente; c) Puede ser creada por una o varias personas naturales; c) Su patrimonio puede fragmentarse participaciones; d) su constitución puede ser impugnada por acreedores, cuando su creación se efectuó a título gratuito e importe un perjuicio para aquellos. Para más detalle sobre dicha institución puede consultarse el ensayo de ARAMOUNI, Alberto sobre *la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* p. 196 y 197 en: biblioteca virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México link web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/8/dtr/dtr2.pdf> , merece destacarse también la obra de BADILLA LIZANO, Carolina en su Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho titulada “*La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y su Reforma en el Código de Comercio de Costa Rica*”, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 116 y 117, 2009.

Pese a lo mencionado anteriormente, la regulación de la EIRL en el Principado sí guardó las características relativas al patrimonio de afectación destinado al uso exclusivo de una actividad comercial el cual únicamente iba a responder por las deudas de acreedores derivados de dicha actividad, eliminándose por tanto la responsabilidad de este patrimonio frente a los acreedores de otras EIRL del cual el empresario pudiese ser titular y frente a los acreedores personales de este último, y la negación de reconocerle personalidad jurídica a este tipo de estructura empresarial.

Lejos de todas las aristas que pueda haber tenido la regulación de la EIRL respecto al proyecto original de *PISKO*, consideramos que dicha regulación basada inicialmente en ofrecer al empresario individual el beneficio de desarrollar una actividad empresarial bajo el manto de la Responsabilidad Limitada y a su vez eliminar las constantes prácticas de utilización de testaferros en la constitución de sociedades, tuvo sí, un éxito relativo de acuerdo a los factores económicos que se presentaron en ese entonces, sin embargo, al ser el Derecho una disciplina en constante cambio y. más aún, si nos referimos al Derecho Comercial, la regulación que se haya dado basada en factores empresariales en cierto estadio de tiempo resultan ahora desfasados e incompatibles con las necesidades

mercantiles contemporáneas, puesto que, como lo mencionásemos anteriormente, el empresario de hoy no sólo busca limitar su responsabilidad en el ejercicio de actividades comerciales de manera individual, sino que debido a la globalización empresarial, busca también en una estructura empresarial una herramienta que le permita organizarse mejor bajo una estructura corporativa eficiente que le permita competir en igualdad de condiciones con empresarios que actúan de manera asociada, advirtiéndole que al referirnos con empresarios individuales, hacemos mención a empresario-persona física, y empresario-persona jurídica, y en donde nuestra actual regulación de la EIRL resulta pues insuficiente para atender todos estos requerimientos que un empresario individual demanda.

4.4.2. Características de la E.I.R.L.

Las particularidades de la EIRL se circunscriben fundamentalmente al desarrollo de actividades empresariales de menor escala, siendo una de las principales características la constitución únicamente por personas físicas, no admitiendo la constitución de las mismas a las personas jurídicas; a ello se agrega también el carácter individual de la misma, puesto que una EIRL al ser constituida únicamente por personas

naturales, sólo puede ser creada de forma individual, impidiendo para ello la que en su seno se albergue más de una persona. A continuación, describiremos cuales son las características más resaltantes de la figura de la EIRL tomando como paradigma el Decreto Ley N° 21621 referido a la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en el Perú.

a) *Constitución:* en cuanto a la creación de la EIRL, nuestra normativa pertinente engloba exclusivamente a las personas naturales como las únicas capaces de poder constituir la, dejando de lado a las personas jurídicas, esto sin duda por al carácter que la EIRL presenta como instrumento empresarial para el fomento de las actividades mercantiles de la micro y pequeña empresa, no siendo entonces un instrumento al cual pueda acceder la totalidad de empresarios individuales¹³⁷.

b) *Patrimonio:* a diferencia de una Sociedad el patrimonio de una EIRL no está dividido en partes alícuotas a las que se les pueda denominar acciones, lo que imposibilita, claro está, su inserción en títulos valores que permitan su fácil negociabilidad; otro punto característico es el relativo la imposibilidad de capitalizar

¹³⁷ Entendiendo como empresarios individuales no sólo a las personas naturales o empresario-persona física, sino también a la persona jurídica como sujeto de derecho.

deudas, esto precisamente debido a su carácter Unipersonal que la EIRL mantiene, lo que impide que terceros se incorporen a la empresa. Coligado a esto último, la indivisibilidad que presenta el patrimonio de una EIRL genera también controversias en un plano sucesorio, esto cuando la masa hereditaria que comprende la titularidad de una EIRL tiene que ser dividido en varios herederos, debido a su carácter Unipersonal evidentemente no cabría la posibilidad de que existan varios titulares de una misma EIRL, pues como es sabido el patrimonio de afectación es único e indivisible, sin embargo, la norma pertinente tolera la existencia de diversos titulares en una EIRL –sólo en el supuesto de sucesión mortis causa– hasta un plazo máximo de cuatro años a partir del fallecimiento del causante, tiempo en el cual los sucesores o herederos deberán decidir quién ejercerá la titularidad de la EIRL, de no ocurrir esto último operará la disolución de pleno derecho por mandato expreso de la Ley¹³⁸.

¹³⁸ Al respecto, el artículo 31 de la Ley de la EIRL señala tres posibles alternativas frente a ello: a) adjudicar la titularidad de la empresa a solo uno de ellos mediante división y partición; b) transferir en conjunto su derecho a una persona natural, mediante cualquiera de los actos jurídicos indicados en el artículo 28º; c) transformar la empresa en una sociedad comercial de responsabilidad limitada. Indudablemente este problema no surgiría si se diese el caso de que el causante sea miembro único de una sociedad unipersonal, ya que el problema se presentaría en los dos primeros supuestos en donde quizá ninguno de los herederos quiera dejar la titularidad de la empresa en manos de de otros, y quieran mantener su participación que les corresponde en la empresa. Respecto a la tercera solución que se plantea, si bien es una solución viable, cuestionamos en primera instancia el porqué de la norma de plantear solamente una sociedad comercial de responsabilidad limitada como alternativa de transformación de la EIRL en el

c) *Organización:* con respecto a la organización, la EIRL tiene dentro de su estructura administrativa únicamente al órgano de la gerencia, y por otro lado al titular. Con respecto al primer órgano, nuestra ley de EIRL establece de manera flexible que el nombramiento de la gerencia recaiga en una o más personas naturales, consiguientemente al señalar esto último, la norma no admite la posibilidad, como sí se aprecia en el caso de una Sociedad, de designar a una persona jurídica como gerente, supuesto que obedece naturalmente a la dimensión de la actividad empresarial que engloba la constitución de una figura mercantil como la EIRL.

Seguramente, la pregunta a resaltar es aquella referida a la designación de una persona jurídica como gerente, pues bien, este tipo de articulación empresarial obedece fundamentalmente a la

supuesto sucesorio, porque no podría ser una sociedad anónima si así los deciden los herederos, si se tiene en cuenta que estos ejercen las facultades de un titular y una de las atribuciones del titular contenida en el artículo 39 de la Ley de la EIRL es decidir la transformación de la empresa en cualquier momento sin señalar expresamente la forma societaria por la cual la empresa deba efectuar su transformación, por ello consideramos que esta alternativa que tienen los sucesores restringe el derecho que tiene no las persona naturales en su calidad de sucesores sino en su calidad de titular de una EIRL –la cual es ejercida conjuntamente por todos ellos– de decidir la forma societaria que más les convenga cuando opten por la transformación de la EIRL. Por otra parte, prosiguiendo con la idea precedente, nos preguntamos de que manera decidirán los sucesores ejercer la segunda y la tercera opción, ya que al ser varias las personas naturales que comparten la titularidad de la EIRL no se establece un régimen de mayorías, lo que indudablemente deja a entrever que la decisión que se tome en conjunto, deberá ser por un acuerdo unánime, difícil tarea si se está en el caso de una EIRL donde la titularidad la comparten una serie de sucesores que tienen intereses opuestos sobre el destino de la empresa.

dirección unificada que ejerce esta persona jurídica sobre las sociedades en las cuales asume el cargo de gerencia, esto último sea bajo el enfoque corporativo de sociedades terceras o dentro de un grupo de empresas.

d) *Personalidad jurídica*: tal como comentásemos anteriormente esta característica es una de las que dista principalmente de la concepción elaborada por Pisko, puesto que la constitución de una EIRL obedecía fundamentalmente a la creación de un patrimonio de afectación que responda frente a los embates ejercidos por los acreedores que tenía el empresario a causa de su actividad comercial.

Otro aspecto a resaltar es que la EIRL adquiere la personalidad jurídica una vez que se haya inscrito en el Registro Mercantil, esto a todas luces demuestra que la creación de una persona jurídica no obedece a la existencia de un sustrato Pluripersonal, argumento que expusimos en su momento como fundamento dogmático para la admisión de una Sociedad Unipersonal¹³⁹.

¹³⁹ Ver capítulo III, sobre la fundamentación dogmática de la unipersonalidad societaria.

Como se ha podido apreciar, las características más predominantes de una EIRL son las referidas a la constitución y al patrimonio de la empresa, claro sin dejar de lado la relativa a la personalidad jurídica, la cual dista mucho de la concepción primigenia sobre la figura que elaboró en su tiempo el jurista austriaco *PISKO*, particularidades que sin duda servirán como instrumentos para determinar las ventajas o desventajas existentes frente a la Sociedad Unipersonal.

4.5. ¿ES LA E.I.R.L. MECANISMO PARA EVITAR LA IMAGINARIA SOCIETAS O SOCIEDAD CON SOCIOS DE FAVOR?

Históricamente las imaginarias societats o sociedades con Socios de favor o complacencia fueron un vehículo por el cual el pequeño empresario de finales del siglo XIX y principios del siglo XX podía acceder al beneficio de la responsabilidad limitada que en ese entonces solamente era reservado para aquellas personas que en conjunto se reunían para desarrollar una actividad empresarial en común bajo la figura de la Sociedad, es así, que el jurista austriaco Pisko elaboró un proyecto de desarrollo empresarial por medio del cual el pequeño empresario pudiera desarrollar su actividad comercial de manera individual con el privilegio de

la Responsabilidad Limitada, creándose así la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

Este proyecto, como ya se tuvo la oportunidad de estudiarlo anteriormente, propugnaba la creación de un patrimonio separado de la persona natural y destinarlo exclusivamente a la explotación de una actividad mercantil, con lo cual el pequeño empresario individual evitaba que los acreedores comerciales atacasen los bienes familiares (vivienda, automotores, bienes muebles etc.), así mismo se evitaba también que los acreedores personales atacasen los bienes destinados a la explotación de la actividad comercial, protegiendo así a los acreedores mercantiles, dándoles seguridad jurídica a sus acreencias.

Así entonces, el proyecto de *PISKO* estaba destinado a cumplir dos funciones; la primera, de brindar la posibilidad al empresario-persona física de desarrollar una actividad empresarial con el beneficio de la Responsabilidad Limitada, esto último a causa de la constitución del patrimonio de afectación distinto al patrimonio del individuo, que le permitía responder únicamente hasta el monto de lo aportado; y por otro lado la segunda función, que era la de desterrar de la práctica comercial a las sociedades constituidas con Socios de favor o testaferros,

pues a consideración de muchos, el empresario que buscaba realizar una actividad empresarial de manera individual, pero bajo el beneficio de la Responsabilidad Limitada, recurría siempre a un testaferro, amigo o pariente que actúe como Socio de Favor o de complacencia para así poder constituir una Sociedad y con ella obtener el tan ansiado beneficio de la Responsabilidad Limitada.

Precisamente, el beneficio de la responsabilidad limitada en el desarrollo de actividades empresariales de manera individual era el fin, y las sociedades con Socios de favor eran el medio que la mayoría de personas naturales con negocio propio optaban, constituyéndose así sociedades materialmente unipersonales. No obstante, en ese entonces, también se barajaba la posibilidad de admitir la figura de la Sociedad Unipersonal. De ahí que *PISKO* argumentaba su negativa en el sentido que si solamente existiese un socio en una Sociedad no tendría sentido hablar de una asociación interna dentro del organismo societario, y que no existiría por lo tanto el objeto de la ficción que supone la existencia de una persona jurídica, sino únicamente un patrimonio, el patrimonio social, por tanto a su entender “la Sociedad Unipersonal carecía de personalidad jurídica, puesto que la Ley otorgaba dicha personificación sustentándose

en la existencia de un sustrato Pluripersonal¹⁴⁰, y es que para el jurista austriaco el legislador debía preferir la conservación de los conceptos de Sociedad y persona jurídica y decidir por regular la EIRL recurriendo a la figura del patrimonio de afectación, agregando así mismo la negación de la personalidad jurídica a la EIRL, argumentando que dicha atribución sobrepasaría los contornos de la Responsabilidad Limitada, extendiendo su radio de alcance más allá de lo patrimonial¹⁴¹, y que también podría impedir la aplicación correcta de normas aplicables al titular de la gestión ya que en el caso de una empresa personificada existirían dos sujetos de derecho, atribuyendo estas normas únicamente a la persona jurídica.

Por ende, *PISKO*, entendía que “admitida y puntualmente regulada la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, ya no tendría razón de ser ni podría ser legislativamente tolerada la *Sociedad Unipersonal*”¹⁴² ya que con la regulación de la EIRL la institución jurídica de la Sociedad no sufría cambios sustanciales respecto a su naturaleza contractual al tratar de regular normativamente la Unipersonalidad Societaria.

¹⁴⁰ CARBAJO CASCON, Fernando. Op. Cit. p. 53.

¹⁴¹ Para Pisko dotar de personalidad jurídica al patrimonio de afectación ocasionaba una separación no sólo patrimonial entre lo aportado y aquella persona que la constituía, con lo cual se hacía imposible aplicar directivas de buen comportamiento empresarial al individuo persona física, dado que con la personalidad jurídica existían dos sujetos por mandato de la Ley, por un lado el ente (persona jurídica), y por el otro la persona física, asumiendo todo el riesgo tanto patrimonial como empresarial el ente personificado.

¹⁴² CARBAJO CASCON, Fernando. Op. Cit. p. 52.

Bajo consideración nuestra, en efecto, la EIRL sí “fue” en su momento un mecanismo para evitar la constitución de sociedades con testaferros, así como canalizar los intereses de un empresario individual para el desarrollo de actividades empresariales bajo una estructura que le permita limitar su responsabilidad hasta por el monto aportado, el cual se reflejaba en la constitución de un patrimonio de afectación, y es que precisamente manifestamos que “fue un mecanismo” debido a que en la actualidad un empresario individual no solamente es sinónimo de una persona física, sino también de una persona jurídica, agregando a ello que ahora el empresario individual no sólo busca limitar su responsabilidad en el desarrollo de una actividad empresarial, sino que el día de hoy, en donde existe una economía globalizada que permite una expansión empresarial bajo los presupuestos del desarrollo de un comercio internacional, este empresario individual busca en un instrumento de organización empresarial, una estructura corporativa que le permita interactuar en el mercado bajo las mismas condiciones en las que actúa las personas naturales o jurídicas de manera asociada.

Si lo manifestado anteriormente no es del todo cierto, y que el empresario individual sólo busca limitar su responsabilidad en el desarrollo de una actividad empresarial, cómo se explica entonces la aún

existencia de Imaginarias Societas o sociedades constituidas con Socios de favor en la actualidad¹⁴³, y es que no negamos la utilidad de la EIRL, que en su momento representó como una medida de evitar la creación de sociedades con testaferros, y que en la actualidad representa como una alternativa que el empresario tiene para el desarrollo de una actividad empresarial.

Creemos entonces que la EIRL no es en la actualidad un mecanismo por el cual se evite la creación de sociedades con Socios de favor; primero, porque este fenómeno aún persiste en la actualidad, resaltando de esta forma la insuficiencia de la EIRL frente a ello; y segundo, que el empresario individual no sólo busca en la actualidad limitar su responsabilidad hasta el monto de lo aportado, sino que requiere una estructura empresarial eficiente y mucho más sofisticada acorde con la actualidad mercantil que le permita a la persona ejercer su actividad empresarial en las mismas condiciones que lo harían las personas que se asocian, haciendo que su empresa sea más competitiva y obtenga un posicionamiento en el mercado.

¹⁴³ Ver imaginaria societas en el capítulo III de la presente investigación en donde se podrá apreciar la existencia de este fenómeno societario en la actualidad empresarial peruana.

Para concluir con un último aspecto, dijimos anteriormente que la EIRL no representa un mecanismo por el cual se pueda evitar la constitución de Imaginarias Societas, sin embargo, sí podría servir para la creación de sociedades materialmente unipersonales, ¿Y cómo es esto posible?, parafraseemos los siguientes dispositivos legales para dilucidar mejor esta idea:

Artículo 1°.- *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, (...) (subrayado nuestro)¹⁴⁴*

Artículo 5°.- *Cada persona natural podrá ser titular de una o más Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. (subrayado nuestro)¹⁴⁵*

Artículo 4°.- Pluralidad de socios

La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. (...) (subrayado nuestro)¹⁴⁶

¹⁴⁴ Perú, Decreto Ley N° 21621, Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Perú, Ley General de Sociedades. Aprobada mediante Ley N° 26887 de fecha 09/12/1997.

Partiendo del último dispositivo societario se llega a una situación de Unipersonalidad Societaria en su máxima expresión, ya que bajo las normas de la EIRL, una persona natural puede ser titular de varias EIRL las cuales se traducen en la existencia de varias personas jurídicas, y claro, una Sociedad puede ser constituida bien por dos o más personas naturales o dos o más personas jurídicas, teniendo el empresario individual bajo esta premisa, la posibilidad de constituir una Sociedad uniéndose él como persona natural, con la persona jurídica representada por la EIRL en la cual es titular, o simplemente constituir diversas EIRL y constituir así una Sociedad con un sustrato pluripersonal “formal”, pero que en realidad se estaría ante la presencia de una Sociedad materialmente Unipersonal, en donde el único miembro de dicha institución empresarial sería la persona natural.

4.6. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL COMO MECANISMO DE ARTICULACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESA

Como bosquejamos durante toda la investigación, la Sociedad Unipersonal es una alternativa a diferencia de la EIRL para la expansión empresarial, así como para evitar la gestación de sociedades con Socios de favor, sin embargo, esta Unipersonalidad Societaria no sólo sirve como

instrumento de desarrollo empresarial para aquella persona que desea emprender una aventura comercial de manera individual con los mismos mecanismo con los que cuentan las personas en asociación y el Estado mismo, sino que es una muy buena alternativa de articulación empresarial en la figura del grupo empresarial o grupo de empresas.

4.6.1. Grupo de empresas

Durante años, este fenómeno asociativo empresarial, ha tenido diversas denominaciones que van desde grupo de sociedades, grupos societarios, grupos de empresarios, grupos económicos, agrupamientos empresariales y grupo de empresas, siguiendo al maestro *ECHAIZ*, experto en la materia de grupo de empresas, ésta última denominación sería la más adecuada para describir este fenómeno asociativo de agrupación de empresas y que a diferencia de grupo de sociedades, grupos societarios o sociedades imbricadas, el maestro señala que “adolecen de un defecto sustancial y es que apuntan a la Sociedad, por lo cual constriñen el ámbito de la institución a solo una de las modalidades entre las que se puede optar para el desarrollo de actividades

empresariales”¹⁴⁷, y en efecto, no sólo la Sociedad es el único instrumento empresarial por el cual una actividad comercial o mercantil encuentra materialización, ya que para ello existe la EIRL, o simplemente la persona natural que desarrolla una actividad empresarial, por lo que en suma se considera que dentro de un grupo de empresas se encuentran tanto sociedades como EIRL, personas naturales o incluso cooperativas.

Habiendo realizado esta aclaración, un grupo de empresas, entonces, es aquel modo de concentración empresarial, en la que las empresas que la conforman mantienen su personalidad jurídica, es decir, existe una autonomía jurídica, pero que sin embargo, están subordinadas a una dirección unificada¹⁴⁸ ejercida por una sociedad controlante o matriz, es decir existe una autonomía jurídica, pero no una autonomía económica, ya que estas empresas se encuentran vinculadas entre sí.

¹⁴⁷ ECHAIZ MORENO, Daniel. “Marco conceptual sobre los grupos de empresas” en: *Instituciones de Derecho Empresarial*, Editorial APECC, Lima, 2010, p. 164.

¹⁴⁸ La dirección unificada a decir del maestro Echaiz, es un elemento tipificante de los grupos de empresas que consiste en la capacidad del sujeto dominante para imponer sus decisiones a la empresa, rigiéndose para tal efecto por el principio de interés grupal. Es, en buena cuenta, transferir el poder de dirección, planificación y gestión de la empresa que normalmente incumbe a sus titulares, hacia un tercero ajeno a dicha empresa y que tiene la calidad de sujeto dominante. ECHAIZ MORENO, Daniel, op. cit. p. 189.

4.6.2. La sociedad unipersonal para la organización de un grupo de empresas

Valorar a la Sociedad Unipersonal como instrumento idóneo para la conformación de grupos es reconocer la flexibilización y la instrumentalidad empresarial que tiene esta figura en la actualidad mercantil, por ello, si ha de regularse la Sociedad Unipersonal es menester pronunciarse, como lo hicimos en líneas anteriores, sobre la ventaja que esta institución trae consigo con respecto a la organización de un grupo de empresas, y es que con el grupo de empresas se pueden alcanzar objetivos empresariales superiores que con una estructura individual en la que actúa sólo una Sociedad, ya que dentro del grupo existe una dirección unificada que busca el interés de todas las empresas conformantes, y en la cual se aprovecha un solo *know how* para el impulso de todas ellas. Merece así mismo un comentario sobre la dirección unificada, y es que en efecto, si bien existe una Sociedad controlante *holding* que diseña las directivas a seguir por las subordinadas, estas directivas implican por ende que la Sociedad dominante tenga injerencia en la vida de las compañías o empresas subordinadas, para lo cual debe existir una estructura interna de organización debida para que esto se lleve a cabo y para que el interés

grupales de este tipo de concentración empresarial mantenga una simbiosis con el interés de cada una de las empresas subordinadas.

Lejos de la problemática que pueda presentar en sí el instrumento de concentración empresarial de los grupos de empresa en los aspectos societarios, laborales y tributarios, nos centraremos únicamente en la incidencia que la unipersonalidad societaria pudiese tener en la conformación de este tipo de concentración empresarial. Por tanto, el grupo de empresas como mecanismo de organización empresarial a gran escala, encuentra su ventaja en la figura de la Sociedad Unipersonal cuando esta última deriva en un carácter de persona jurídica dependiente.

a) La sociedad unipersonal como empresa subordinada:

Bajo este punto, la Sociedad Unipersonal actúa como una de las tantas articulaciones que tiene la matriz o la Sociedad controlante, así mientras una Sociedad –persona jurídica– tenga sustrato pluripersonal, ésta como persona jurídica puede constituir indistintamente sociedades unipersonales como motivo de expansión empresarial, precisamente ésta última es la que traza el camino a la creación de un grupo empresarial, cuando por ejemplo, una empresa-persona jurídica nacional o extranjera

decide invertir en distintos rubros de actividad empresarial, y como mencionásemos reiteradamente esta empresa cuenta con el suficiente capital para efectuar los aportes debidos para la creación de una Sociedad sin necesidad de asociarse, y es bajo ese supuesto que la Sociedad Unipersonal es una de las herramientas, a diferencia de la sucursal, que más ventajas trae cuando una empresa decide expandir su radio de acción constituyendo para ello subsidiarias, o en todo caso invertir en actividades empresariales distintas a la que en la actualidad desarrolla.

Así entonces, la Sociedad Unipersonal sirve como herramienta no sólo de expansión empresarial, sino también, de inversión en nuevos mercado bajo el desarrollo de una actividad económica distinta; es decir, la Sociedad Unipersonal bajo este supuesto como empresa o persona jurídica subordinada o supeditada, permite la creación de un grupo empresarial, actuando de esta manera como un conglomerado de unidades empresariales jurídicamente autónomas, pero económicamente dependientes de una empresa dominante que es la principal o la matriz.

Sin embargo, es necesario realizar la aclaración que no sólo la conformación de varias sociedades unipersonales por una persona

natural o jurídica, responde *a priori* a la conformación de un grupo de empresas, pues ésta no se caracteriza precisamente por el solo hecho de que una sola persona natural o jurídica tenga la propiedad mayoritaria o absoluta de unidades empresariales que se encuentran bajo su propiedad. Así para que exista realmente un grupo de empresas, se debe presentar una situación de control-dependencia, en donde la Sociedad principal o matriz ejercerá el control sobre las sociedades unipersonales, siendo éstas dependientes de la dirección que la dominante establezca; así mismo, debe existir una dirección unificada, la cual deberá ser ejercida por la sociedad o empresa matriz o dominante, constituyéndose así el grupo como una sola unidad económica pese que dentro de él existan una diversidad de empresas.

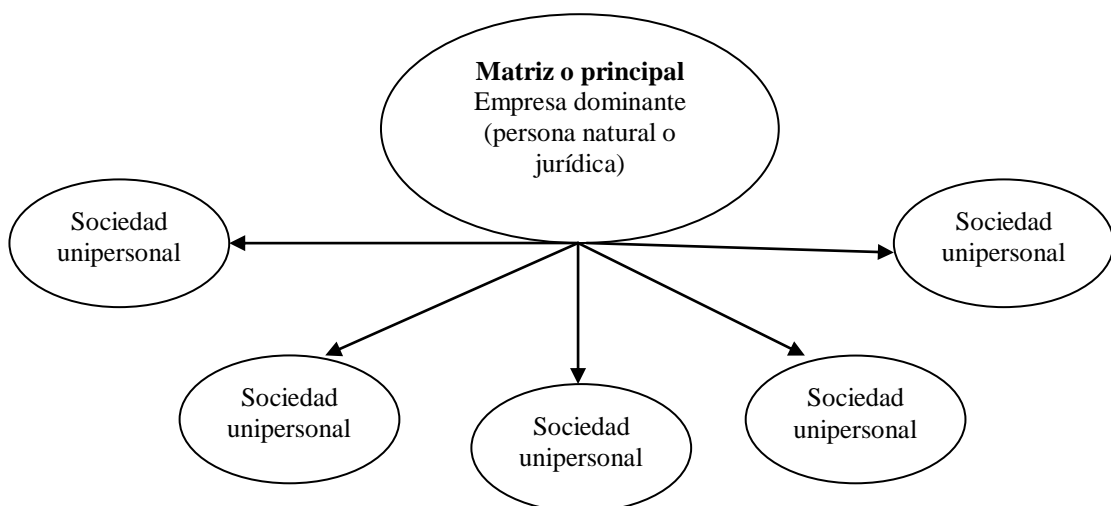
Es esta dirección unificada la que hace surgir un interés grupal superpuesto al interés individual de cada Sociedad o empresa, sin embargo, para nuestro caso como es la conformación de un grupo de empresas usando la Sociedad Unipersonal como articulación de la misma, obviamente el interés grupal será el mismo interés individual de la Sociedad, no percibiendo entonces como en los grupos de empresas convencionales los conflictos que se puedan ocasionar entre la empresa dominante y la dominada cuando la dirección que ejerce la dominante

entra en disyuntiva con el objeto social de la dominada, o cuando las decisiones que emita la Sociedad dominante no sean del agrado de los socios minoristas y acreedores de las empresas dominadas.

En suma, el hecho de que una persona natural o jurídica constituya una serie de sociedades unipersonales no califica como un grupo empresarial, y que en este tipo de casos “el sujeto dominante y el sujeto dependiente no siempre forman una sola empresa desde el punto de vista económico; es decir no siempre conforman una situación de grupo por la mera relación de dependencia”¹⁴⁹, puesto que en ella no se aprecia una dirección unificada que permita al grupo como tal actuar de manera unificada percibiendo a ésta como una sola unidad económica, o una sola gran empresa en donde exista un interés común por parte de las sociedades conformantes; en todo caso la existencia de este fenómeno sólo sería catalogado como una persona o empresa que actúa como un mero inversionista, motivado solamente por el ánimo de lucro que pueda obtener del resultado de las actividades empresariales que desarrollen cada una de las sociedades unipersonales, careciendo por lo tanto de un ánimo empresarial superior, que se manifiesta en la estructuración de una gran unidad económica bajo una dirección unitaria.

¹⁴⁹ CARBAJO CASCON, Fernando. *La sociedad de capital unipersonal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 289.

Concluyendo, tenemos entonces que la Sociedad Unipersonal es una ventajosa herramienta para la articulación de un grupo de empresas, en la cual la Sociedad Unipersonal mantiene un enfoque de persona jurídica dominada, o subordinada frente a la principal, en donde esta última es la poseedora del cien por ciento de las participaciones de cada Sociedad conformante, proyectándose así el fenómeno calificado por la doctrina norteamericana conocida como *wholly owned subsidiary* en donde el propietario de una Sociedad resulta ser otra Sociedad. Resulta ventajoso entonces que la admisión de la Sociedad Unipersonal, en el orden jurídico, brinda la posibilidad de eliminar o reducir el riesgo empresarial, al permitir diversificar la cartera de la matriz o empresa dominante tal cual como se realiza en los grandes grupos de empresa con sustrato pluripersonal.



b) La sociedad unipersonal matriz (holding) como empresa dominante:

El holding company o simplemente holding como se le conoce comúnmente, es aquella Sociedad constituida con el único propósito de administrar otras sociedades por intermedio de la participación accionarial que pueda tener en éstas últimas, es decir una Sociedad tenedora de acciones, sin ostentar por objeto social el desarrollar actividad comercial alguna. La figura del holding es entonces, una “sociedad que se dedica a la adquisición y conservación (...) de participaciones en empresas extrañas con el fin de ejercer una influencia permanente en la dirección de estas empresas”¹⁵⁰, es decir, su actividad se circunscribe únicamente a la dirección y administración de otras sociedades o empresas ejerciendo una influencia dominante sobre aquellas como consecuencia de la posesión de acciones o participaciones que la empresa dominante mantenga en las dominadas.

Pero, ¿Cuál es la relación entre la Sociedad Unipersonal con una holding?, como se expresó en el punto anterior tanto una persona natural como una jurídica puede ser la empresa dominante en un grupo de

¹⁵⁰ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio, Citado por ECHAIZ MORENO. “Marco conceptual sobre los grupos de empresas”. Op. Cit. p. 177.

empresas, y que una de las características principales de esta última es la dirección unificada, la cual se materializa en un desarrollo de gestión totalmente especializado, y en donde indudablemente una persona natural no podría abastecerse con tanta responsabilidad, al igual que la empresa-persona jurídica, quien tiene por objeto social el ejercer una actividad comercial, industrial o financiera, no podría llevar a cabo actividades de administración y dirección de otras sociedades al no estar contenidas en su objeto social, es así que la Sociedad Unipersonal emerge como herramienta de dirección y gestión empresarial, siendo el camino idóneo para la constitución de la holding como Sociedad especializada en dirección y administración de otras empresas o sociedades.

No nos cabe la menor duda que el holding como instrumento de gestión empresarial, encuentra su materialización contractual en el *management*¹⁵¹ que a decir del maestro¹⁵², “es aquel contrato por el cual la empresa gerenciada otorga a la empresa gerenciante las facultades de planteamiento, organización, dirección, coordinación y control de su

¹⁵¹ El management al ser una herramienta de gestión empresarial por el cual una empresa entrega a otra el gerenciamiento o la administración de su propio negocio, nace en el seno de sociedades totalmente independientes, no obstante nada impide que este tipo de herramienta de gestión empresarial pueda ser usada dentro de un grupo de empresas en donde la empresa gerenciante sea el Holding y las gerenciadas sean las empresas dominadas.

¹⁵² ECHAIZ MORENO, Daniel. “El management como herramienta contractual para la organización de la empresa”, en: op. cit. p. 436.

actividad empresarial”, precisamente es en base a la figura del *management* como herramienta de gerenciamiento profesional que la empresa por intermedio de un *holding* encuentra en la Sociedad Unipersonal un gran atractivo, debido a que, como se mencionó en un principio de la investigación, la titularidad de la Sociedad Unipersonal la puede ostentar tanto una persona natural como una persona jurídica.

Precisamente nuestra normativa societaria contempla en su Art. 193° la posibilidad de nombrar a un gerente tanto a una persona natural como una persona jurídica, demostrándose en esta última un reconocimiento tácito del gerenciamiento a través de la figura del *management*, por ello nada impide entonces de que una Sociedad Unipersonal pueda ser designada como gerente, y más aun si esta Sociedad Unipersonal actúa como holding de un grupo de empresas, dominando internamente a las empresas subordinadas que no necesariamente serian sociedades unipersonales, pero como vimos anteriormente la Sociedad Unipersonal también es útil para la articulación del grupo empresarial respecto a sociedades subordinadas diversificando así el riesgo de la empresa matriz.

Ejemplos como: Credicorp¹⁵³, Gloria¹⁵⁴, Graña y Montero¹⁵⁵, Cosapi¹⁵⁶, Brescia¹⁵⁷, Cencosud¹⁵⁸, Interbank¹⁵⁹, entre otros. Son grupos que manejan y administran sus sociedades mediante Holdings, precisamente por la obtención; primero, de una estructura corporativa mucho más eficiente y ordenada; segundo, de contar con una plana de administradores comunes los cuales ejecuten las políticas empresariales que se dicten como parte de la dirección unificada que debe existir en un grupo de empresas; tercero, de que el holding pueda cotizar en la bolsa de valores las acciones que posee en cada una de las empresas dominadas, evitándose así un gran costo el tener que llevar a estas últimas a que coticen sus acciones individualmente; cuarto, que a decir de

¹⁵³ Credicorp es el principal holding de servicios financieros del grupo empresarial Romero, y que tiene como subsidiarias controladas a empresas como, el Banco de Crédito del Perú, Banco de Crédito de Bolivia, Prima AFP entre otras.

¹⁵⁴ El Grupo Gloria abarca mediante su Matriz Gloria (productos Lácteos) a las empresas: Gloria Alimentos (alimentos), Centro Papelero (papeles y cartones), y Farmacéutica del Pacífico – FARPASA– (productos farmacéuticos); la Matriz Yura (cementos), empresa perteneciente al Grupo también tiene como subordinada a Nitratos Cachimayo (fertilizantes y nitratos), así como otras empresas pertenecientes al grupo como Cementos Sur, Fuerza Eléctrica del Sur, Feria Oriente entre otras

¹⁵⁵ El grupo Graña y Montero abarca básicamente actividades industriales referidas al rubro de la construcción, empresas como: Compañía de Concreto Premezclado del Perú, Concentradoras Peruanas, Concesiones de Carreteras, Corval, Degremont Perú, Inmobiliaria Lima Camaná, Inversiones Salmi entre otras son empresas que conforman este Grupo Empresarial.

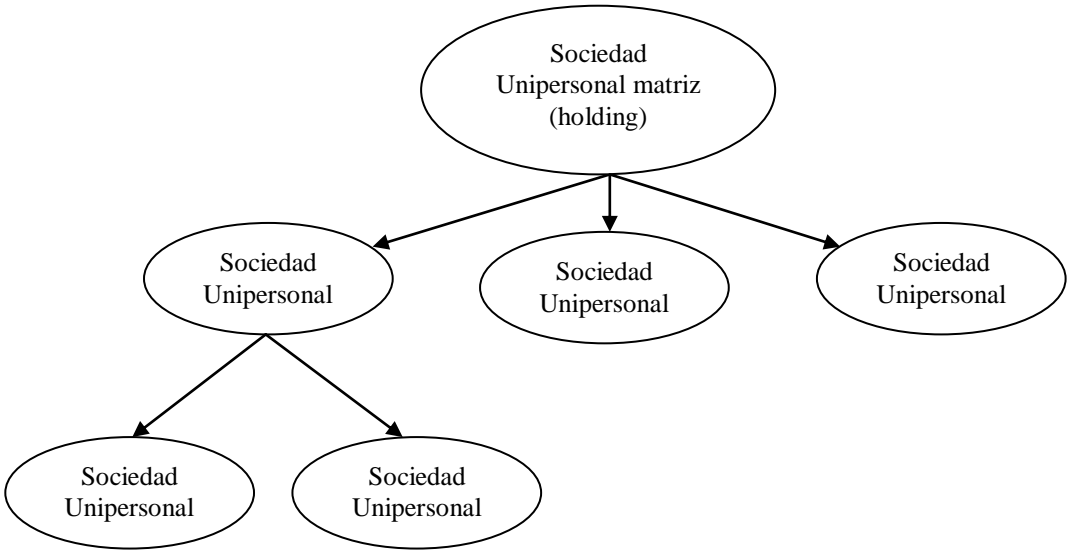
¹⁵⁶ Actividades de Ingeniería, Construcción y Digitales son las que componen las empresas integrantes del Grupo Cosapi, dentro de las cuales tenemos a: Abengoa Cosapi de Telecomunicaciones, Constructora Mayorazgo, Cosapi Data, Cosapi Desarrollo Inmobiliario, Cosapi Soft, Cosapi Chile (en el país de Chile), entre otras.

¹⁵⁷ El grupo Brescia mediante su holding Rimac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros tiene como subsidiarias a las empresas a Clínica Internacional y Rimac Internacional EPS.

¹⁵⁸ Cencosud es un holding que se encarga de la tenencia de acciones y participaciones en la cadena de supermercados Metro.

¹⁵⁹ En el grupo interbank encontramos el holding Supermercados Peruanos, el cual se dedica exclusivamente a la tenencia de acciones y la administración de la cadena de supermercados Plaza vea.

la cotización de acciones, el holding puede constituirse como una *off shore*, con lo cual generaría muchos más ingresos por la transferencia de acciones de las empresas dominadas a causa del ahorro tributario que implica tener una Sociedad dentro de un paraíso fiscal; y quinto, que el holding al ser una persona jurídica como sujeto dominante de un grupo de empresas responde únicamente hasta el monto de su capital social, a diferencia de una persona natural que respondería personal e ilimitadamente por lo actos que realice como sujeto dominante del grupo, beneficios que en conjunto otorgan a un grupo de empresas la competitividad y un posicionamiento dentro del mercado que se requiere dentro de una economía globalizada.



4.7. VENTAJAS ENTRE UNA E.I.R.L. Y UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Habiendo precisado ya las características de cada figura empresarial, toca ahora determinar las ventajas existentes frente a ambas para concluir cuál de éstas dos figuras resulta más beneficiosa para canalizar los intereses del empresario individual en el desarrollo de una actividad empresarial a partir de una estructura jurídica empresarial que le permita no sólo limitar su responsabilidad hasta el monto de lo aportado, sino que también le proporcione una estructura corporativa con la cual pueda participar en el mercado en igualdad de condiciones frente a los empresarios que actúan asociadamente.

Criterios	EIRL	Sociedad Unipersonal	Conclusión
Constitución	Solo por personas naturales.	Personas naturales y jurídicas.	La Sociedad Unipersonal a diferencia de la EIRL, permite la creación de entes empresariales de manera individual no sólo a las personas naturales, sino también a las jurídicas, ofreciendo así una alternativa más al empresario-persona jurídica de poder organizarse mediante la constitución de sociedades unipersonales en plazas distintas a la de su localidad, permitiéndole de esta forma contar con un mecanismo de organización empresarial a gran escala (grupo de empresas) y desarrollar una actividad de expansión empresarial que le permita, dentro del marco empresarial nacional e internacional, ser competitivo frente a los demás y ganar una posición en el mercado.
Capital social	Un patrimonio de afectación único e indivisible.	Patrimonio divisible en partes alícuotas denominadas acciones o participaciones.	Un patrimonio divisible en alícuotas frente a un patrimonio de afectación presenta muchos más beneficios para el empresario en aspectos como: <ul style="list-style-type: none"> ➤ Incorporar las alícuotas en títulos valores, lo que facilita su transmisibilidad cuando se quiera invitar a un tercero a participar en la empresa. ➤ Entregar en parte y no todo el capital en garantía mobiliaria como un

			mecanismo de financiación.
Órganos de administración	Gerencia (solo una).	Directorio y/o gerencia (puede existir diversas gerencias).	<p>La Sociedad Unipersonal permite al empresario de contar con una amplia estructura corporativa interna pudiendo de esta forma establecer políticas comunes, pero especializadas de acuerdo al departamento o área que se cree utilizando el mecanismo de las gerencias.</p> <p>Así mismo, el contar con un cuerpo colegiado como el directorio, logra que la Sociedad tenga un órgano de administración especializado en distintas materias, puesto que de acuerdo al negocio o el objeto social que la Sociedad desarrolle, se podrá contar con profesionales de distinta especialidad, y que esta especialidad tenga incidencia directa con las actividades empresariales que la Sociedad tenga por objeto.</p>
Cargo de gerencia.	Ejercida solamente por personas naturales, sea una o más personas	La puede ejercer tanto una persona natural como una persona jurídica, en este último caso, la persona jurídica designará una persona natural a efectos de representarla	A diferencia de la EIRL que cuenta solamente con un órgano de administración como lo es la gerencia, la sociedad unipersonal como sociedad de capitales cuenta con una organización corporativa interna que permite a la empresa contar con una estructura de administración más eficiente contando para ello con un directorio y una gerencia, siendo este último órgano el que se utiliza con mayor frecuencia para jerarquizar y dividir

			áreas de administración neurálgicas dentro de la estructura interna de una empresa, haciéndolas más eficientes mediante una mejor inversión de recursos en el personal que se designe para cada área.
Aumento de capital	Por nuevos aportes (provenientes del propio titular), capitalización de beneficios, reservas, o revalorización del patrimonio.	Se puede efectuar por aportes propios del accionista único, capitalización de utilidades, de reserva legal y libre, de créditos u obligaciones que mantenga pendientes, o por aportes que un tercero pueda efectuar como consecuencia de su incorporación a la sociedad.	Se tiene entonces que el aumento de capital de la EIRL se efectúa únicamente por aportes del titular, y los que haya dentro de la empresa, es decir con aportes propios, en cambio la Sociedad Unipersonal puede incrementar su capital mediante aportes propios, como también, mediante aportes de terceros, en este último caso sea capitalizando deudas (entregando a los acreedores determinado porcentaje de acciones a cambio de su acreencia).
Incorporación de terceros a la empresa.	No permite la incorporación de terceros bajo su estructura.	Sí permite la incorporación de terceros sea a causa de capitalización de créditos o nuevos aportes que se hagan al patrimonio de la sociedad	La estructura rígida de la EIRL no permite la incorporación de terceros a la empresa, dado que al ser "unipersonal" admite únicamente dentro de su estructura una sola persona natural, no pudiendo entonces realizar operaciones como la capitalización de créditos con la subsecuente incorporación de los acreedores como socios de la empresa, ni mucho menos que terceros se incorporen a ella efectuando aportes al capital de la misma.

<p>Fuentes de financiamiento</p>	<p>Con aportes propios, y préstamos directos de terceros.</p>	<p>Con aportes propios, y préstamos directos de terceros, y financiamiento por medio de emisión de obligaciones.</p>	<p>La única fuente de financiamiento de la EIRL son los préstamos directos que obtenga de terceros y los aportes que efectúe en este caso el titular, algo distinto en una Sociedad Unipersonal, pues en ella aparte de los aportes que pueda efectuar el único accionista y de los préstamos que pueda obtener de terceros, la Sociedad Unipersonal como Sociedad de capitales puede recurrir a la emisión de obligaciones como se da en el caso de los bonos como fuente de financiamiento, siendo este tipo de operaciones reservada únicamente a las sociedades.</p>
<p>Dimensión de las actividades empresariales</p>	<p>Exclusivamente al desarrollo de actividades económicas de pequeña empresa.</p>	<p>Admite cualquier dimensión de actividades económicas, sea de pequeña, mediana, o gran empresa.</p>	<p>En conclusión, una empresa multinacional de gran envergadura no podría utilizar la EIRL no sólo por la imposibilidad de que una persona jurídica constituya esta figura, sino también por la magnitud de la inversión que una empresa multinacional realiza por lo general en un desarrollo empresarial expansivo, siendo entonces la Sociedad Unipersonal una herramienta que presenta ventajas respecto a la dimensión del negocio o la actividad empresarial que engloba bajo su estructura como Sociedad de capitales.</p>
<p>Grupos de empresas</p>	<p>Permite la conformación de grupos de empresa, pero bajo la</p>	<p>Permite la conformación de grupos de empresas bajo la</p>	<p>Si bien, con ambas figuras empresariales se pueden conformar un grupo de empresas, consideramos que con el esquema</p>

	dirección de una persona natural.	titularidad de una persona natural o una persona jurídica.	de la Sociedad Unipersonal, la política de dirección unificada que imparta la empresa matriz a sus subsidiarias, se ejecutarán de una manera más eficiente y ordenada, esto debido a la estructura corporativa que ostentan tanto la principal como las subsidiarias, la misma que permite una estructuración especializada del órgano de administración en cada Sociedad integrante del grupo empresarial, cosa que no sucede dentro de una EIRL, dado que en ella la administración se reduce únicamente a su único órgano, que es la gerencia, la cual únicamente puede ser ejercida por personas naturales.
--	-----------------------------------	--	---

De lo esquematizado podemos llegar a la conclusión de que: la Sociedad Unipersonal como instrumento de desarrollo empresarial individual, presenta más beneficios o ventajas al empresario –persona natural o jurídica– de las que la figura de la EIRL mantiene bajo su estructura, con esto no queremos manifestar la inutilidad de la EIRL, porque ésta sí representa una alternativa para el pequeño empresario persona-física en un emprendimiento empresarial de menor escala , sin embargo, el tener una alternativa más flexible como la Sociedad Unipersonal que englobe, no solamente actividades de pequeña empresa, sino de mediana y gran escala, beneficia mucho más no sólo a la persona natural, sino también a la persona jurídica otorgándole además del beneficio de la responsabilidad limitada una estructura corporativa que le permita una organización administrativa y una política empresarial interna mucho más eficiente que coadyuvará a la obtención de un posicionamiento en el mercado el cual, se verá reflejado en los beneficios económicos que se obtenga al efectuar una actividad empresarial bajo las mismas condiciones y estándares con las que actúan las personas naturales o jurídicas de manera asociada.

4.8. IMPLICANCIAS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO REGULATORIO Y EN EL DERECHO DE SUCESIONES

4.8.1. *En el Derecho Regulatorio.-*

Como lo precisásemos en el primer capítulo, las empresas constituidas bajo el régimen del Derecho Regulatorio están exentas de cumplir con la pluralidad de miembros únicamente para constituir subsidiarias, es decir la exención a la que hace alusión el Art. 4° de la LGS no permite la creación *ab initio* –en este caso– de la Sociedad principal.

Así entonces, constituir una empresa del sistema financiero como por ejemplo una empresa de arrendamientos financieros, una empresa de factoring, una empresa de seguros o reaseguros, una fiduciaria, o cualquier otra señalada bajo la normativa de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica, requerirá siempre por regla general que la Sociedad o empresa principal se constituya bajo el requisito exigido por la LGS sobre pluralidad de miembros, con lo cual aquella persona natural o jurídica que quiera desarrollar una actividad empresarial bajo el campo del Derecho Regulatorio que en este caso es

los servicios financieros, no podrá realizarla de manera individual, sino que deberá hacerlo de manera conjunta con otra, pese a que esta persona individual tenga el suficiente capital para poder constituir y solventar del desarrollo de las actividades en este tipo de empresas¹⁶⁰.

Sin embargo, la pluripersonalidad no es el único escollo que encuentra el empresario individual que desea desarrollar este tipo de actividades financieras y de seguros, dado que la constitución de este tipo de empresas se efectúa bajo la forma societaria de la Sociedad Anónima¹⁶¹, así tenemos entonces que la EIRL no está comprendida como modelo de organización empresarial para el desarrollo de actividades financieras y de seguros, por lo tanto el empresario-persona física que desea incursionar en actividades empresariales reguladas bajo el sistema financiero y de seguros no podrá realizarlo de manera individual bajo la figura empresarial de la EIRL, dado que actividades

¹⁶⁰ Se advierte que para la constitución de empresas del sistema financiero y del sistema de seguros la Ley N° 26702 Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y organiza, requiere dentro de sus requisitos de constitución (artículo 16°) el aporte de un capital mínimo que asegure el funcionamiento de la sociedad y de sus subsidiarias, agregando que este aporte deberá ser efectuado en efectivo, no considerándose dentro de dicho límite el aporte de bienes que puedan ser valorizados. Así entonces por más que una persona natural o jurídica tenga el suficiente capital para constituir de manera individual una empresa del sistema financiero (empresa principal), no podrá realizarlo, ello debido al cumplimiento de pluralidad de miembros como requisito de constitución que exige para ello la mentada Ley en su artículo 12°.

¹⁶¹ Ley N° 26702, Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica

Artículo 12°.- Constitución de empresas:

Las empresas deben constituirse bajo la forma de sociedad anónima, salvo aquellas cuya naturaleza no lo permita. (...)

como las mencionadas anteriormente están reservadas únicamente a las Sociedades Anónimas, razón por la cual, la incidencia que tendría la Unipersonalidad Societaria como modelo de flexibilización empresarial, es que el empresario podría acceder a este tipo de actividades de manera individual constituyendo para ello la Sociedad Anónima en su vertiente originariamente Unipersonal.

De la misma forma encontramos dentro del Derecho Regulatorio a los agentes de intermediación a las Sociedades Agente de Bolsa¹⁶² y las Sociedades Intermediarias de Valores¹⁶³, que al igual que las empresas del sistema financiero, la exención del cumplimiento de la pluralidad de miembros alcanza únicamente a la constitución de subsidiarias, así como la constitución de las sociedades principales debe efectuarse mediante la figura de la Sociedad Anónima, presentándose en este caso la misma imposibilidad del empresario de acceder a este tipo de actividades mediante la figura de la EIRL.

¹⁶² Decreto Supremo N° 093-2002-EF Texto único ordenado de la ley del mercado de valores

Artículo 185°.- Definición:

Sociedad agente de bolsa es la sociedad anónima que, debidamente autorizada, se dedica fundamentalmente a realizar la intermediación de valores en uno o más mecanismos centralizados que operen en las bolsas.

¹⁶³ Decreto Supremo N° 093-2002-EF Texto único ordenado de la Ley del mercado de valores

Artículo 204°.- Definición:

Sociedad intermediaria de valores es la sociedad anónima debidamente autorizada que se dedica fundamentalmente a realizar la intermediación de valores no inscritos en bolsa.

En suma, consideramos entonces que una posible admisión de la Unipersonalidad Societaria, traería consigo la ventaja para el empresario individual de acceder a las actividades empresariales que se encuentran reguladas bajo la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica y el decreto supremo que regula el mercado de valores.

4.8.2. *En el Derecho de Sucesiones.-*

La implicancia que tiene la Sociedad Unipersonal en el Derecho de Sucesiones se engloba básicamente en la transmisión que se efectúa por la muerte del causante a favor de su prole, descendientes o herederos, para ello, nuestra figura bajo investigación denota una gran ventaja y alternativa frente al mecanismo empresarial de la EIRL, para determinar esto es preciso avocarnos al supuesto por el cual se observa la diferencia entre ambas.

Primeramente, sabemos ya de antemano que el patrimonio de una EIRL es indivisible, es decir no puede fraccionarse en partes alícuotas como el de una Sociedad; segundo, la titularidad de aquella sólo puede ser ostentada por una sola persona con lo cual no se admite la existencia

de una pluralidad de sujetos como titulares conjuntos de la misma. Con todo esto y considerando la existencia del supuesto sucesorio mencionado líneas arriba precisemos cuáles son las alternativas que tienen los herederos o sucesores sobre la titularidad de una EIRL, la cual ha sido materia de transmisión sucesoria por parte del testador, parafraseando para ello el dispositivo legal pertinente que establece la Ley de la EIRL referido al tema en mención.

Artículo 31°.- *si los sucesores fueran varias personas naturales, el derecho del Titular pertenecerá a todos los sucesores en condominio, en proporción a sus respectivas participaciones en la sucesión, hasta por un plazo improrrogable de cuatro años contados a partir de la fecha del causante.*

(...)

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

- a) *Adjudicar la titularidad de la Empresa a solo uno de ellos, mediante división y partición;*

b) Transferir en conjunto su derecho a una persona natural, mediante cualquiera de los actos jurídicos indicados en el artículo 28°:

c) Transformar la Empresa en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

Si venciera el plazo indicado en el primer párrafo del presente artículo sin haberse adoptado alguna de las medidas indicadas en el párrafo anterior, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada quedara automáticamente disuelta, asumiendo los sucesores responsabilidad personal e ilimitada en la marcha de la Empresa. (Subrayado nuestro)

En un primer plano, se tiene entonces que la EIRL si bien no puede ser constituida originariamente por una pluralidad de sujetos, vemos en el supuesto bajo análisis que la existencia de una pluralidad de sujetos en el seno de la EIRL es tolerada por un tiempo determinado, no obstante que las funciones de representación de la misma recaen sólo en una persona; bajo un segundo plano, vemos que si diese el caso de que la titularidad fuese compartida por varias personas naturales estas indefectiblemente tienen tres alternativas a seguir durante el periodo en donde la Ley

permite la existencia de un sustrato pluripersonal; y que en caso contrario, de no seguirse alguna de ellas vencido el plazo, la propia norma castiga a la Empresa con la disolución de pleno derecho, atribuyendo a los sucesores las responsabilidades que deriven del caso de seguir operando con una institución disuelta.

Pero, ¿Cuál es la implicancia de la Sociedad Unipersonal en este supuesto?, la respuesta es muy sencilla y se encuentra fundamentada principalmente en los atributos o características que tiene una Sociedad Unipersonal como “Sociedad de capital” respecto al patrimonio de la empresa como característica fundamental de su fraccionamiento en partes alícuotas, entonces se puede apreciar una suerte de ventaja de la Sociedad Unipersonal respecto a la EIRL bajo el supuesto sucesorio en el cual se transfiere la titularidad de una empresa por vía de sucesoria, dado que en la EIRL indefectiblemente la titularidad deberá recaer en una sola persona, con lo cual no todos los sucesores podrán ser titulares o tener la calidad de socios en una EIRL¹⁶⁴, algo totalmente distinto en una Sociedad Unipersonal, en donde la existencia o no de un sustrato

¹⁶⁴ Manteniéndose en esa forma individual, pese a existir en el ánimo de todos los sucesores el deseo de participar conjuntamente en la gestión de la empresa y la renuencia de que ninguno de ellos quiera transferir a un tercero o a uno de los mismo parte de su propiedad, esto a menos de que se opte por la transformación de la EIRL a una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, con lo cual la participación conjunta de todos los sucesores no traería consigo consecuencias como la disolución de pleno derecho.

pluripersonal no acarrea ningún efecto normativo que pueda afectar la existencia de la empresa, y que quienes adquieran por transferencia sucesoria la propiedad accionarial de una Sociedad Unipersonal, pueden mantener su participación en la Empresa de manera conjunta, sin tener las alternativas *numerus clausus* que estipula en este caso la Ley de la EIRL.

En conclusión, vemos entonces que la Sociedad Unipersonal frente a la EIRL bajo el ámbito del Derecho de Sucesiones presenta indudablemente una ventaja referida a la transferencia sucesoria mortis causa de la titularidad de una empresa¹⁶⁵, con lo cual bajo un supuesto sucesorio en donde existan varias personas que adquieran vía sucesión el derecho sobre la titularidad de una empresa con el esquema empresarial de la Sociedad Unipersonal, no traería consigo la necesidad de optar por alguna las alternativas que la norma de la EIRL precisa para ese supuesto, con lo cual al no optarse por ninguna de aquellas dentro del plazo que se establece no sobrevendría la disolución de pleno derecho.

¹⁶⁵ Cabe precisar esa aclaración dado que en el Derecho de Sucesiones existe dos tipos de transferencia de la masa hereditaria, por acto inter vivos, que vendría a representada por la colación o el llamado “anticipo de herencia, supuesto en el cual no podrá operar la transferencia a varias personas de la titularidad de la EIRL por impedimento legal expreso; y la transferencia mortis causa, en donde se transfiere la propiedad a favor de los herederos por la muerte del testador o causante, este último supuesto en el cual se encuentra bajo análisis.

No obstante, a nuestra consideración, la principal ventaja que trae consigo la Sociedad Unipersonal frente a la EIRL en este supuesto es sin duda la reducción de costos de transacción que incurrirían los herederos al transformar la EIRL en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada si diese el caso de que todos deseen mantener parte de su propiedad proporcional sobre la titularidad de la empresa, máxime aún si se tiene en cuenta que la propia Ley de la EIRL “limita” en una de las alternativas que ofrece a los herederos titulares de una EIRL que la transformación de la empresa se efectúe hacia el esquema empresarial de una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada –recordemos que las alternativas ofrecidas por la Ley de la EIRL en estos casos son *numerus clausus*–, con lo cual si los herederos deciden participar conjuntamente en la titularidad de la empresa y optan por la transformación pero bajo la figura empresarial de la Sociedad Anónima, deberán transformar la EIRL en un primer momento a una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, y luego transformarla a una Sociedad Anónima, siendo esto totalmente perjudicial desde el punto de vista económico elevándose innecesariamente los costos de transacción para quienes se encuentran en este supuesto.

Consideramos entonces, que la Sociedad Unipersonal representa una alternativa empresarial eficaz y eficiente frente a la EIRL bajo un supuesto englobado por el Derecho de Sucesiones, y somos de la opinión de que aquella alternativa de transformación empresarial de la EIRL en el supuesto sucesorio que limita y obliga necesariamente a optar por la figura de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada debe modificarse a efectos que sea, en este caso, los empresarios que decidan qué figura con sustrato pluripersonal se acomoda más a sus intereses empresariales.

4.9. NUESTRA PROPUESTA DE FLEXIBILIZACIÓN EMPRESARIAL :HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE SOCIEDAD

Habiendo llegado este punto, precisando los fundamentos dogmáticos y fácticos por el cual la figura de la Unipersonalidad Societaria o también llamada Sociedad Unipersonal pueda y deba ser reconocida a nivel doctrinario y legislativo, es menester para nosotros flexibilizar la concepción de Sociedad hacia su significación concreta, con ello no se pretende discutir ni mucho menos cuestionar a estas alturas la verdadera naturaleza jurídica de la Sociedad, sino lo que se pretende, es en buena cuenta, reformar el concepto de Sociedad llevándolo hacia un nivel más

técnico, es decir, desligar a la Sociedad de su concepción abstracta –que desde el punto de vista semántico importa la existencia de una asociación de miembros en su interior– para desmembrarla en un concepto concreto y especializado, es decir, tener una concepción no sólo general de la Sociedad, sino también una concepción desde el punto de vista jurídico-empresarial, la cual permita estructurar el concepto de Sociedad como una forma más de organización empresarial, dado que la empresa no sólo está relacionada únicamente con la pluralidad de sujetos, sino con toda aquella persona que tenga el *intuito pecuniae* con el cual pueda desarrollar una actividad comercial o empresarial bajo una estructura corporativa legal que le permita, en buena cuenta, competir en igualdad de condiciones con aquellos empresarios que actúan de forma asociada.

Es así que la admisión de la Sociedad Unipersonal no trae consigo la obligación de crear una nueva concepción de la Sociedad a partir de la revisión o reformulación de su naturaleza jurídica, creemos por tanto que la Sociedad nace de un contrato no sinalagmático, sino de un contrato con prestaciones autónomas dirigidas a la creación de una institución independiente de quienes la constituyen.

A este punto, el único fundamento que podemos apreciar con sustento en contra de la admisión de la Sociedad Unipersonal, es el referido al incorrecto uso o al error gramatical que ocasiona colegir el término de “Sociedad” con el de “Unipersonal”, sin embargo, a medida de que concibamos a la Sociedad “como una manifestación de la empresa”¹⁶⁶ podremos identificar dos concepciones distintas del término “sociedad”, por un lado la concepción amplia, abstracta o genérica de la misma, la cual evoca la existencia de una colectividad de personas, y por el otro la concepción concreta, la Sociedad como un concepto jurídico-empresarial, la cual ha de referirse a aquella organización o instrumento empresarial que puede ser constituido por una o más personas, dejando de esta forma atrás aquel argumento en contra de la Sociedad Unipersonal fundado en una incongruencia gramatical o semántica.

Por tanto, la nueva concepción de Sociedad, a partir de una posible admisión normativa de la Sociedad Unipersonal debe ser vista como un instrumento de organización jurídico-empresarial que puede ser constituido por una o más personas naturales o jurídicas para el desarrollo de un emprendimiento comercial, y es que optamos por el camino de flexibilizar el concepto de Sociedad –bajo fundamentos dogmáticos y

¹⁶⁶ BONILLA SANABRIA, Fabio. “Unipersonalidad societaria: a propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano” en: *Revista e – Mercatoria*, volumen 7, Numero 1, Bogotá, 2008, p. 12.

fácticos– para que la Sociedad Unipersonal no sea vista como una excepción que ha de ser admitida solamente por su necesidad mercantil contemporánea, y que la Sociedad Unipersonal como sociedad de capitales y persona jurídica, mantiene las mismas características funcionales que una sociedad con sustrato pluripersonal, por lo que consideramos, que al admitirse normativamente la Unipersonalidad Societaria, ésta deba regularse y denominarse como Sociedad Unipersonal y no como empresa unipersonal por el solo hecho de guardar relación con la conceptualización genérica de la sociedad, es así que en este punto discrepamos con el maestro *ECHAIZ* al señalar que: “Si esto es así, como firmemente lo creemos, es menester contar también con el modelo de la Sociedad Unipersonal, aunque preferiríamos utilizar la denominación de “empresa unipersonal” para ser más rigurosos en cuanto a su concepto”¹⁶⁷. Creemos entonces que la Sociedad Unipersonal como Sociedad de capitales, no tiene desde su concepción jurídica-empresarial una *contraditio in adjecto* como si existe bajo una concepción genérica y común de la Sociedad, por lo que es recomendable deslindar estas dos concepciones que se tiene de ella, para así flexibilizar esa concepción genérica y conseguir así un concepto legal-empresarial que defina a la sociedad ya no como una colectividad, o una asociación de personas

¹⁶⁷ *ECHAIZ MORENO, Daniel. Derecho Societario. Un nuevo enfoque de los temas societarios, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 37.*

reunidas que aportan capital para la realización de actividades empresariales con el propósito de obtener un beneficio económico en común, sino como una organización jurídica-empresarial que se constituye por una o más personas naturales o jurídicas con el propósito de desarrollar una actividad comercial en beneficio del accionista único o de aquellos que se encuentran asociados, por ello, percibir a la Sociedad como una forma más de emprendimiento mercantil o como un instrumento jurídico empresarial, restaría de todo fundamento a aquella posición bosquejada en contra de la admisión de la Unipersonalidad Societaria por su incongruencia gramatical, lográndose así un nuevo concepto de Sociedad para el Derecho Empresarial, que refleje la práctica y la necesidad mercantil que se genera actualmente en el mercado.

CAPÍTULO V:

CONTRASTACIÓN DE LAS HIPOTESIS DE INVESTIGACIÓN

De lo hasta aquí desarrollado, se pudo apreciar en los capítulos precedentes el estudio, análisis y críticas respecto al problema principal¹⁶⁸ y problemas secundarios¹⁶⁹ de la presente investigación, tomando como directivas, la doctrina nacional e internacional, legislación nacional y comparada, jurisprudencia nacional en sede administrativa, así como jurisprudencia en sede administrativa y judicial en el ámbito del Derecho Comparado, y también el referente empírico de sociedades constituidas en el Perú que representan un hecho material, no admitido formalmente por nuestra legislación, de la institución jurídica que se investiga en la presente.

¹⁶⁸ Aquella referida a la interrogante planteada de si se requería regularse normativamente la unipersonalidad societaria, señalando como hipótesis a que si procedía la misma, esto debido a la insuficiencia que presenta la regulación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL).

¹⁶⁹ Referidas, primero, a precisar cuál era el efecto que la Ley General de Sociedades le atribuía a la unipersonalidad societaria sobrevenida cuando su pluralidad no es recompuesta, analizando para ellos dos jurisprudencias registrales respecto al tema; y segundo, a analizar si la EIRL constituía un mecanismo que evite la constitucion de sociedades con socios de favor.

Por lo tanto, habiendo ya desarrollado los capítulos anteriores empleando el tipo de investigación jurídico-dogmático¹⁷⁰, toca ahora contrastar las hipótesis planteadas en el primer capítulo de la investigación, con el objeto de precisar al detalle los elementos que inciden en cada una de ellas, y que determinaran la corroboración de las mismas.

5.1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

En respuesta al problema principal planteado a modo de interrogante sobre si, *¿Se requiere la regulación normativa con carácter general de la unipersonalidad societaria?*, la hipótesis propuesta es la siguiente:

a) Hipótesis principal:

Sí se requiere la regulación normativa con carácter general de la unipersonalidad societaria porque no es suficiente el modelo de la E.I.R.L. (Empresa Individual de Responsabilidad Limitada).

¹⁷⁰ Se ha podido detallar en el capítulo primero los distintos tipos, métodos y niveles de una investigación jurídica, siendo el de la presente, una investigación de tipo Teórico-Dogmática, empleando para la indagación y la recopilación de información pertinente el método documental, todo esto bajo un nivel de investigación descriptivo – jurídico propositivo.

Para corroborar la presente hipótesis se recurrirá a un cuadro resumen de un análisis comparativo sobre las ventajas y desventajas que ofrece la sociedad unipersonal –sociedad de capital– y la EIRL para la satisfacción de las necesidades del empresario individual que se efectuó en el capítulo cuarto de la presente investigación, lo que en suma permitirá determinar la insuficiencia de una de las instituciones jurídicas empresariales en mención frente a las necesidades de aquel empresario individual.

CRITERIOS	Sociedad Unipersonal	EIRL (Empresa Individual de Responsabilidad Limitada)
Constitución	Personas Naturales y/o Jurídicas.	Solo naturales
Capital Social	Divisible en alícuotas	Patrimonio indivisible
Incorporación de terceros	Si lo permite	No lo permite
Estructura Corporativa	Gerencia y Directorio	Solo Gerencia
Dimensión de Actividades	Micro, pequeña, mediana y gran empresa.	Micro y pequeña empresa.
Fuentes de financiamiento	Con aportes propios, y préstamos directos	Aportes propios y préstamos directos de terceros.

	de terceros, y financiamiento por medio de emisión de obligaciones.	
Aumento de Capital	Por aportes propios del accionista único, capitalización de utilidades, de reserva legal y libre, de créditos u obligaciones, o por un tercero pueda efectuar como consecuencia de su incorporación a la sociedad.	Por aportes del propio titular, capitalización de beneficios, reservas, o revalorización del patrimonio.

() El presente análisis se efectuó en base a las características propias de cada institución jurídica detalladas en su regulación normativa pertinente.*

En suma, durante el desarrollo del capítulo cuarto de la investigación se pudo evidenciar entonces la insuficiencia de la EIRL como instrumento empresarial frente a la Sociedad Unipersonal en los planos de: constitución empresarial, estructura corporativa de gobierno, accesibilidad a diversas fuentes de financiamiento, dimensión de actividades mercantiles, estructuración de un grupo empresarial, así como la transmisión sucesoria empresarial.

Por lo tanto concluimos que si se requiere una regulación normativa con carácter general de la unipersonalidad societaria, por evidenciar que la EIRL resulta insuficiente para los requerimientos que presenta un empresario individual, y es que, ¿por qué tener diversas instituciones jurídicas para la satisfacción de distintos intereses?, si basta solamente con la regulación de una sola para satisfacerlos.

5.2. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS SECUNDARIAS

a) Hipótesis Secundaria “A”:

El efecto jurídico ante la unipersonalidad societaria sobrevinida en la que no se recompone la pluralidad de socios es la disolución de pleno derecho sin posibilidad de regularizarla.

Se ha demostrado, fundamentalmente en base al análisis de dos jurisprudencias registrales y a la interpretación sistemática de las causales de disolución contenidas en el artículo 407° de la Ley General de Sociedades, que la no recomposición de la pluralidad societaria durante el plazo establecido por la Ley General de Sociedades, acarrea la disolución de “Pleno Derecho”, sin posibilidad a regularizarla; no obstante, lejos de

esta fundamentación a nivel jurisprudencial, la validación objetiva de la presente hipótesis se manifiesta en el parafraseo normativo siguiente:

Se tiene que una sociedad que no recompone su pluralidad en el plazo de seis meses de haber perdido la misma se disuelve de pleno derecho:

Artículo 4.- Pluralidad de socios

*La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. **Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo.***

(...)

Por otro lado, se establece que una sociedad que pese a haber incurrido en causal de disolución sigue en funcionamiento, se convierte en una sociedad irregular, y por lo tanto tiene la opción de disolverse o regularizarse:

Artículo 423.- Causales de irregularidad

Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. En cualquier caso, una sociedad adquiere la condición de irregular:

(...)

Cuando continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto.

Artículo 426.- Regularización o disolución de la sociedad irregular

Los socios, los acreedores de éstos o de la sociedad o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución de la sociedad, conforme al procedimiento establecido en el artículo 119 o en el artículo 409, según el caso.

Teniendo como causales de disolución:

Artículo 407.- Causas de disolución

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

1. Vencimiento del plazo de duración, que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe

(...)

6. Falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida;

(...)

La aparente dicotomía existente entre el efecto jurídico que le otorga el Art. 4° a la disolución por pérdida de pluralidad de socios y lo establecido por el Art. 426° en concordancia con los Arts. 407° y 423°, no es más que una falta de precisión normativa sobre el procedimiento que se debe efectuar cuando una sociedad se disuelve de pleno derecho por pérdida de la pluralidad de socios y su no recomposición en el plazo establecido, porque nótese que dentro de esas causales se encuentra el de “vencimiento del plazo” en donde claramente se establece su efecto

disolutorio de “opera de pleno derecho”, más aún que dentro del Art. 436° establece su escueto procedimiento a seguir¹⁷¹.

Por tanto la falta de precisión en el numeral sexto del Art. 407° sobre el efecto jurídico disolutorio en el caso de pérdida de pluralidad de socios y su no recomposición en el plazo de seis meses así como la falta de procedimiento a seguir en caso de que una sociedad se disuelva de pleno derecho por la causal anteriormente mencionada, ocasiona la aparente dicotomía entre lo que establece en el Art. 4° y lo que propugna el Art. 426°, siendo que la inclusión de la causal de disolución por pérdida de pluralidad de socios y su no recomposición en el plazo de seis meses contenida en el numeral sexto del Art. 407°, no es más que una confirmación de lo que se establece en inicio por el Art. 4°; y por otro lado la falta de precisión sobre el procedimiento a seguir en una disolución de pleno derecho por no recomposición de la pluralidad, se puede suplir aplicando supletoriamente el procedimiento establecido en el Art. 436°.

¹⁷¹ **Artículo 436.- Disolución por vencimiento del plazo.-**

Vencido el plazo determinado de duración de la sociedad, la disolución opera de pleno derecho y se inscribe a solicitud de cualquier interesado.

Precisión sobre una sociedad irregular.-

Dado que una sociedad que se encuentra disuelta, no es considerada una sociedad irregular, por cuanto esta última calificación se otorga únicamente a las sociedades que se encuentren en “Causal de Disolución” las cuales pueden optar entre disolverse o regularizarse; es decir se encuentran en una etapa antes de la disolución o la regularización, en cambio una sociedad que se encuentra disuelta de “Pleno Derecho” no se encuentra en una etapa antes de la disolución o la regularización, dado que precisamente se encuentra ya disuelta, por lo que no es considerada una sociedad irregular pese a su posterior funcionamiento por haber incurrido en tal supuesto, ni tampoco puede optar por la regularización, porque en sí esta sociedad denota su inexistencia por mandato imperativo de la Ley.

b) Hipótesis Secundaria “B”:

La EIRL no constituye un mecanismo que evite la constitución de Sociedades con socios de favor; al contrario las facilita.

En efecto, la EIRL no representa un mecanismo que evite la constitución de sociedades de favor, dejando la salvedad que en un

momento si representó una alternativa para el empresario individual de poder contar con la responsabilidad limitada en el ejercicio de una actividad empresarial, en la actualidad no es más que un mecanismo, que al contrario del objetivo inicial bajo los fundamentos que esgrimió el Jurista Pisko en la elaboración de dicho proyecto empresarial, que facilita ampliamente la constitución de sociedades con socios de favor; así, la presente hipótesis se comprueba con el siguiente silogismo normativo que señala lo siguiente:

La Ley N° 26887, Ley General de Sociedades señala por un lado que:

Artículo 4°.- Pluralidad de socios

La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. (...)

Por otro lado, el Decreto Ley N° 21621, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada señala que:

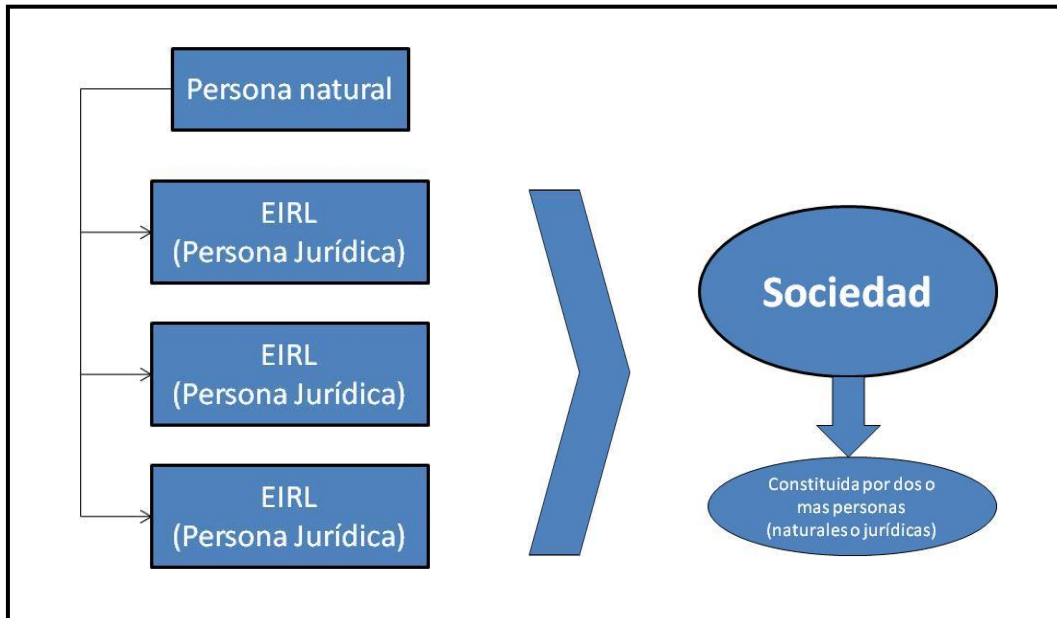
Artículo 1°.- La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio

distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley N° 21435.

Así mismo, la Ley de la EIRL señala por otro lado:

Artículo 5º.- Cada persona natural podrá ser titular de una o más Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.

Entonces, al ver que una persona natural puede ser titular de varias EIRL, que en si son personas jurídicas, puede, con total placidez, constituir una sociedad sin necesidad de la intervención física o real de otra persona capaz de aportar parte de su patrimonio para el desarrollo de una actividad empresarial. El gráfico siguiente explica de manera más precisa esta situación de unipersonalidad societaria en su máxima expresión:



Por lo tanto, concluimos que la EIRL, no representa un mecanismo que evite la constitución de sociedades con socios de favor, ya que al contrario facilita la creación de sociedades materialmente unipersonales.

CAPÍTULO VI:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

- La existencia de *Imaginaria Societas* o sociedades con Socios de favor como sociedades “materialmente” unipersonales en la realidad empresarial peruana, demuestran empíricamente la necesidad de contar con una regulación normativa de las sociedades unipersonales; y es que esta admisión normativa no solo establecerá un sinceramiento de la realidad económica con el derecho regulado, sino que permitirá a los empresarios individuales contar con una estructura corporativa de organización que brinda una institución como la Sociedad, características de la cual carece actualmente la EIRL.

- Sin ánimos de relegar la función empresarial que cumple la EIRL en el ámbito de las MYPES, se ha demostrado que esta institución jurídica no representa un mecanismo por el cual se evite la constitución de Sociedades con socios de favor, sino que por el

contrario facilita la constitución de éstas sirviendo como estructura de articulación por el cual una persona natural pueda constituir individual y materialmente una sociedad bajo los parámetros y requisitos exigidos por la LGS.

- La Sociedad que pierde su pluralidad de miembros y que no la recompone después de culminado el periodo de seis meses de acontecido tal hecho, no tiene otro camino que la disolución de pleno derecho sin posibilidad a regularla, dado que las causales de disolución previstas en el Art. 407° de la LGS, no sólo son aquellas que propugnan la disolución simple, sino también la disolución de pleno derecho, sin embargo no compartimos la consecuencia otorgada por la norma societaria, esto a razón de que el derecho societario como sub especialidad del Derecho Comercial o Mercantil no es un derecho de sanciones, sino un derecho de consecuencias.

6.2. RECOMENDACIONES

- Para la regulación normativa de la Sociedad Unipersonal se debe merituar tanto los fundamentos dogmaticos como los fundamentos empíricos que propugnan los elementos de admisibilidad de dicha institución , utilizando para ello la vía de la modificación e inclusión normativa a la actual Ley General de Sociedades respecto a las aristas que traería consigo la existencia de una Sociedad con sustrato Unipersonal, dado que la Sociedad Unipersonal no representa una figura novísima y distinta la Sociedad que propugna nuestra actual legislación, sino que simplemente importa su flexibilización constitutiva y funcional.
- Tanto a nivel doctrinario, legal y empírico se debe entender que la calificación de “empresario individual” no solo engloba a la persona natural en solitario, sino también a la persona jurídica como ente individual de quien o quienes la conformen, así mismo se debe reconocer también que la EIRL no es un remedio para evitar la constitución de sociedades con socios de favor con lo cual se debe desechar esa pseudo funcionalidad que algunos juristas le otorgan a dicha institución.

- Si bien es cierto que la pérdida de la pluralidad en una sociedad y la recomposición de aquella al término de seis meses trae como consecuencia la disolución de pleno derecho, y habida cuenta de lo desarrollado en la presente investigación se torna necesario que, para la admisión integral de la sociedad unipersonal, se derogue de la normativa societaria dicha sanción disolutoria para que aquella sociedad que pierda su pluralidad de socios no se castigue ya con la disolución de pleno derecho sino que se le califique como una sociedad unipersonal sobrevenida.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Textos:

1. BARRERA GRAF, Jorge, (1983). *Las Sociedades en el Derecho Mexicano (Generalidades, Irregularidades, Instituciones afines)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
2. BOLDÓ RODA, Carmen, (2006). *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Editorial Thomson / Aranzadi, Navarra.
3. BOQUERA MATARREDONA, Josefina, (2005). *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, Editorial Civitas, Madrid.
4. BRUNETTI, Antonio, (1960). *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Uteha, Buenos Aires.
5. CABANELLAS, Guillermo (1994). *Derecho Societario (parte general)*, 2do tomo, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
6. CABANELLAS, Guillermo, (1994). *Derecho Societario (parte general)*, 3er tomo, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
7. CARBAJO CASCÓN, Fernando, (2002). *La Sociedad de Capital Unipersonal*, Aranzadi, Navarra.
8. CATHEDRA LEX, (2010). *A los 12 años de la Ley General de Sociedades*, Grijley, Lima.

9. CHARRASQUER CLARI, María Luisa, (2002). *El problema del fraude a la ley en el derecho tributario*, Editora Tirant lo Blanch, Valencia.
10. ECHAIZ MORENO, Daniel, (2009). *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima.
11. ECHAIZ MORENO, Daniel, (2009). *Derecho Societario. Un nuevo enfoque de los temas societarios*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
12. ECHAIZ MORENO, Daniel, (2009). *La Empresa en el Derecho Moderno*, Editorial Grafica Horizonte, Lima.
13. ECHAIZ MORENO, Daniel y Otros, (2010). *Instituciones de Derecho Empresarial*, Editorial APECC, Lima.
14. ELIAS LAROZA, Enrique, (2001). *Derecho societario peruano*, Editorial Normas Legales, Trujillo.
15. GARRIGUES, Joaquín, (1979). *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Porrúa, México.
16. GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario, (2002). *Manual de derecho comercial*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
17. GONZALES FERNANDEZ, María, (2004). *La sociedad Unipersonal en el Derecho Español (Sociedad Anónima, Sociedad de*

Responsabilidad Limitada, y Sociedad Limitada Nueva Empresa), Editorial La Ley, Madrid.

18. GRISOLI, Angelo (1976). *Las sociedades de un solo socio*, Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid. Traducido del Italiano al Español por GONZALES IBORRA, Antonio.
19. GUTIERREZ CAMACHO, Walter, (2003). “El Contrato de Sociedad” en: *Tratado de Derecho Mercantil*, 1er Tomo, Instituto Peruano de Derecho Mercantil, Editorial gaceta Jurídica, Lima.
20. HUGO RICHARD, Efraín y otros, (2000). *Derecho Societario (Sociedades comerciales, civil y cooperativas)*, 3ra edición, Astrea, Buenos Aires.
21. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, (2007). *Derecho comercial – Temas Societarios*, Volumen IV, Fondo editorial de la Universidad de Lima, Edición 2003, Segunda reimpresión 2007, Lima.
22. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, (2004). *Derecho comercial – Temas Societarios*, Volumen V, Fondo editorial de la Universidad de Lima, Lima.
23. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, (2006). *Derecho comercial – Temas Societarios*, Volumen VII, Fondo editorial de la Universidad de Lima, Lima.

24. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, (2009). *Derecho comercial – Temas Societarios*, Volumen IX, Fondo editorial de la Universidad de Lima, Lima.
25. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, (2009). *Manual de Derecho Societario*, Editorial Grijley, Lima.
26. HUNSKOPF WENDT, Javier, (2003). “el contrato de agencia mercantil: apuntes sobre su naturaleza, funcionalidad y aplicación” en: *Tratado de Derecho Mercantil*, 3er Tomo, Instituto Peruano de Derecho Mercantil, Editorial gaceta Jurídica, Lima.
27. LUIS LORENZETTI, Ricardo, (2001). *Tratado de los contratos*, Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.
28. MARÍN HITTA, Luis, (2001). *La limitación de la responsabilidad del empresario individual. La sociedad unipersonal*, Editorial Laborum, Murcia.
29. PEÑA NOSSA, Lisandro, (2010). *Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*, 3ra edición, Editorial Themis, Bogotá.
30. PIAGGI DE VANOSSI, Ana, (1997). *Estudios sobre la sociedad unipersonal*, Editorial Depalma, Buenos Aires.
31. PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, (2001). *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primaria del Libro VII del Código Civil*, Tomo I, Palestra, Lima.

32. REYES VILLAMIZAR, Francisco, (2006). *Derecho societario en Estados Unidos: introducción comparada*, Editorial Legis, Bogotá.
33. RIVERO ORTEGA, Ricardo, (1998). *Administraciones públicas y derecho privado*, Editorial Pons, Barcelona.
34. SERRA MALLOL, Jorge, (2003). *Las sociedades unipersonales en el Derecho Español*, Editorial práctica de derecho, Valencia.
35. URÍA, Rodrigo, (1994). *Derecho Mercantil*, Vigésimo Primera Edición, Marcial Pons, Madrid.
36. VICENT CHULIÁ, Francisco, (1978). “La sociedad en constitución”, en: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria*, Civitas, Madrid.
37. ZALDIVAR Enrique y otros, (1973). *Cuadernos de Derecho Societario*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
38. ZANELLI, Pietro, (2002). *Stipulazione e vicende del contratto di società*. I Grandi Temi. Le Società. Francesco Galgano (Director). UTET, Torino.

Revistas:

1. AHETS ETECHEVERRY, Ivan, (2005). "*Sociedades Unipersonales*" en: Cartapacio de Derecho (Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro) Volumen 8, Buenos Aires.
2. ALEGRIA, Héctor, (1994). "*La Sociedad Unipersonal*", en: Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 27. Nos. 157 a 162, Ediciones De palma, pp. 1-12, Buenos Aires.
3. ECHAIZ MORENO, Daniel, (2004). "*La Sociedad de un Solo Socio*", en: Revista Legal Express, N° 43, Editorial Gaceta Jurídica, p. 19, Lima.
4. ECHAIZ MORENO, Daniel, (2009). "*La Unipersonalidad Societaria Sobreviniente*". En Revista Actualidad Jurídica – Actualidad Mercantil, Tomo 193, Editorial Gaceta Jurídica, pp. 287-291, Lima.
5. LE PERA, Sergio, (1972). "*Sociedades unipersonales y subsidiarias totalmente controladas*", en: Revista de Derecho comercial y la Obligaciones, ediciones De palma, N° 25, pp. 1-13, Buenos Aires.
6. LOPEZ DEL REY, Francisco, (2008). "*Algunas reflexiones sobre el Régimen Jurídico de la Sociedad Unipersonal*" en: Anales de Derecho N° 26, Universidad de Murcia, pp. 601-620, Murcia.

7. MARTIN REYES, María de los Ángeles, (2002). *“La Irregularidad de la Sociedad Unipersonal: Una Propuesta de Interpretación”*, en: Revista de Derecho de Sociedades, N° 15, Editorial Aranzadi, pp.103-118, Malaga.
8. MOEREMANS, Daniel, (1990). *“Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el proyecto de unificación civil y comercial en la Argentina. Protección a los acreedores”* en: Revista del derecho comercial y de las obligaciones, volumen 1990-A, Ediciones de palma, pp. 169-198, Buenos Aires.
9. MONTOYA STAHL, Alfonso, (2010). *“Uno es compañía....”*. La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú. En: Revista de Derecho Ius et Veritas, N° 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 172-195, Lima.
10. MORALES HERNANDEZ, Alfredo, (2007). *“El régimen venezolano de las sociedades comerciales”*. En: Revista de Derecho Comparado, N° 13, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 81-98, Santa Fe.
11. MOSSET ITURRASPE, Jorge, (1995). *“La Persona Jurídica. Sus límites. Inoponibilidad. Penetración. Grupos económicos”* en: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal – Culzoni Editores, N° 8, pp. 121-137, Buenos Aires.

12. MUCI BORJAS, José Antonio, (2007). “La sociedad como sujeto de derecho distinto a sus socios”, en: Revista de Derecho Comparado – Sociedades N° 13, Editorial Rubinzal – Culzoni, pp. 22-43, Buenos Aires.
13. PIAGGI DE VANOSI, Ana, (1992). *Apuntes sobre la sociedad unipersonal* (En tanto técnica de organización empresarial incorporada al Proyecto de Código Civil Unificado), Revista Electrónica LA LEY1989-E, Buenos Aires.
14. RANDLE, Ignacio J, (1989). “*La sociedad unipersonal*” en: Revista jurídica online Thomson - la Ley, 1989, Buenos Aires.
15. ROBILLIARD D’ONOFRIO, Paolo, (2009). “*Finalmente, ¿Qué son las persona jurídicas?*”, en: Revista jurídica JUS Doctrina & Practica, Editorial Grijley, pp.489-510, Lima.
16. VAN THIENEN, Pablo Augusto, (2005). *El empresario individual y la estructura jurídica societaria: Análisis crítico al fallo “Fracchia”: ¿sociedad de cómodo?*, Revista CEDEF Law & Finance, N° 1c, Buenos Aires.

Páginas Web:

1. ALBUJAR VELASQUEZ, Luis. *La Sociedad Unipersonal en el Derecho Societario Peruano*, Portal web de la Universidad San Martín de Porres, disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedec/alumnos_investigacion/sociedad_unipersonal.doc Acceso en fecha 27/11/11.
2. ARAMOUNI, Alberto. *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, Biblioteca virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/8/dtr/dtr2.pdf> Acceso en fecha 09/11/2011.
3. BARRERA GRAF, Jorge. *La sociedad unimembre en el Derecho Mexicano*, Biblioteca virtual de la Universidad Autónoma de México, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/35/art/art1.pdf> Acceso en fecha 28/11/11.
4. CASTILLO FREYRE, Mario. *La reforma del Código Civil: Persistir en el error (o el regreso a la "Isla de la Fantasía")*, en: Diké (Portal de información y opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú) disponible en:

http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art59.PDF Acceso en fecha 12/10/2011.

5. ECHAIZ MORENO, Daniel. *La doctrina del allanamiento y la crisis de la personalidad jurídica: apropósito de una reciente jurisprudencia argentina*, disponible en: <http://derechoempresarial.deamerica.net> Acceso en fecha 04/10/2011.
6. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Naturaleza tridimensional de la Persona Jurídica*, en: Diké (portal de información y opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú), disponible en: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF Acceso en fecha 23/11/11.
7. MOGLIA CLAPS, Guillermo. *El caso salomón en el derecho societario ingles*. En: Revista jurídica virtual AEQUITAS, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrotres/EL%20CASO%20SALOMON%20EN%20EL%20DERECHO%20SOCIETARIO%20INGLES.pdf> Acceso en fecha 12/12/2011.
8. Pagina Institucional de la Superintendencia de Mercado de Valores, disponible en: <http://www.smv.gob.pe/> Acceso en fecha 28/11/11.

9. SANTOS STACCO, Jorge y Otros. *Contrato de Constitución Societaria y Clasificación de los Contratos*, Patagonia, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco", 2007, disponible en <http://www.economicasunp.edu.ar/02-EGrado/materias/ushuaia/practica%20prof/info/Naturaleza%20jur%20dica%20societaria%20y%20contratos%20de%20organizacion%20julio%202007.pdf> Acceso en fecha 12/10/11.

Trabajos de Investigación:

1. ALVAREZ RESTREPO, Katherine y SIEGERT OSPINA , Katherine, (2010). *La Ley 1258 de 2008, una mirada crítica*, Trabajo de investigación para optar el título de Abogado, Universidad de EAFIT, Medellín.
2. BADILLA LIZANO, Carolina, (2009). *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y su Reforma en el Código de Comercio de Costa Rica*, Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
3. GUERRA CERRÓN, Jesús María Elena, (2008). *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima*. Tesis para optar el grado de doctor en derecho y ciencia política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
4. ROBILLIARD D'ONOFRIO, Paolo, (2009). *Sociedades de favor: La personalidad jurídica en el desarrollo de la actividad empresarial individual en el Perú*, Tesis para optar el título de abogado, Universidad de Lima, Lima.

5. ROZANSKI, Andrés, (2002). *La sociedad unipersonal y la necesidad de su incorporación a la Legislación Argentina*. En: *Las Tesinas de Belgrano N° 70*, Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires.

Jurisprudencia:

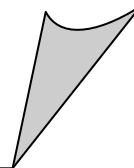
1. Resolución N° 597-2006-SUNARP-TR-L.
2. Resolución N° 1295-2008-SUNARP-TR-L.
3. Dictamen del Fiscal de la Cámara de Comercio de Argentina de fecha 3 de mayo de 2005 (caso Fracchia).
4. Leading Case de la Corte de New York “JOHN WALKOVSKY, Respondent, V. WILLIAM CARLTON, Appellant, et al., Defendants”, disponible en:
http://www.courts.state.ny.us/history/cases/walkovszky_carlton.htm
5. Leading Case de la Corte de Lores “SALOMON V. SALOMON CO. LTDA.

Legislación:

1. Argentina, Código de Comercio. Aprobado mediante Ley N° 15 promulgado el 12/09/1862.
2. Argentina, Ley de Sociedades Comerciales. Aprobada mediante Ley N° 19.550 promulgado el 25/04/1972.
3. Colombia, Ley sobre sociedad por acciones simplificada. Aprobada mediante Ley N° 1258 de fecha
4. Colombia, Código de Comercio. Aprobado mediante Decreto N° 410 promulgado el 27/03/1971.
5. Delaware, Constitución del Estado de 1897.
6. Francia, Código de Comercio de 1807.
7. Perú. Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores. Aprobada mediante Decreto Supremo N° 093-2002-EF de fecha 15/06/2002
8. Perú, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, aprobada mediante Ley N° 27170 de fecha 08/07/1999
9. Perú, Ley General de Sociedades. Aprobada mediante Ley N° 26887 de fecha 09/12/1997

- 10.**Perú, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
Aprobada mediante Ley N° 26702 de fecha 09/12/1996
- 11.**Perú, Código Civil. Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295 de fecha 25/07/1984.
- 12.**Perú, Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada.
Aprobada mediante Decreto Ley N° 21621 de fecha 15/09/1976.
- 13.**Venezuela. Código de Comercio. Publicado en la Gaceta Oficial N° 475 de fecha 21/12/1955

ANEXOS



**ANTEPROYECTO DE LEY QUE MODIFICA E INCORPORA LA
SOCIEDAD UNIPERSONAL EN LA LEY N° 26887 LEY GENERAL DE
SOCIEDADES¹⁷²**

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En los últimos años el crecimiento económico del país a causa de actividades empresariales de menor y gran escala, ha permitido que el Perú sea por un lado, un país en donde ejercer la actividad comercial dentro del territorio obligue muchas veces a contar con una herramienta de organización empresarial que permita al empresario contar no sólo con la tantas veces comentada Responsabilidad Limitada en el desarrollo de de actividades empresariales, sino que también, contar con una estructura corporativa de gestión empresarial que les permitirá ser competitivas frente a otras empresas y así poder alcanzar una posición destacada dentro del mercado nacional.

Así mismo, se ha visto también en los últimos años un significativo aumento de inversiones extranjeras, constituyéndose para ello diversas subsidiarias con el propósito de operar comercialmente dentro del territorio peruano, esto último a causa de un fenómeno de

¹⁷² Anteproyecto elaborado de acuerdo a las pautas establecidas en la Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa y su respectivo reglamento.

expansión empresarial que motiva a empresas multinacionales a invertir en territorios distintos al de su plaza.

Por ello, el país debe contar con herramientas de emprendimiento comercial que sean una respuesta a las necesidades actuales que el empresario requiere, de ahí que nuestra legislación societaria cuente con diversos instrumentos de desarrollo empresarial entre los cuales la más representativa y la que cumple con todas las expectativas que un empresario requiere resulta siendo la Sociedad, sin embargo, ésta figura de mucha demanda empresarial, requiere para su constitución necesariamente la confluencia de una pluralidad de sujetos, situación que se torna en un obstáculo para aquel empresario individual que desee desarrollar una actividad comercial bajo la estructura orgánica de la Sociedad.

Y es que en efecto, para constituir actualmente una Sociedad se requiere la confluencia de una pluralidad de sujetos, requisito que a nuestra consideración no cumple con una funcionalidad práctica dentro de la Sociedad a lo largo de su desarrollo como persona jurídica en el ámbito empresarial, a ello, si se tiene en cuenta, que la junta general como órgano máximo de la Sociedad se gobierna por la pluralidad de

capitales, no siendo la pluralidad de miembros un factor que incida vitalmente en la funcionalidad de este órgano, tal como se puede apreciar en los artículos 125°, 126° y 127° de la Ley General de Sociedades referidas al quórum para convocatoria así como para las decisiones que se adopten en junta general, situación que se verifica con la concurrencia de determinado porcentaje de participaciones en el capital de la Sociedad.

No obstante, si bien existe en nuestra normativa empresarial la figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, como un mecanismo de acceso a la actividad empresarial formal de manera individual, consideramos que ésta no cumple con las expectativas que el empresario individual requiere, esto debido a que existen claras ventajas de la Sociedad frente a la Empresa individual de Responsabilidad Limitada, tales como: la división en alícuotas del patrimonio de la empresa, la constitución por personas naturales o jurídicas, la posibilidad de capitalizar deudas convirtiendo al acreedor en socio, la estructura corporativa de gestión empresarial en manos de un directorio, la posibilidad de introducir las alícuotas en títulos valores facilitando su transmisibilidad entre otras.

Precisamente, debido a estas desventajas que presenta la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada frente a la Sociedad, es que el empresario se ve obligado a constituir sociedades con prestanombres o los denominados testaferros, en donde la participación de este testaferro representa un porcentaje ínfimo del capital social de la empresa, pudiéndose observar que pese a existir una pluralidad de socios dentro de una Sociedad, materialmente dicha organización es gobernada únicamente por una sola persona, esto sobre todo se presenta cuando empresas multinacionales que desean invertir en el país se encuentran con el requisito de pluralidad de miembros exigido por nuestra legislación para la constitución de una Sociedad, pluralidad que tiene como único fin el de agrupar capitales para materializar el desarrollo de una actividad económica, situación que indudablemente no se presenta en el supuesto de empresas multinacionales, dada la gran capacidad de recursos económicos así como el *know how* que éstas presentan, hacen prescindible e innecesario agruparse con otras miembros para hacer frente a la inversión que se requiera, y ello hace que la exigibilidad del sustrato pluripersonal se convierta en un obstáculo para las inversiones

obligando a estas empresas a constituir sociedades con socios de favor.

Por lo tanto, contar con un mecanismo de acceso a la constitución de sociedades mediante la unipersonalidad, genera no sólo un sinceramiento de nuestra legislación con la realidad empresarial, sino que ofrece a los empresarios una alternativa más de desarrollo empresarial, en el cual puedan ver reflejados sus requerimientos empresariales en base a instrumentos jurídicos que tengan como cimiento de creación la actualidad mercantil.

II. FÓRMULA LEGAL

LEY DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Art. 1°.- Sociedad Unipersonal

Es Sociedad Unipersonal aquella Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada que tiene como único accionista o socio a una persona natural o jurídica.

Art. 2°.- Sociedad Unipersonal originaria

Aquella Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada constituida por una persona natural o jurídica.

Art. 3°.- Sociedad Unipersonal sobrevenida

Aquella Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada constituida, cuando todas las participaciones o acciones pasan a ser de propiedad de una sola persona sea natural o jurídica.

Art. 4°.- Régimen jurídico de la Sociedad Unipersonal.-

En una Sociedad Unipersonal, el socio o accionista único ejercerá todas las competencias de la junta general. Así mismo, las decisiones que adopte el socio único serán consignadas en acta bajo su propia firma o la de su representante.

Art. 5°.- Quórum para convocatoria de junta y adopción de acuerdos.-

En una Sociedad Unipersonal la verificación de quórum para la convocatoria a junta general, y la adopción de acuerdos no será necesaria, dado que las funciones y competencia de la junta general como órgano principal de la Sociedad las ejerce una sola persona.

Disposiciones modificatorias

Modifican la Ley General de Sociedades:

Modifíquese el artículo 1° de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887), cuyo texto será el siguiente:

“Artículo 1°.- La Sociedad

Se entiende por Sociedad a aquella organización empresarial constituida por una o más personas naturales o jurídicas, que deciden aportar bienes o servicios para el ejercicio individual o en común de actividades económicas.”

El propósito de esta modificatoria es percibir a la Sociedad como un instrumento jurídico de desarrollo empresarial que pueda ser constituido bajo un sustrato Unipersonal o Pluripersonal.

Modifíquese el artículo 4° de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) cuyo texto será el siguiente:

“Artículo 4°.- Sustrato Unipersonal y Pluripersonal de la Sociedad

La Sociedad se constituye por una o más personas, las cuales podrán ser personas naturales o jurídicas.

Cuando la Sociedad tenga un solo accionista o socio asumirá la forma de Sociedad Unipersonal, recayendo en él las funciones de la Junta General de Accionistas.

Cuando la Sociedad tenga dos o más socios o accionistas aquella adoptará alguna de las otras formas societarias previstas en la Ley General de Sociedades.”

El propósito de esta modificatoria es precisar fundamentalmente las funciones del único socio en una Sociedad Unipersonal, precisando

que en este caso el accionista único ejercerá individualmente todas las atribuciones como Junta General de Accionistas.

Así mismo, la modificatoria obedece fundamentalmente a no contemplar dentro de la misma la causal de disolución de pleno derecho como consecuencia de la pérdida de pluralidad de miembros.

Disposiciones derogatorias

Deróguese el numeral 6 del artículo 407° de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887)

El artículo 407° de la Ley General de Sociedades tiene por sumilla “Causales de disolución” y que en su numeral 6 sanciona como tal a la “falta de pluralidad de miembros, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida”, la derogatoria obliga a la contradicción normativa que ha de existir entre dicho dispositivo y la admisión de la Sociedad Unipersonal en su vertiente Sobrevenida.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.-

Introducir la Sociedad Unipersonal como mecanismo para que el empresario individual (persona física y persona jurídica), constituya una Sociedad, proporcionará múltiples beneficios frente al único costo de implementación normativa que se requiera, esto solamente a nivel de modificación legislativa, dado que la Sociedad Unipersonal no se

considera una nueva institución, sino que representa la flexibilización de la institución jurídica de la Sociedad, para ellos los beneficios que representa la implementación de este mecanismo son los siguientes:

Costos	Beneficios
<p>Costo de implementación normativa vía modificación de la Ley General de Sociedades.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Sinceramiento de la legislación con la actualidad mercantil al suprimir la constitución de sociedades con socios de favor. -Al no exigirse pluralidad de miembros la constitución de sociedades se produciría de manera ágil y eficiente. -La constitución Unipersonal podrá ser efectuada por persona natural o jurídica. -La pérdida de pluralidad de miembros no acarreará consecuencias disolutorias hacia la Sociedad, lo que permite la continua actividad empresarial bajo un esquema formal. -Facilitará la trasmisión de la titularidad de la empresa de un testador a varios de sus herederos sin necesidad de variar la forma empresarial dentro de un proceso sucesorio.

	-Propiciará la constitución de grupos de empresas bajo un esquema de matriz y subsidiarias.
--	---

IV. IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta exhorta a que se deba modificar; en primer lugar, el concepto legal de sociedad, percibiendo a ésta como una institución jurídica de desarrollo empresarial que puede ser constituido por una o más personas sean naturales o jurídicas, para ello el dispositivo legal a modificarse será el artículo 1° y el artículo 4° de la Ley N° 26887 Ley General de Sociedades; Así mismo, la propuesta precisa derogar el numeral 6 del artículo 407° de la también Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, ello con el propósito de introducir la sociedad unipersonal en su vertiente Sobrevenida.

SUNARP

TRIBUNAL REGISTRAL

RESOLUCION N° 597 – 2006 – SUNARP- TR – L

Lima, 05 de Octubre de 2006

APELANTE : Rosario Patricia Trinidad Melgar
TÍTULO : 5686 del 15 de Agosto del 2006
RECURSO : H.T.D. N° 271 del 14 de setiembre del
2006
ACTO(s) : Transferencia de Participaciones, entre
otros actos.

SUMILLA :

PLURALIDAD DE SOCIOS

“La pérdida de la pluralidad de socios de una sociedad por más de seis meses constituye causal de disolución de pleno derecho, por lo tanto, no puede optar por regularizarse.”

I. ACTO CUYA INSCRIPCION SE SOLICITA Y DOCUMENTACION PRESENTADA.-

Con el presente título se solicita la inscripción de la transferencia de participaciones sociales, modificación de objeto, cambio de domicilio, aumento de capital y adecuación a la nueva Ley General de Sociedades, adjuntando para tal efecto la siguiente documentación:

-Parte notarial de la escritura pública de transferencia de participaciones sociales del 10.08.2006, otorgada por Julio Alberto Rojas Samanamud y María Magdalena Quia Castro a favor de Cynthia Ines Aramburu Alvarado y Silvia Marchan Saavedra, extendida ante el notario de Huacho Alberto Cabrera Herrera en la que corre inserta el acta de junta general del 24.07.2006.

II. DECISION IMPUGNADA.-

La Registradora Pública del Registro de Sociedades de la Zona Registral N° IX, sede Lima Lada Norka Pozo Ponce, formuló tacha sustantiva por los siguientes fundamentos:

Se tacha el presente título por cuanto en la partida existe obstáculo insalvable:

“Revisado los antecedentes registrales (asto B0001de la partida 40000030) se puede constatar que a la fecha la sociedad Empresa de Servicios Generales SRL se encuentra disuelta de pleno derecho al no haber restablecido la pluralidad de socios en el plazo de (06 meses) que establece el art. 4 de la LGS; debiendo iniciarse el proceso de liquidación conforme al Art. 413 de la LGS; no procediendo la reconstrucción de la pluralidad de socios, tal como se realiza, fuera del referido plazo legal.”

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACION.-

El apelante señala lo siguiente:

1. El Art. 312° inciso 7 de la Ley N° 16123, estableció como causal de disolución la falta de pluralidad de socios si en el término de seis meses dicha pluralidad no ha sido reconstituida en tal plazo, pero esto no significa que se ha extinguido, pues sencillamente está en la situación de sociedad irregular, así se ha convertido conforme lo estipulaba el art. 338.
2. Esta misma Ley estableció que en estos casos es decir, de las sociedades irregulares los socios o accionistas entre otros, podían solicitar alternativamente la regularización o la disolución.

3. La nueva Ley General de Sociedades – Ley N° 26887 - , igual que la anterior, establece en el artículo 423 inciso 6 de la LGS que cuando una empresa incurre en causal de disolución pasa a la situación de irregular, por lo que la empresa SERVIGEN S.R.L., tanto en la ley anterior la cual rigió su constitución y estatuto social y en la actual, tiene dicha calidad de irregular.

4. Asimismo, es de aplicación el artículo 426 el que establece que en una sociedad irregular – como es el caso en el que se encuentra SERVIGEN S.R.L., los socios, entre otros pueden solicitar “Alternativamente de la Regularización o Disolución de la sociedad”, es, pues, la voluntad de los socios la que debe resolver la situación de la Empresa.

5. En el presente caso la empresa SERVIGEN S.R.L. tiene la calidad de sociedad irregular y habiéndose acordado continuar con la sociedad y adecuarse a la Ley General de Sociedades – Ley N° 16887 -, se entiende que la alternativa escogida es la de optar por su regularización.

6. Incluso debe tomarse en cuenta que aún en proceso de liquidación una sociedad puede acordar fusionarse, transformarse y seguir con su actividad empresarial, con mayor razón si en acuerdo

societario de junta universal acuerdan continuar con su actividad vía adecuación del pacto social y estatuto a la Ley General de Sociedades N° 26887.

7. La tacha refiere que se debe iniciar el proceso de liquidación, lo cual es solo una de las opciones no elegida por la sociedad para este caso.

Si bien es cierto que el artículo 4° establece la disolución de pleno derecho no precisa quien ni como se pide la formalización de tal disolución o quien nombre los liquidadores faltando reglamentarse.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL

EMPRESA DE SERVICIOS GENERALES (SERVIGEN) S.R.L., se encuentra inscrita en el asiento 1, foja 67 del tomo 16 que continua en la partida electrónica N° 40000030 del Registro de Sociedades de Huacho.

En el asiento 1 que diera mérito a la constitución de la sociedad el cuadro de participaciones es el siguiente: Julio David Rojas Samanamud con 500 participantes, Julio Alberto Rojas Samanamud con 500 participantes.

En el asiento 2 está registrada la transferencia de las 500 participaciones de Julio David Rojas Samanamud a favor de Zoila María Eugenia Rojas de Pimentel efectuada en virtud de la escritura pública del 26.01.1983 extendida por el notario Ángel R. Flores.

En el asiento B 0001, está inscrita la escritura pública del 13.11.1997 extendida ante el Notario Alberto Cabrera Herrera, que contiene la transferencia de la totalidad de las participaciones de Zoila María Eugenia Rojas de Pimentel a favor de Julio Alberto Rojas Samanamud, quien pasa a ser el propietario exclusivo del capital.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES.-

Interviene como ponente la Vocal Mirtha Rivera Bedregal.

De lo expuesto y del análisis del caso, a criterio de esta Sala la cuestión a determinar es la siguiente:

La sociedad que ha perdido la pluralidad mínima de socios por más de seis meses: ¿puede optar por regularizarse?

VI. ANÁLISIS.-

1. El artículo 4 de la Ley General de Sociedades establece que la sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo.

No es exigible pluralidad de socios, cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por Ley.

Asimismo, el artículo 407 establece las causales de disolución de las sociedades, señalando entre las diversas causas, la falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida.

2. La nueva Ley General de Sociedades castiga imperativamente la pérdida de pluralidad mínima de socios, en todas las sociedades con la disolución de pleno derecho, sin embargo, dicha sanción no opera si la pluralidad es reconstituida en un plazo de seis meses.

Con relación a ello Elías Laroza, opina que: "(...), vencido el plazo de gracia de seis meses la disolución opera por mandato imperativo de la Ley. Una sociedad cuyos socios permiten la pérdida de una condición

legal esencial y cuyo socio único es tan negligente como para no reconstruir una pluralidad (le basta para ello transferir una sola acción o participación), debe ser disuelta y liquidada.”¹⁷³

3. En el presente caso, consta inscrito en el asiento B00001 de la partida electrónica N° 40000030 del Registro de Sociedades, la transferencia de 500 participantes que realiza Zoila María Eugenia Rojas de Pimentel al otro socio Julio Alberto Rojas Samanamud pasando a ser propietario exclusivo del capital, representado por 1000 participaciones, inscripción que se realiza en mérito al título archivado N° 5562 del 18 de diciembre de 1997; esto es, que la pluralidad de socios en la sociedad bajo análisis se perdió al haber adquirido el socio Julio Alberto Rojas Samanamud la totalidad de las participaciones conformantes del capital social.

Con el presente título, se solicita la transferencia de participaciones sociales, entre otros actos, en mérito a la escritura pública del diez de agosto de 2006, señalándose en su cláusula segunda lo siguiente:

“(…)

Por el presente instrumento, “LOS TRANSFERENTES” transfieren a favor de “LAS ADQUIRIENTES” y estas reciben de aquellos en calidad de

¹⁷³ Ley General de Sociedades. Comentada. Fascículo Primero. Pág. 24. Normas Legales. Trujillo Perú.

compra-venta la totalidad de sus participaciones sociales que les corresponde en la empresa antes referida conforme se detalla a continuación:

a.- A favor de doña CYNTHYA INES ARAMBURU ALVARADO la cantidad de 500 (Quinientas) participaciones sociales.

b.- A favor de SILVIA MARCHAN SAAVEDRA la cantidad de 500 (Quinientas) participaciones sociales.

“(…)

Consecuentemente, conforme a lo expresado precedentemente la pluralidad de socios es constituida recién a partir del 10 de agosto de 2006; por lo tanto, el plazo de seis meses al que hace referencia la norma ha vencido en exceso.

4. En cuanto a lo señalado por el apelante, en el sentido que siendo la empresa SERVIGEN S.R.L. una sociedad irregular, han acordado al amparo del Art. 426 de la Ley General de Sociedades continuar con la sociedad y adecuarse a la Ley General de Sociedades; al respecto debemos señalar que el artículo 426 de la Ley bajo comentario establece que tratándose de sociedades irregulares los socios, acreedores de éstos

o de la sociedad o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o disolución de la sociedad.

5. En el Art. 423 de la ley citada se enumeran las causales de irregularidad, siendo una de ellas el continuar en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto. Efectivamente, una sociedad que pierde pluralidad de socios por más de seis meses, incurre en irregularidad si continúa en actividad cuando ha transcurrido dicho plazo. Ahora bien, tal como lo dispone el Art. 4 de la Ley General de Sociedades, la sociedad se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. Esto es, la sociedad que ha perdido la pluralidad mínima de socios durante seis meses, queda disuelta de pleno derecho al día siguiente de transcurrido dicho plazo.

Consecuentemente, la sociedad que ha perdido la pluralidad mínima por más de seis meses que continua en actividad, es una sociedad irregular que no puede optar por regularizarse o disolverse: la norma ha dispuesto que en este caso queda disuelta de pleno derecho.

Resulta por tanto que las sociedades irregulares que tienen la opción de regularizarse o disolverse, no pueden ser aquellas que han incurrido en causal de disolución de pleno derecho. Estas últimas ya se encuentran disueltas, por mandato imperativo de la ley.

6. Debe tenerse en cuenta que la Ley General de Sociedades distingue entre las siguientes causales de disolución:

a) Causales de disolución en las que se requiere adoptar el acuerdo de disolución.

Constituye la regla. En estos casos, la sociedad incurre en causal de disolución pero no se encuentra en estado de disolución hasta que la junta general (o la junta de acreedores, en su caso) adopte el acuerdo de disolución. Es el caso de la mayor parte de causales de disolución enumeradas en el Art. 407 de la LGS (conclusión de su objeto, continuada inactividad, pérdidas, etc.). A dicho efecto el Art. 409 de la LGS señala que se debe convocar a junta general para que adopte el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan.

b) Causales de disolución que operan de pleno derecho.

Constituye la excepción. En estos casos la sociedad se encuentra en estado de disolución cuando ocurre la causal prevista en la norma, son requerirse de acuerdo de la junta general.

Es el caso de la pérdida de la pluralidad mínima de socios que no es reconstituida en un plazo de seis meses (Art. 4 de la LGS) y el del vencimiento del plazo de duración (inc. 1 del Art. 407 de la LGS).

c) Causales de disolución por declaración judicial

Constituye también una excepción. En estos casos la sociedad se encuentra en estado de disolución cuando la Corte Suprema resuelve la disolución de la sociedad (Art. 410 de la LGS). La junta general no acuerda la disolución: sólo se limita a designar a los liquidadores.

7. Conforma a lo expuesto en el numeral precedente, no podría darse el mismo tratamiento a las sociedades que han incurrido en causal de disolución que requiere de acuerdo, que a las sociedades que han incurrido en causal de disolución de pleno derecho. Si se les diera el mismo tratamiento, se privaría de todo sentido a la distinción establecida en la ley.

En el presente caso la disolución de la sociedad submateria no se ha producido por haberse adoptado un acuerdo de los socios, sino por mandato imperativo de la ley, esto es, se ha producido la disolución de pleno derecho.

Con relación a ello, tampoco resultaría aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 342 de la Ley General de Sociedades, norma que

establece que si la liquidación no es consecuencia de la declaración de nulidad del pacto social o del plazo de duración, la sociedad en liquidación puede transformarse revocando previamente el acuerdo de disolución¹⁷⁴.

Cuando la disolución opera de pleno derecho, no existe un acuerdo de disolución que pueda ser revocado, por lo que dicha norma no sería aplicable al presente caso.

8. Ahora bien, la sociedad que perdió la pluralidad por más de seis meses se encuentra en estado de disolución, pero no se encuentra extinguida. Al respecto el Art. 413 de la Ley General de Sociedades establece que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dura el proceso de liquidación y hasta que se inscriba la extinción en el Registro. Asimismo, dispone que durante la liquidación se aplican las disposiciones relativas a las juntas generales, pudiendo los socios adoptar los acuerdos que estimen convenientes.

No existe impedimento legal para que se transfieran las participaciones de una sociedad en estado de disolución. El estado de disolución tampoco constituye obstáculo para la inscripción del acuerdo de adecuación a la nueva Ley General de Sociedades u otros acuerdos, pero siempre con el carácter de sociedad en disolución. Sobre esta

¹⁷⁴ Subrayado es nuestro.

materia la norma citada dispone que durante la liquidación la sociedad debe añadir a su razón social o denominación la expresión “en liquidación”.

Con respecto a los representantes, desde la disolución cesa la representación de los gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores las funciones que les corresponden.

9. En este caso, se designa nuevo gerente de la sociedad, lo que no corresponde a su estado actual, debiendo designar al o los liquidadores. Asimismo, se adecua el pacto social y estatuto, pero no se tiene en cuenta el estado actual de la sociedad, debiendo añadirse a su denominación la expresión “en liquidación”.

Conforme a lo expuesto, la sociedad en estado de disolución por pérdida de pluralidad por más de seis meses, no puede optar por “regularizarse” como lo efectúa en el título vendido en grado, debiendo por el contrario designar al o los liquidadores y pudiendo adoptar otros acuerdos que estime convenientes, pudiendo inclusive transferirse las participaciones.

En tal sentido, corresponde confirmar la tacha formulada por la Registradora Pública, por los distintos fundamentos antes señalados.

Estando a lo acordado por mayoría;

VII. RESOLUCIÓN.-

CONFIRMAR la tacha formulada por la Registradora Pública en mérito a los distintos fundamentos expuestos en la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

NORA MARIELLA ALDANA DURÁN

Presidenta (e) de la Tercera Sala del Tribunal Registral,

MIRTHA RIVERA BEDREGAL

Vocal de la sala del Tribunal Registral

RESOLUCION No. - 206- SUNARP-TR-L

EL VOCAL QUE SUCRIBE EMITE EL SIGUIENTE

VOTO EN DISCORDIA

En ejercicio del derecho regulado en el último párrafo del artículo 156 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, el Vocal que suscribe emite el siguiente voto de discordia:

1. Conforme se aprecia de los antecedentes registrales, el presente se refiere al caso de una sociedad comercial de responsabilidad limitada cuya pluralidad mínima de socios se perdió el año 1997 (título archivado N°5562 del 18.12.1997), siendo restituida la misma recién el año 2006, según el título venido en grado.

Así, mediante el título apelado se pretende-entre otros-, la inscripción de la transferencia de participaciones en mérito a la escritura pública del 10.08.2006 y junta general del 24.07.2066, recomponiéndose la pluralidad mínima de socios.

2. Según el artículo 4 de la Ley General de Sociedades “ (...). Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye

en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo”.

Asimismo, el artículo 407 del mismo cuerpo legal, en su inciso 6), establece que la sociedad se disuelve en caso de falta “falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida”.

3. Como puede advertirse, a diferencia del dispositivo anterior y pese a tratarse del mismo supuesto – la pérdida de la pluralidad mínima de socios-, el artículo 407 no establece como efecto jurídico que la sociedad se disuelve “de pleno derecho”, sino simplemente que se “disuelve”.

Frente a la existencia de dispositivos legales discrepantes sobre un mismo tema, creemos, debe preferirse la interpretación menos gravosa que favorezca la conservación de la sociedad.

4. De otro lado, el artículo 423 de la Ley General de Sociedades, en su inciso 6), sin hacer distinción alguna entre los casos contemplados en el artículo 4 y 407 – en el supuesto que fueren diferentes -, señala de manera general que la sociedad adquiere la condición de irregular “cuando continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto”.

En el presente caso, la sociedad devino en irregular al incurrir en causal de disolución- en razón de la pérdida de la pluralidad mínima de socios son recomponerla en el plazo de 6 meses -, y continuar, no obstante ello, en actividad en el mercado.

5. La Ley General de Sociedades reconoce como irregulares- entre otras-, a las sociedades inscritas que se transformaron inválidamente o incurrieron en causal de disolución pero que siguen actuando en el mercado, denominadas en la doctrina “sociedades irregulares derivadas”.

Entre los principales efectos de la irregularidad tenemos la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los administradores, representantes y quienes actúen en nombre de la sociedad (artículo 424); la obligación de los socios de cumplir con sus aportes prometidos (artículo 425); el derecho de los mismos de exigir la regularización o disolución (artículo 426) y a su vez, el derecho de separación en caso contrario (artículo 427), etc.

Como queda dicho, frente a esa situación los socios o los acreedores de estos pueden elegir, alternativamente, entre la regularización o la disolución de la sociedad, conforme a los procedimientos establecidos en

el artículo 119 de la misma Ley (regularización) o en el artículo 409 (disolución), según sea el caso (artículo 426).

6. Según la mayoría de las opciones reconocidas por el artículo 426 de la Ley General de Sociedades a las sociedades irregulares no son aplicables a aquellas que han perdido su pluralidad mínima de socios y no la han recompuesto dentro del plazo de 6 meses.

Al respecto debe reiterarse que, la sociedad deviene en irregular recién al incurrir en causal de disolución y continuar actuando en el mercado; asimismo, que la causal de disolución se produce al vencimiento el plazo de 6 meses desde la pérdida de la pluralidad mínima de socios sin recomponerse.

Siendo ello así, las opciones establecidas en el artículo 426 del referido cuerpo legal, esto es la regularización o la disolución, solo serán ejercidas por la sociedad luego del vencimiento del plazo de 6 meses a que se refieren al artículo 4 y 407, momento a partir del cual deviene en irregular, no antes; por lo que en el presente caso es legalmente factible que la sociedad opte por la regularización de sus situación.

7. Finalmente debe agregarse que, a diferencia de lo que sucede en el caso de disolución por vencimiento del plazo regulado en el artículo 436 de la

Ley General de Sociedades – donde se establece que la disolución opera de pleno derecho y que se inscribe a solicitud de cualquier interesado -, en el caso de disolución por falta de pluralidad mínima de socios no se ha señalado cuál es el procedimiento a seguir una vez producida la disolución “de pleno derecho” y los sujetos legitimados para solicitar la inscripción; situación que abona a favor de la interpretación en el sentido que las sociedades que han incurrido en esta última causal y que devinieron en irregulares pueden regularizar su situación conforme al artículo 426 anteriormente citado.

Consecuentemente, mi voto es porque se **REVOQUE** la tacha formulada por el Registrador Público del Registro de Sociedades y se disponga su inscripción, por los fundamentos expresados en el presente voto.

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Vocal del Tribunal Registral

SUNARP

TRIBUNAL REGISTRAL.

RESOLUCIÓN Nº 1295-2008-SUNARP-TR-L.

Lima, 26 de noviembre del 2008.

Apelante : Carlos José Carrizales Recio.

Título : N° 468488 del 17 de julio del 2008.

Recurso : HTD N° 54679 del 26 de agosto del 2008.

Registro : Registro de Sociedades de Lima.

Acto(s) : Regularización de sociedad.

Transferencia de participaciones.

Nombramiento de gerente.

Sumilla : Pérdida de pluralidad de socios.

“La pérdida de la pluralidad de socios de una sociedad por más de seis meses constituye causal de disolución de pleno derecho; por tanto, no puede optar por regularizarse”.

I. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA.-

Con el presente Título se solicita la inscripción de la regularización de sociedad que ha perdido la pluralidad de socios por más de seis meses, transferencia de participaciones sociales, nombramiento de gerente, modificación parcial de estatuto y revocatoria de poderes de la sociedad CARLOS CARRIZALES STOLL ABOGADOS & CONSULTORES SOCIEDAD CIVIL. A dicho efecto se presenta:

- a) Parte notarial de la escritura pública de transferencia de participaciones, modificación parcial de estatuto y otros otorgada el 20-7-2007 ante el Notario de Lima Óscar Eduardo González Uría. En la escritura obra inserta el acta de junta de socios del 19-7-2007, en la que se acuerda:
 - Ratificar la transferencia de 33 participaciones efectuada por José Carlos Carrizales Stoll el 10-3-2000, a favor de Carlos José Carrizales Recio, transferencia que -se señala- consta en el acta 10-3-2000, pero no se elevó a escritura pública. Asimismo, la sucesión de Carlos Carrizales Stoll aprueba la transferencia de 33

participaciones a favor de Carlos José Carrizales Recio, y ratifican la transferencia de 34 participaciones a favor de María del Sagrario Recio Orduña viuda de Carrizales. Se aprueba la transferencia de 34 participaciones que efectúa esta última a favor de Carlos José Carrizales Recio.

- Se revocan los poderes otorgados a Yuri Castillo Castañeda, Alberto Mucha Castillo y Edwin Baluarte Pizarro
 - Se nombra gerente a Carlos José Carrizales Recio.
 - Se modifica el artículo 1 y el artículo 15 del estatuto.
- b) Parte notarial de la escritura pública de regularización de sociedad, transferencia de participaciones y otros, otorgada el 7-9-2007 ante el Notario de Lima Óscar Eduardo González Uría. En la escritura consta inserta el acta de junta general de socios del 20-8-2007, en la que se acordó:

- Solicitar la regularización de la sociedad, que había incurrido en causal de disolución por pérdida de la pluralidad de socios. Se aprobó también la reversión del estado de disolución.

- Dejar sin efecto los acuerdos de transferencia de participaciones que se habían ratificado y adoptado en la junta del 19-7-2007.

- La transferencia de participaciones que efectúa la sucesión del socio Carlos Carrizales Stoll (fallecido 15-4-2003) a favor de Calos José Carrizales Recio (90 participaciones) y a favor de María del Sagrario Recio Orduña viuda de Carrizales (10 participaciones).

- Ratificar el nombramiento de Carlos José Carrizales Recio como gerente general, que había sido acordado en junta del 19-7-2007.

- Ratificar la modificación de los artículos 1 y 15 del estatuto de la sociedad, que había sido acordada en la junta general de 19-7-2007.

- Renovar los poderes otorgados a Yuri Castillo Castañeda, Alberto Mucha Castillo y Edwin Baluarte Pizarro.

II. DECISIÓN IMPUGNADA.-

El Registrador Público del Registro de Sociedades de la Zona Registral N° IX, Sede Lima, James Rojas Guevara, formuló tacha sustantiva por los siguientes fundamentos:

Se tacha el presente título de conformidad con lo dispuesto con el artículo 4 de la Ley General de Sociedades: “Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de este plazo”.

En consecuencia, habiendo perdido la pluralidad con fecha de marzo del año 2000, a la fecha en que pretende reconstituir la pluralidad, acta de junta general de 20-8-2007 ha transcurrido en exceso el indicado plazo, en consecuencia, la sociedad ha quedado disuelta de pleno derecho, no resultando procedente su reactivación o regularización en razón de que la causal de disolución incurrida es una causal irreversible, debiendo procederse de acuerdo a la naturaleza, es decir procederse a su liquidación.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.-

El apelante señala lo siguiente:

El 10-3-2000 Carlos Carrizales Stoll transfirió 34 participaciones a su cónyuge y 33 participaciones a Carlos Carrizales Reci. Se omitió la formalidad de escritura pública, por lo que el 23-9-2000 la sociedad devino en irregular al haber transcurrido seis meses sin pluralidad de socios.

El artículo 426 de la Ley General de Sociedades dispone que es procedente la regularización de la sociedad irregular cuando lo solicite cualquiera de los socios e, inclusive, los acreedores o administradores. En este caso la sociedad ha cumplido con este requisito, con la formalidad recogida en el artículo 298 de la Ley General de Sociedades (escritura pública).

Añade que la sociedad ha continuado operando durante todos estos años de forma pública y continua, cumpliendo con las obligaciones inherentes a toda sociedad.

Señala que tiene conocimiento que el Tribunal Registral ha rechazado las transferencias de participaciones fuera del plazo de seis meses establecido pero en este caso además se está solicitando la regularización de la sociedad. Indica que en la resolución del Tribunal se cita una opinión del Dr. Enrique Elías que expresa únicamente un parecer personal, más no una interpretación jurídica de las normas.

Considera que al entenderse que, por excepción, la disolución de pleno derecho no puede ser dejada sin efecto, implica transgredir el principio de legalidad, pues si la ley hubiera querido aplicar una sanción tan drástica, debió haberlo consignado expresamente.

Manifiesta que su solicitud hace remisión directa a los derechos constitucionales de libertad de empresa y libertad personal contemplados en el artículo 2 inciso 24) y artículo 59. Precisa que abona a favor de la procedencia de su solicitud el principio de conservación de sociedad que informa el artículo 426 de la Ley General de Sociedades. Considera que si se ampara el petitorio registral, se provee al mejor y más fluido tráfico mercantil. Lo contrario -añade- es condenar a una sociedad a una situación de vacío jurídico.

En el supuesto que se ratifique la interpretación restrictiva del artículo 426 de la Ley General de Sociedades, se debe de preferir las normas constitucionales antes citadas, en aplicación del precedente de observancia obligatoria adoptado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL.-

1. CARLOS CARRIZALES STOLL ABOGADOS & CONSULTORES SOCIEDAD CIVIL corre registrada en la Partida Electrónica N° 11037793 del Registro de Sociedades de Lima. Se constituyó con la participación de dos socios: Alicia Pizarro Roque de Baluarte (50 participaciones) y José Carlos Carrizales Stoll (50 participaciones). Conforme al asiento A00002, por escritura pública del 20-3-2000 Alicia Pizarro Roque de Baluarte transfiere sus 50 participaciones a José Carlos Carrizales Stoll, quien quedó como único socio.

2. En la Partida Electrónica N° 11566441 del Registro de Sucesiones Intestadas de Lima corre inscrita la sucesión intestada de José Carlos Carrizales Stoll, quien falleció el 15-4-2003, siendo declarados sus herederos: su cónyuge María del Sagrario Recio

Orduña y sus hijos María del Sagrario Irma, Carlos José, Luis Pedro y Ana María Carrizales Recio.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES.-

Interviene como ponente la Vocal Nora Mariella Aldana Durán. De lo expuesto y del análisis del caso, a criterio de esta Sala la cuestión a determinar es la siguiente: la sociedad que ha perdido la pluralidad mínima de socios por más de seis meses, ¿puede optar por regularizarse?

VI. ANÁLISIS.-

1. El artículo 4 de la Ley General de Sociedades establece que la sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. La norma añade que no exigible pluralidad de socios, cuando el único socio es el Estado o en otros casos señala expresamente por Ley.

Asimismo, el artículo 407 establece las causales de disolución de las sociedades, señalando entre las diversas causas, la falta de pluralidad de socios, si en el término de dicho seis meses no es reconstituida. Esto es, si en dicho plazo la sociedad no pasa a tener por lo menos dos socios (por transferencia o aumento de capital).

2. La Ley General de Sociedades castiga imperativamente la pérdida de la pluralidad mínima de socios, en todas las sociedades, con la disolución de pleno derecho. Sin embargo, dicha sanción no opera si la pluralidad es reconstituida en un plazo de seis meses.

Con relación a ello Elías Laroza opina que “(...), vencido el plazo de gracia de seis meses la disolución opera por mandato imperativo de la Ley. Una sociedad cuyos socios permiten la pérdida de una condición legal esencial y cuyo socio único es tan negligente como para no reconstituir una pluralidad (le basta para ello transferir una sola acción o participación), debe ser disuelta o liquidada”.

La pluralidad de socios es esencial para la vida de la sociedad. En nuestro país, no existen las sociedades unipersonales. Es por ello que la pérdida de la pluralidad de socios que no es recompuesta

dentro del plazo fijado en la ley, ocasiona la disolución de pleno derecho.

3. En el presente caso, consta inscrita en el asiento A0002 la transferencia de participaciones efectuadas por Alicia Pizarro Roque de Baluarte a favor de Carlos Carrizales Stoll, en virtud de la cual la sociedad perdió la pluralidad de socios, pues este último quedó como único socio de la sociedad. La fecha cierta de la transferencia es de la escritura pública 23-3-2000. Por lo tanto, la sociedad tenía plazo hasta el 23-9-2000 (seis meses) para reconstruir la pluralidad de los socios.

En la escritura pública del 20-7-2007 contenida en el título venido en grado, se señala que José Carlos Carrizales Stoll transfirió 33 participaciones a favor de Carlos José Carrizales Recio conforme consta en el acta del 10-3-2000.

4. En el título venido en grado no se ha presentado el acta del 10-3-2000. Dicha acta obra en el Título archivado 190971 del 1-10-2003 que dio mérito a la extensión del asiento A00003 (poderes), en el que se señala: "... al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la

Ley General de Sociedades, era necesario recomponer la pluralidad de socios de la sociedad, así como reordenar su régimen de poderes, en tal sentido se acordó lo siguiente:

1. (...)
2. Aprobar el otorgamiento de facultades (...)."

Como puede apreciarse, en la copia certificada del acta que obra en el referido Título archivado, no consta la integridad del acta, sino sólo la parte referida al otorgamiento de facultades.

5. En el acta del 20-8-2007 que obra inserta en la escritura pública del 7-9-200 (*sic*), contenida en el Título venido en grado, se acuerda dejar sin efecto las transferencias de participaciones celebradas el 10-3-2000. En escrito adjuntado se señala que la transferencia de participaciones a favor de Carlos José Carrizales Recio que consta en el acta 10-3-2000 no es válida por no haberse elevado a escritura pública.

Al respecto debe señalarse que conforme al artículo 298 de la Ley General de Sociedades, en la sociedad civil la transmisión de

participaciones “se realiza por escritura pública y se inscribe en el Registro”.

Como puede apreciarse, la Ley General de Sociedades no establece que la escritura pública sea una formalidad bajo sanción de nulidad para la transmisión de participaciones. Por lo tanto, se trata de una formalidad ad-probationem. Esto es el hecho que no se haya cumplido la formalidad (escritura pública) no implicaba que se hubiera celebrado la transmisión: la transmisión se realizó, por tanto la pluralidad de socios se habría recompuesto en dicha fecha. Por cierto, para inscribir dicha transferencia era indispensable la escritura pública, pero la falta de esta formalidad no implica que se hubiera celebrado la transmisión de participaciones.

Sobre esta materia el artículo 1412 del Código Civil establece que “si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida”.

En este caso la junta de socios ha acordado dejar sin efecto la referida transmisión de participaciones respecto a la que, además, no se ha presentado el documento en el que consta, esto es, el acta del 10-3-2000. Por lo tanto, la apelación se resolverá sin tener en cuenta dicha transmisión de participaciones.

6. De otra parte, el socio José Carlos Carrizales Stoll falleció el 15-4-2003, por lo que las participaciones de las que era titular pasaron a ser de titularidad de sus herederos: su cónyuge María del Sagrario Recio Orduña y sus hijos María del Sagrario Irma, Carlos José, Luis Pedro y Ana María Carrizales Recio.

En tal sentido -y reiterando que para efectos de resolver esta apelación no se está tomando en cuenta la transmisión de participaciones del 10-3-2000, por no haber sido presentada y además haber sido dejada sin efecto- la falta de pluralidad de socios se mantuvo desde el 23-3-2000 hasta el 15-4-2003, esto es, excediendo el plazo de seis meses permitido por el artículo 4 de la Ley General de Sociedades.

7. El Título contiene el acuerdo de la sociedad de regularizar la sociedad, al amparo del artículo 426 de la Ley General de Sociedades. Al respecto debemos señalar que el artículo 426 de la Ley bajo comentario establece que, tratándose de sociedades irregulares, los socios, acreedores de éstos o de la sociedad o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución de la sociedad, conforme al procedimiento establecido en el artículo 119 o en el artículo 409, según el caso.

8. En el artículo 423 de la ley citada se enumeran las causales de irregularidad, siendo una de ellas el continuar con la actividad, no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto (inciso 6). Efectivamente, una sociedad que pierde la pluralidad de socios por más de seis meses, incurren en irregularidad si continúa en actividad cuando ha transcurrido dicho plazo. Ahora bien, tal como lo dispone el artículo 4 de la Ley General de Sociedades, la sociedad se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. Esto es, la sociedad que ha perdido la pluralidad mínima de socios durante seis meses, queda disuelta de pleno derecho al día siguiente de transcurrido dicho plazo.

Consecuentemente, la sociedad que ha perdido la pluralidad mínima por más de seis meses que continúa en actividad, es una sociedad irregular que no puede optar por regularizarse o disolverse (conforme al artículo 409): la norma ha dispuesto que en este caso queda disuelta de pleno derecho. Resulta, por lo tanto, que las sociedades irregulares que tienen la opción de regularizarse o disolverse, no pueden ser aquellas que han incurrido en causal de disolución de pleno derecho. Estas últimas ya se encuentran disueltas, por mandato imperativo de la ley. Por ende, el artículo 426 de la Ley General de Sociedades no se aplica a las sociedades que han incurrido en causal de disolución de pleno derecho.

9. Debe tenerse en cuenta que la Ley General de Sociedades distingue entre las siguientes causales de disolución:
 - a) Causales de disolución en las que se requiere adoptar el acuerdo de disolución.

Constituye la regla. En estos casos, la sociedad incurre en causal de disolución pero no se encuentra en estado de disolución hasta

que la junta general (o la junta de acreedores, en su caso) adopte el acuerdo de disolución. Es el caso de la mayor parte de las causales de disolución enumeradas en el artículo 407 de la Ley General de Sociedades (conclusión de su objeto, continuada inactividad, pérdidas, etc.). A dicho efecto el artículo 409 de la Ley General de Sociedades señala que se debe convocar a junta general para que adopte el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan.

b) Causales de disolución que operan de pleno derecho.

Constituye la excepción. En estos casos la sociedad se encuentra en estado de disolución cuando ocurre la causal prevista en la norma, sin requerirse de la junta general. Es el caso de la pérdida de la pluralidad mínima de socios que no es reconstituida en un plazo de seis meses (artículo 4 de la Ley General de Sociedades) y el del vencimiento del plazo de duración (inciso 1 del artículo 407 de la Ley General de Sociedades).

c) Causales de disolución declaración judicial (sic).

Constituye también una excepción. En estos casos la sociedad se encuentra en estado de disolución cuando la Corte Suprema resuelve la disolución de la sociedad (artículo 410 de la Ley General de Sociedades). La junta general no acuerda la disolución: sólo se limita a designar a los liquidadores.

10. Conforme a lo expuesto en el numeral precedente, no podría darse el mismo tratamiento a las sociedades que han incurrido en causal de disolución que requiere de acuerdo, que a las sociedades que han incurrido en causal de disolución de pleno derecho. Si se les diera el mismo tratamiento, se privaría de todo sentido a la distinción establecida en la ley.

El presente caso de disolución de la sociedad sub-materia no se ha producido por haberse adoptado un acuerdo de los socios, sino por mandato imperativo de la ley, esto es, se ha producido la disolución de pleno derecho.

11. Debe añadirse que la ley distingue entre la disolución voluntaria y la no voluntaria. Así, el artículo 437 establece que: la revocación del acuerdo de disolución voluntaria se inscribe por el mérito de la

copia certificada del acta de la junta general donde conste el acuerdo y la declaración del liquidador o liquidadores de que no se ha iniciado el reparto del haber social entre los socios.

En el caso de la disolución de pleno derecho no se trata de una disolución que opera por mandato de la ley al ocurrir el supuesto de hecho previsto, y aun cuando la junta general acordara que no se le aplica o que cesan sus efectos, igualmente la sociedad continúa disuelta, pues la disolución no se debe a la voluntad de la junta general.

12. La doctrina societaria coincide con la conclusión antes señalada. Al respecto, Uría, Menéndez y García de Enterría señalan:

“La subsistencia de la sociedad a lo largo del período de liquidación permite preguntarse si la sociedad disuelta y en liquidación podría retomar a su vida activa mediante acuerdo de la junta general de accionista que decida salir del período de liquidación y continuar con el ejercicio del comercio o industria que constituía su objeto social. A nuestro juicio, el problema de la reactivación de la sociedad disuelta no puede resolverse con carácter general para todo supuesto posible de disolución: es necesario distinguir según

que la disolución se produzca por una u otra de las formas previstas en los artículos (...), aunque en conexión siempre con el problema de la subsistencia o desaparición de la causa que provocó la disolución.

(...)

En la disolución de pleno derecho por incumplimiento del término fijado en los estatutos, no reputamos posible que la sociedad salga del estado de liquidación para reanudar su actividad comercial por acuerdo de la junta general. La disolución que la Ley impone en tal supuesto es definitiva e irrevocable (...).

En el mismo sentido, Ávila afirma con respecto a la disolución de pleno derecho “la disolución es, pues, automática e irreversible, sin necesidad de acuerdo ni acto social alguno”.

Los autores citados no hacen referencia a la disolución de pleno derecho por pérdida de la pluralidad de socios porque, en la legislación española, la pluralidad de socios no es causal de disolución alguna: las sociedades pueden constituirse con un solo

socio (unipersonalidad inicial) o constituirse con pluralidad de socios y luego devenir en unipersonales, cuando todas las participaciones hayan pasado ser de propiedad de un único socio (unipersonal sobrevenida).

Sin embargo, en nuestra legislación la pluralidad de socios es esencial tanto para la constitución como para la subsistencia de la sociedad; sólo por excepción se permite que la sociedad que perdió pluralidad de socios subsista sin recomponer la pluralidad por un plazo improrrogable de seis meses. Vencido dicho plazo, queda disuelta de pleno derecho. Es decir, nuestra legislación rechaza la permanencia por plazos más largos de socios unipersonales.

13. El apelante considera que la interpretación que se está aplicando (contenida en resolución anterior emitida por este colegiado, N° 597-2006-SUNARP-TR-L del 5-10-2006) es contraria al principio de conservación de la sociedad. Al respecto debe señalarse que las sociedades se rigen por la Ley General de Sociedades, la que establece los requisitos para su constitución y subsistencia. Esto es la ley establece en qué supuestos no es admisible que la sociedad continúe sus actividades, regulando las causales de disolución, y

entre estas, aquellas que operan de pleno derecho: el vencimiento del plazo de duración y pérdida de pluralidad de socios que no es recompuesta dentro del plazo de seis meses.

Así no toda la sociedad tendrá el amparo del Estado para continuar con sus actividades pues no tendrían amparo aquellas que quiebren principios fundamentales, como en el Título venido en grado, en el que se perdió la pluralidad de socios, requisito esencial en nuestra legislación para la constitución y subsistencia de una sociedad, señalándose que no se afecta la libertad de empresa, pues si la sociedad pierde la pluralidad de socios puede optar, dentro del plazo de seis meses, entre recomponer la pluralidad o transformarse en un a EIRL.

De otra parte, no consideramos que el artículo 4 de la Ley General de Sociedades (que establece la disolución de pleno derecho por pérdida de pluralidad de socios que no es recompuesta dentro del plazo de seis meses) sea inconstitucional. La pluralidad de socios como exigencia para la constitución y subsistencia de la sociedad no viola norma constitucional alguna, mas aun cuando conforme el artículo 60 de la Constitución, la economía nacional se sustenta en

la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa. En tal sentido, si no se cuenta con pluralidad de socios necesaria para la sociedad, igualmente puede ejercerse actividad empresarial bajo la forma de EIRL.

Respecto a lo alegado por el apelante en el sentido que la sociedad se encuentra en actividad y que ésta sería razón para aceptar su regularización, debe señalarse que la sociedad continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución de pleno derecho, es irregular sin tener la posibilidad de regularizarse. El hecho que se mantenga en actividad no modifica la sanción prevista en la ley, en los supuestos de disolución de pleno derecho. Esto es, dado que se encuentra en estado de disolución, debe proceder a designar liquidadores y, posteriormente, extinguirse.

15. Ahora bien, la sociedad que perdió la pluralidad por más de seis meses se encuentra en estado de disolución, pero no se encuentra extinguida. Al respecto el artículo 413 de la Ley General de Sociedades establece que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dura el proceso de liquidación y hasta que se inscriba la extinción en el Registro. Asimismo, dispone

que durante la liquidación se aplican las disposiciones relativas a las juntas generales, pudiendo los socios adoptar los acuerdos que estimen convenientes.

No existe impedimento legal para que se transfieran las participaciones de una sociedad en estado de disolución. El estado de disolución tampoco constituye obstáculo para la inscripción de otros acuerdos, pero siempre con el carácter de sociedad en disolución.

Sobre esta materia la norma citada dispone que durante la liquidación la sociedad debe añadir a su razón social o denominación, la expresión “en liquidación”. Con respecto a los representantes, desde la disolución cesa la representación de los gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores las funciones que les corresponden.

16. En este caso se designa nuevo gerente de la sociedad, lo que no corresponde a su estado actual, debiendo designar al o los liquidadores. Conforme a lo expuesto, la sociedad en estado de disolución por pérdida de pluralidad por más de seis meses, no

puede optar por “regularizarse” como lo efectúa en el Título venido en grado, debiendo por el contrario designar al o los liquidadores y pudiendo adoptar otros acuerdos que estime convenientes, pudiendo inclusive transferirse las participaciones.

En tal sentido, corresponde confirmar la tacha formulada por el Registro Público.

17. De otra parte, por tanto la pluralidad de socios habría sido recompuesta el 10-3-2000, se sugiere al apelante que en presentación posterior se fundamente en dicha transferencia (elevada a escritura pública por los sucesores del socio fallecido) para demostrar que la sociedad no incurrió en causal de disolución de pleno derecho.

Estando a lo acordado por unanimidad;

VII. RESOLUCIÓN.-

Confirmar la tacha formulada por el Registrador Público en mérito a los fundamentos expuestos en la presente Resolución. Regístrese y comuníquese.

ELENA ROSA VÁSQUEZ TORRES,
Presidenta de la Primera Sala del Tribunal Registral;

MARTHA DEL CARMEN SILVA DÍAZ,
Vocal del Tribunal Registral; y

NORA MARIELLA ALDANA DURÁN,
Vocal del Tribunal Registral.

**Dirección General de los Registros y del Notariado
(Mercantil).**

Resolución de 21 junio 1990

RJ\1990\5366

SOCIEDADES ANONIMAS UNIPERSONALES: admisibilidad: revisión de la doctrina mantenida por la Dirección General: compatibilidad de la sociedad unipersonal con los principios de organización del derecho de sociedades de capital; razones de orden práctico y de adaptación al Derecho Comunitario; JUNTA GENERAL: reglas de funcionamiento: especialidades. Acreditación de la condición de socio único: alcance de la intervención del Notario.
REGISTRO MERCANTIL: modificación de estatutos que amplía

Jurisdicción: Vía administrativa

Ponente:

Mediante escritura pública otorgada el 2 de noviembre de 1988, ante Notario, D. José M. M., como único accionista que manifiesta ser de la Mercantil «Masitur, S. A.», modificó el artículo 23 de los Estatutos Sociales, ampliando las facultades del único Administrador. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: Presentado el documento que antecede el día 16 de noviembre de 1988, retirado con defectos el 30 siguiente y devuelto a esta oficina el día 13 de los corrientes, según consta del asiento de

presentación número 2.652 del Diario 476 y las notas al margen del mismo, se deniega la inscripción por siguientes defectos: 1. No se justifica debidamente que don José M. M. sea el titular de todas las acciones de «Masitur, Sociedad Anónima». 2. No se reúnen los requisitos que exige el artículo 48 de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas sobre adopción de acuerdos sociales. 3. No teniendo por objeto la modificación estatutaria contenida en el documento, la superación de la actuación anómala en que se encuentra la Sociedad, no se puede admitir su acceso al Registro Mercantil, conforme a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 y 14 de noviembre de 1985 (RJ 1985\6635 y RJ 1985\6636). No procede anotación de suspensión, por ser insubsanables los defectos consignados bajo los números 2 y 3. La presente nota de calificación la extiendo con la conformidad de mis compañeros cotitulares en esta Oficina. Barcelona, 30 diciembre de 1989. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos. La

Dirección General acordó estimar el recurso interpuesto, revocando el acuerdo y la nota del Registrador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

En el tercer punto de la nota de calificación recurrida, que, por ser el fundamental y condicionar la suerte de los demás, se examina en primer lugar, **se invoca la inadmisibilidad de la sociedad unipersonal para rechazar la inscripción de una modificación estatutaria tendente a ampliar las facultades del administrador único** -«rectius»: del objeto social [v. RDGRN 16 de marzo de 1990 (RJ 1990\2302)]-. A la vista de las consideraciones que más adelante se realizan y de las directrices que presiden la evolución actual de la materia, no puede atenderse el defecto aducido por el Registrador, y, en consecuencia, procede revisar la doctrina anterior de este Centro Directivo, en especial, la contenida en las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985 (RJ 1985\6635 y RJ 1985\6636), expresamente invocadas por el propio Registrador, a tenor de las

cuales la exigencia de la pluralidad de socios inherente a la naturaleza de la sociedad, la falta de justificación de una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros cuando existe un solo socio y la inadmisibilidad, por imperativo del artículo 1911 CC del reconocimiento extralegal de patrimonios separados y de la consiguiente limitación de responsabilidad de la persona individual determinan el cierre del Registro a aquellos acuerdos sociales que, como el que ahora nos ocupa, son adoptados por el socio único sin hallarse encaminados a reconstruir la normalidad social (la pluralidad subjetiva), sino mas bien a perpetuar la situación preexistente (la unipersonalidad).

SEGUNDO.-

La primera consideración que debe hacerse conduce a desvirtuar el argumento que afirma la incompatibilidad entre el concepto de sociedad y la situación de unipersonalidad. El argumento, en apariencia tan poderoso, se funda en una generalización injustificada. Bajo el concepto de sociedad se albergan realidades normativas muy distintas. El hecho de que algunas de ellas no puedan subsistir en situaciones de

unipersonalidad no significa que las demás deban comportarse del mismo modo. Dicho de otra manera: si bajo el concepto de «sociedad» tenemos presente el modelo de las sociedades personalistas el argumento se revela ciertamente implacable. En estos tipos sociales, el contrato de sociedad -que es un contrato básicamente obligatorio despliega su eficacia produciendo derechos y obligaciones entre los socios, de modo que la propia sociedad se asienta sobre ese entramado de relaciones obligatorias que, por definición, sólo es posible entre dos o más socios («actio pro socio»). La sociedad en estos casos queda vinculada a las vicisitudes de su substrato personal. De ahí que pueda afirmarse que su personalidad jurídica -realmente imperfecta- se articule sobre el principio de pluralidad.

El argumento que analizamos no puede extenderse, sin embargo, a las sociedades de capitales. En éstas, el contrato [que incluso puede faltar y verse sustituido por un acto unilateral de una persona jurídica pública -arg. ex artículo 10 II LSA (RCL 1951\811, 945, 1021 y NDL 28)-] **tiene un carácter netamente organizativo. El contrato, en efecto, no tiene por objeto producir relaciones directas entre los socios, sino que, por el**

contrario, se halla dirigido a constituir una organización objetiva y a establecer sus reglas de funcionamiento. Buena prueba de ello es que en esta clase de sociedades las relaciones no se entablan entre los socios, sino entre el socio y la sociedad. Se explica así que la personalidad jurídica de la sociedad -plena y completa- aparezca independizada de sus miembros y se asiente sobre el principio de unidad. El ente creado se separa de quienes le dieron vida y permanece inmune a sus vicisitudes. Un buen exponente de esta construcción legislativa nos lo ofrece la objetivación de la condición de socio que se lleva a cabo mediante la acción. La acción indivisible, acumulable, transmisible, permite objetivar la relación de participación en la sociedad anónima respecto de la persona de su titular. Una persona -podría decirse- es tantas veces socio como acciones posea. Cada puesto de socio subsiste como tal y no se ve alterado porque se acumulen varios. De ello **cabe deducir que la reunión en la misma mano de todas las acciones, en la medida en que no afecta a la existencia de múltiples participaciones independientes o puestos de socio, no determina la invalidez conceptual de la sociedad unipersonal.** La sociedad unipersonal constituirá así,

probablemente, una «contradictio in terminis», pero no una «contradictio in substantia».

Desde el punto de vista jurídico-positivo, este razonamiento se asienta sobre un silencio muy elocuente de la Ley: concretamente, sobre la omisión, entre las causas de disolución (cuyo listado ha de entenderse «*numerus clausus*»), de la reunión de todas las acciones en una sola mano [artículos 150 LSA y 30 LSRL (RCL 1953\909, 1065 y NDL 28559)]. Es ésta una circunstancia que no puede explicarse más que por las razones anteriormente aducidas. Mientras que en las sociedades de personas la reducción de la pluralidad subjetiva determina necesariamente el fin de la sociedad, en las sociedades de capitales, la organización a que da lugar el contrato social se halla tan fuertemente objetivizada e independizada que puede subsistir aunque desaparezca la pluralidad de sus miembros. En ese caso, no subsiste ciertamente una sociedad entendida, en el sentido originario del término como asociaciones de personas, pero lo que no puede discutirse es que permanece la situación objetiva de las participaciones (acciones) y la personalidad jurídica propia de la sociedad anónima o en su caso, de la sociedad de

responsabilidad limitada. Esta conclusión se corrobora, «a contrario sensu», por el artículo 103.6.º de la Ley General de Cooperativas (RCL 1987\918), el cual, en función de la estructura del tipo (v. artículos 29 ss.), establece expresamente como causa de disolución la reducción de la pluralidad de socios por debajo del mínimo legal fijado en el artículo 7.º

TERCERO.-

El segundo argumento de la doctrina que pretende revocarse apela a la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y la esencia de la personalidad jurídica. En buena parte, este argumento ya ha quedado contestado en el apartado anterior. No obstante, parecen precisas algunas indicaciones complementarias. En el fondo, el argumento parece presuponer que la personalidad jurídica de las sociedades de capitales se funda necesariamente sobre su estructura corporativa, de manera que al faltar la pluralidad de socios que dicha estructura inicialmente requiere carecería de justificación la atribución de personalidad, debiendo decretarse el fin de la persona jurídica. Se trata, sin embargo, de una presuposición inexacta, tributaria en

buena medida, de las concepciones «realistas» de la persona jurídica, hoy en franca decadencia. **El substrato de la persona jurídica corporativa no es la realidad asociativa en sentido sociológico a que apelan las tesis realistas, sino la unidad artificial de imputación «válidamente constituida» (cfr. artículo 35 1.º II CC), que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas. Así lo pone de manifiesto la propia regulación legal de la sociedad de responsabilidad limitada, que constituye un tipo social que, dado su carácter marcadamente personalista, adolece de un grave déficit de realidad corporativa en sentido sociológico. La bondad de este planteamiento la confirma, por lo demás, esa inveterada tradición doctrinal que arranca del célebre y significativo paso del Digesto que afirma la subsistencia de la «universitas» aun cuando sus miembros hubiesen quedado reducidos a la unidad [«sed si universitas ad unum redit, magis admititur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis» (Dig. 3, 4, 7, 2)]. La pluralidad -e incluso más: la pluralidad cualificada (cfr. artículo 10.1 LSA)- de socios constituye una condición de erección de la persona jurídica corporativa, pero no es una**

condición de subsistencia del ente, que, una vez creado, por su vocación de permanencia y la trascendencia supraindividual de sus fines (la explotación de una empresa que aspira a conservarse), queda independizado de sus miembros.

Desde el punto de vista positivo, estas consideraciones se avalan por el hecho, ya indicado, de que la Ley no declara la disolución de la sociedad devenida unipersonal ni le concede un lapso de tiempo -según han hecho otras leyes- para que reconstruya su infraestructura corporativa. La personalidad jurídica, como técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación, no se pone en entredicho por la «reductio ad unum». Naturalmente, para ello es preciso que la organización objetivada se manifieste en el tráfico como tal y se conduzca con arreglo a sus reglas de funcionamiento. Si esto no se hace así si el socio único (pero lo mismo vale para el socio plural) abusa de la institución- habrá que desestimar la personalidad jurídica y resolver en función de la realidad sustancial de las relaciones jurídicas.

Es ésta, sin embargo, una tarea que corresponde realizar a los Tribunales.

CUARTO.-

Estrechamente relacionado con el anterior aparece el tercer argumento de la doctrina tradicional, que se funda en la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y el principio general de responsabilidad universal que consagra el artículo 1911 CC. El razonamiento adolece, en esta ocasión, de un vicio de especialización. La contradicción no se produce entre la sociedad unipersonal y el artículo 1911 CC; sino entre la sociedad anónima como tal y el artículo 1911 CC (o el artículo 127 C de C, que es su correlativo en el derecho de sociedades). Pero esa contradicción o, mejor dicho, derogación del artículo 1911 CC en el ámbito de las sociedades de capital en la medida en que se halla establecida por la Ley, es irrelevante. Cosa distinta es que se afirme que la limitación de responsabilidad consignada en el artículo 1 LSA carezca de fundamento en la sociedad unipersonal y que, en consecuencia se reclame una reducción teleológica del precepto que excluya de su ámbito de aplicación al socio único.

Trasladada la discusión a este plano la respuesta ha de ser igualmente negativa: y ello por la sencilla razón de que, al menos en nuestro ordenamiento, la limitación de responsabilidad de las sociedades de capital no se funda en la estructura corporativa del ente, en la pluralidad de los miembros que la integran, sino que se justifica por la creación o dotación -poco importa si a cargo de uno o de muchos socios- de un fondo de responsabilidad adecuado. Y es razonable que así sea. A los terceros -y no puede olvidarse que el problema de la responsabilidad es un problema de terceros- les resulta de todo punto indiferente que una sociedad se halle formada por uno o más socios; lo que les interesa es que su capital se dote y publique adecuadamente y que se preserve, mediante una estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos. La magia de los números es inconsistente con la lógica del derecho. Es claro, pues, que en la hipótesis de la sociedad unipersonal no se deroga el artículo 1911 CC al margen de la Ley; es la propia Ley de Sociedades Anónimas o Limitadas quien lo deroga al establecer que, bajo ciertas condiciones y sometidos a

ciertas reglas, pueden crearse patrimonios separados. **Desde el punto de vista positivo, la confirmación de este razonamiento se halla en la ausencia de una norma que -como sucede en otros ordenamientos próximos al nuestro- imponga al socio único la sanción de la responsabilidad ilimitada;** ausencia esta que, al margen de las consideraciones anteriormente vertidas, resulta plenamente sensata. En efecto, si el Derecho constituye un orden de valoraciones presidido por la lógica de lo razonable y no por una lógica maquinal, no hay razón alguna para que un movimiento infinitesimal (la adquisición, por parte de un socio de la acción que le falta para disponer de todo el capital) genere un cambio infinito en sus relaciones de responsabilidad.

QUINTO.-

Vinculado al anterior **se presenta también el argumento que apela a la incompatibilidad de la responsabilidad limitada de la sociedad unipersonal con el principio de correlación entre poder y responsabilidad.** A este argumento, **que trataría de fundarse en la presunta vinculación que establece el derecho de sociedades entre poderes administrativos de los socios y**

responsabilidad ilimitada (el argumento se basaría en una lectura conjunta de los artículos 129 y 127 C de C y se corroboraría por el artículo 148 IV C de C, que prohíbe administrar al socio comanditario), hay que oponer que el mismo reconocimiento legislativo de sociedades personalistas de responsabilidad limitada -La «Sociedad de Responsabilidad Limitada»- constituye una opción indiscutible del legislador por desvincular el privilegio de la limitación de responsabilidad del carácter gestor de los miembros que integran la sociedad.

No desconoce este Centro Directivo que al razonamiento examinado ha tratado de dársele relieve constitucional. La constitución económica de un ordenamiento que ha optado por el modelo de mercado [artículo 38 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875)] no puede quebrantar, viene a decirse, el principio de correlación poder/responsabilidad que es consustancial al sistema de libre competencia y que, en última instancia, justifica el poder del empresario de organizar los factores de producción y su beneficio en el riesgo que asume de tener que pechar con las pérdidas de la explotación. Formulado de esta manera, el argumento, que no carece de cierta lógica, tampoco se revela

decisivo, pues el socio único no está exento de responsabilidad. **El socio único responde con el patrimonio social, que, naturalmente, ha de ser adecuado al nivel de riesgo de la empresa que trate de desarrollar. Del precepto constitucional se deduce que el que tiene el poder y obtiene el beneficio ha de responder. Lo que no se deduce es el «quantum» de esa responsabilidad; y menos aún que haya de ser ilimitada.**

SEXTO.-

Pero las mejores razones para admitir la sociedad unipersonal no se hallan en el Derecho positivo, que ciertamente guarda silencio sobre la figura, sino en imperativos de la razón práctica. No puede desconocerse que la admisión de la sociedad unipersonal responde, en efecto, a necesidades muy dignas de ser tenidas en cuenta. Por un lado, se encuentran las exigencias del propio funcionamiento del sistema económico. Desde esta perspectiva, la sociedad unipersonal permite al pequeño empresario concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que ello resulte perjudicial -o, por lo menos, especialmente perjudicial en

relación a las sociedades anónimas pluripersonales- para terceros. Por otra parte, la sociedad unipersonal subviene a importantes necesidades organizativas de la empresa. Abre la posibilidad del organicismo de terceros (artículo 71 II LSA); facilita la conservación de la empresa más allá de la vida del socio único y simplifica el proceso hereditario; permite autonomizar jurídicamente unidades empresariales, facilitando así su transmisión; ofrece la posibilidad de reorganizar las empresas en el seno de los grupos de sociedades; etc. Y hay, en fin, exigencias del propio tráfico jurídico que reclaman el reconocimiento de la figura. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la prohibición de la sociedad unipersonal generaría una gran incertidumbre en el tráfico, puesto que el carácter unipersonal de la sociedad carece de publicidad y los terceros podrían verse en dificultades para saber a quién exigir el cumplimiento o la satisfacción de sus derechos. La negación de personalidad jurídica a la sociedad unipersonal significaría, además, abrir el patrimonio social al ataque de los acreedores personales del socio con daño para los acreedores de la empresa.

Dado que la Ley no efectúa un pronunciamiento expreso de inadmisibilidad y que no se advierte la incompatibilidad de la sociedad unipersonal con los principios de organización del derecho de sociedades de capital, estas razones adquieren un peso decisivo en la construcción y desarrollo del derecho «praeter legem».

Por lo demás, negar reconocimiento -o lo que es lo mismo, un tratamiento jurídico igual al dispensado a otra sociedad- a la sociedad unipersonal sería un empeño inútil, puesto que los rodeos para salvar la situación están al alcance de la mano de cualquiera, sin que prácticamente puedan ser combatidos con el recurso al fraude de Ley. Basta vender una acción o una cuota de copropiedad sobre una acción para deshacer formalmente una situación que materialmente no muda un ápice. **Por todo ello,** ya desde antiguo, **la jurisprudencia de los ordenamientos europeos que partían de bases normativas similares a las nuestras, ha acabado por admitir la figura.** La bondad de esta solución ha quedado confirmada en tiempos recientes cuando los legisladores de esos países han decidido trasladarla a los textos

positivos. El último eslabón de este proceso, ya imparable, nos lo ofrece la 12.^a Directiva CEE (LCEur 1989\1897).

SEPTIMO.-

Establecido lo anterior, y en relación con el segundo de los defectos puestos de manifiesto por la nota de calificación impugnada ha de precisarse que la reunión de todas las acciones o participaciones en una sola mano no dispensa de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad, no sólo de las que primordialmente atañen a intereses de terceros (publicidad, contabilidad, aportaciones, autocartera, distribución de dividendos, etc.), sino también de las que disciplina la organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con órganos legales y observar los preceptos procedimentales y formales relativos a la toma de decisiones (a salvo naturalmente, de los que revisten carácter dispositivo, como son, por ejemplo, los relativos a la convocatoria en la junta universal). Es claro, en consecuencia, que el socio único puede -y, en su caso, debe (artículo 50 LSAD)- reunirse en Junta y adoptar acuerdos,

cumpliendo naturalmente con las formalidades (lista de asistentes; actas; escrituración de acuerdos; publicidad registral, etc.), establecidas por la Ley. Lleva por ello razón el Registrador cuando señala que el socio único, para modificar estatutos, debe constituirse en Junta General, sin que pueda hacerlo directamente, actuando como tal socio único en nombre de la sociedad. Contra ello no puede oponerse la imposibilidad de la Junta unipersonal. Si la sociedad es unipersonal, por fuerza lo será su Junta que, como señala el artículo 51 LSA, «quedará válidamente constituida...» «...cualquiera que sea el número de los (...) concurrentes si representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado». Ciertamente, en el caso objeto del presente recurso, el socio único no se ha constituido formalmente en Junta General. No obstante, su comparecencia ante Notario puede considerarse como una Junta General de la que el Notario levanta acta. De la misma forma que instrumentos notariales que reflejaban los acuerdos de Juntas Universales celebradas en la Notaría tras la constitución de la sociedad recogía válidamente los acuerdos adoptados, no debe negarse valor de acta de una Junta General a las

manifestaciones realizadas por el socio único -que necesariamente también sería Presidente y Secretario de la asamblea- y consignadas en la escritura que documenta los acuerdos sociales. Por ello, el defecto acusado, de matiz puramente nominalista, debe perecer, siendo evidente la voluntad del socio único de ejercitar la potestad que al universo de accionistas confiere la Ley para decidir por unanimidad cualquier asunto. No obstante, los Notarios deben procurar dar al acto una configuración más precisa, y consignar expresamente el carácter en su presencia y advertirle de esta circunstancia al objeto de que dicho acuerdo se traslade a los libros de actas de la sociedad.

OCTAVO.-

Respecto del primero de los extremos de la nota de calificación recurrida, a través del cual se denuncia que no queda debidamente acreditado por el compareciente su condición de socio único, hay que tener en cuenta que, en principio, ninguna norma sustantiva confía al Notario el control directo de la legitimación y de los demás requisitos

que son precisos para la válida constitución de la Junta. El Notario ha de conformarse con lo que certifica el Secretario, respecto del cual el ordenamiento ni siquiera exige que se halle inscrito en el Registro Mercantil. Esta deficiente situación, que el derecho nuevo ha tratado de remediar estableciendo algunas cautelas, determina que cuando la Junta se celebra directamente ante Notario tampoco éste se halla obligado a controlar la legitimación de los asistentes. Le basta con consignar en la escritura que el Presidente manifiesta que está reunido todo el capital. Desde esta perspectiva, cabría sostener que la simple manifestación del socio único, que entre otras muchas condiciones reúne la de Presidente y Secretario, y, en el supuesto examinado, también la de administrador, es suficiente. Formalmente, por tanto, la objeción del Registrador no se halla suficientemente fundada. Debe señalarse, no obstante, que en el caso especial del socio único (aunque la observación vale también para las sociedades con pocos socios y escasamente articula así parece que un elemental sentido de la prudencia aconseja que el Notario adopte algunas cautelas al objeto de cerciorarse de la verosimilitud de la legitimación; y desde este punto de vista -y, en general, desde la preocupación que subyace

al artículo 174 RN (RCL 1945\57 y NDL 22309) y concordantes-, parecen suficientes las medidas de precaución tomadas por el Notario, que tuvo a la vista la escritura por la que el socio único resultaba nombrado administrador de la sociedad, la póliza del Corredor de Comercio acreditativa de la adquisición de todas las acciones, sin nota de otro fedatario alusiva a una posterior venta de alguna de esas acciones y certificación de los asientos del registro que ponía de manifiesto que no se había producido ninguna ampliación de capital posterior. El defecto puesto por el Registrador (que, en definitiva, reprocha al Notario no haber exigido la exhibición de los títulos de las acciones, resulta, en este contexto, excesivo, máxime tratándose de sociedades de escasa envergadura en las que -según enseña la práctica- no acostumbran a emitirse los títulos.

NOVENO.-

Finalmente, en cuanto a la afirmación que se hace en la nota de que la calificación, se realiza con la Conformidad de los demás titulares del Registro Mercantil, debe destacarse su improcedencia, pues de conformidad con el artículo 4 de la

Orden de 26 de noviembre de 1986 (RCL 1986\3653), por la que se dictan normas para la ejecución del Real Decreto 671/1986, de 21 de marzo (RCL 1986\1099), sobre nueva demarcación de determinados Registros Mercantiles, **corresponde a cada Registrador calificar, bajo su responsabilidad exclusiva, los documentos que le correspondan, y conocer, también en exclusiva, de todas las incidencias que se produzcan hasta la total terminación del procedimiento registral.**