



Alfonso Montoya Stahl^(*)

“Uno es compañía...”. La **conveniencia de regular** la sociedad unipersonal en el Perú

“(…) LAS FUNCIONES QUE DESEMPEÑAN ACTUALMENTE LAS SOCIEDADES JUSTIFICAN PLENAMENTE UNA REGULACIÓN SOCIETARIA QUE PERMITA LA UNIPERSONALIDAD ORIGINARIA O SOBREVENIDA EN FORMA IRRESTRICTA (ES DECIR, NO SUJETA A LIMITACIONES TEMPORALES O EN FUNCIÓN DEL TIPO DE SUJETO), AL MENOS EN LAS FORMAS SOCIETARIAS MÁS EMPLEADAS: LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.”

A la memoria de Jack Batievsky Spack.

1. Introducción

En este artículo nos referiremos a la sociedad unipersonal, entendida como aquella en la que las acciones o participaciones son de propiedad de un único socio, situación que denominaremos unipersonalidad. A lo largo de nuestro análisis nos referiremos tanto a la unipersonalidad desde el momento mismo de la constitución de la sociedad (unipersonalidad originaria) como a la unipersonalidad originada a partir de la concentración, posterior al acto constitutivo, de las acciones o participaciones de la sociedad en el patrimonio de un único socio (unipersonalidad sobrevenida).

En el Perú, la unipersonalidad es regulada como una situación excepcional. El artículo 4 de la Ley General de Sociedades prescribe:

“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”.

Las excepciones a la regla general de proscripción de la unipersonalidad contenidas en el artículo citado son dos: (i) la admisión de la unipersonalidad sobrevenida por un plazo máximo de seis meses; y, (ii) la admisión de la unipersonalidad cuando el único socio es el

(*) Socio de Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados. Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.



“Uno es compañía...” La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú

Estado. Adicionalmente, el artículo citado establece que, la unipersonalidad puede ser admitida en otros casos expresamente señalados por ley. Así tenemos algunas leyes especiales que regulan supuestos específicos de unipersonalidad, por ejemplo el caso de las subsidiarias de empresas del sistema financiero y de seguros⁽¹⁾, determinadas subsidiarias de las sociedades agentes de bolsa o las sociedades de propósito especial⁽²⁾.

Nuestra tesis es que las funciones que desempeñan actualmente las sociedades justifican plenamente una regulación societaria que permita la unipersonalidad originaria o sobrevenida en forma irrestricta (es decir, no sujeta a limitaciones temporales o en función del tipo de sujeto), al menos en las formas societarias más empleadas: la sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Así, sostenemos que nuestro ordenamiento societario debería flexibilizar su posición en torno a la exigencia de pluralidad de socios, una posición basada más en un apego a la concepción tradicional de sociedad que en el análisis de las funciones que las sociedades desempeñan en una economía de mercado.

No podemos dejar de advertir que la discusión sobre la conveniencia de regular permisivamente la unipersonalidad está lejos de ser una discusión novedosa. Sin perjuicio de antecedentes previos, la legislación societaria europea continental -de marcada influencia general en nuestro ordenamiento societario- comenzó a regular la sociedad unipersonal en forma crecientemente permisiva en la década iniciada en 1980. La directiva 89/667/CEE de la Comunidad Económica Europea⁽³⁾ marcó un hito en torno a la regulación de la sociedad unipersonal al establecer que los estados miembros debían contemplar en sus legislaciones nacionales una forma societaria en la que se permita la unipersonalidad (o en su defecto, una forma de persona jurídica unipersonal para el desarrollo de actividades empresariales). A la luz de esta directiva, las legislaciones nacionales de dicha comunidad económica han continuado en el camino de la consolidación de la permisividad de la sociedad unipersonal.

“LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL CONLLEVA LA CREACIÓN DE UNA PERSONA JURÍDICA, ES DECIR UN SUJETO DE DERECHOS DISTINTO. NO HAY UNA PARTICIÓN DEL PATRIMONIO INDIVIDUAL, SINO UNA TRANSFERENCIA PATRIMONIAL A OTRA PERSONA, MATERIALIZADA A TRAVÉS DEL APORTE. DICHO APORTE PARA LA CREACIÓN DE ESTA PERSONA JURÍDICA GOZA DE LAS REGLAS GENERALES DE PROTECCIÓN A LOS ACREEDORES APLICABLES A CUALQUIER TRANSFERENCIA PATRIMONIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO.”

Sin perjuicio de ello, la discusión no ha sido extensa en el Perú. Este poco desarrollo del tema por parte de la doctrina nacional se debe, creemos, a la concepción según la cual la temprana regulación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en el Perú (EIRL) mediante Decreto Ley 21621, promulgado el 14 de septiembre de 1976, hacía innecesaria la regulación de la sociedad unipersonal en el Perú.

Nuestra exposición se dividirá en tres partes. En la primera, nos referiremos a las objeciones doctrinales a la unipersonalidad. En la

- (1) Excepción prevista en el artículo 36 inciso 3 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702.
- (2) Excepciones previstas en los artículos 201 y 327, respectivamente, del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por D.S. 093-2002-EF.
- (3) Duodécima Directiva del Consejo del 21 de Diciembre de 1989 en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único.



Alfonso Montoya Stahl

segunda, analizaremos la regulación de la EIRL como una alternativa a la regulación de la unipersonalidad. En la tercera, trataremos las pautas que consideramos relevantes para la regulación permisiva de la unipersonalidad.

2. Objeciones doctrinales a la unipersonalidad

En este acápite nos referiremos, en primer lugar, a las objeciones doctrinales a la unipersonalidad basadas en la naturaleza contractual de la sociedad, ya que se trata del argumento más empleado para proscribir o limitar la unipersonalidad. Luego, nos referiremos a un conjunto de argumentos basados en otros principios o consideraciones.

2.1. Objeciones basadas en la naturaleza contractual de la sociedad

2.1.1. El argumento contractual

2.1.1.1. Exposición del argumento

En su concepción tradicional, la sociedad nace de un acuerdo contractual entre una pluralidad de personas que se obligan a aportar un conjunto de activos⁽⁴⁾ para el desarrollo de actividades económicas prefijadas, cuyas eventuales utilidades podrán ser repartidas entre los contratantes originales (o las personas que los sucedan). El cumplimiento de los requisitos y formalidades que el ordenamiento legal establece para este acuerdo contractual determinará que se reconozca el surgimiento de una persona jurídica (sociedad), sujeto de derecho distinto a los contratantes, que goza de autonomía patrimonial.

Así, la sociedad es considerada un mecanismo jurídico que permite la integración de diferentes esfuerzos individuales en una empresa única. Como indica Garrigues:

“(…) en todas las épocas la motivación económica de la sociedad ha sido la misma: potenciar el esfuerzo individual para conseguir fines inasequibles a ese esfuerzo individual. El fin individual se convierte así en fin social, o colectivo, o común. Para alcanzarlo se precisa un sistema de vínculos, una

disciplina de grupo, un ordenamiento que limite la actuación individual e impulse la actuación unitaria o conjunta. A este sistema llamamos ‘Derecho de sociedades’⁽⁵⁾.

La pluralidad de socios, en esta concepción, no es entonces un requisito más del concepto tradicional de sociedad, sino que es su cimiento lógico. El derecho de sociedades, tal como señala Garrigues, no es más que un ordenamiento que limita la actuación individual e impulsa la actuación unitaria de varios sujetos.

¿Cabe en este escenario concebir una sociedad de un solo socio, una sociedad unipersonal? Al margen de la contradicción semántica del término “sociedad unipersonal”, la respuesta debería ser inequívocamente negativa a la luz de la definición tradicional de sociedad y las necesidades económicas que este instituto jurídico parece buscar satisfacer.

A partir del apego a la concepción contractual de la sociedad, se equipara la figura de socio con la de parte contratante, concluyendo inevitablemente que no puede existir una sociedad de un solo socio, como no puede existir un contrato que no tenga más de una parte contratante. Esta conclusión no afecta exclusivamente a la unipersonalidad originaria, sino que se extiende también a la unipersonalidad sobrevenida, dado que se entiende que el contrato de sociedad es un elemento fundamental para la vida de la persona jurídica que se origina. Al respecto, Juan Carlos Malagarriga sostiene:

“El contrato de sociedad subsiste como tal durante toda la vida de la sociedad. No es un acto jurídico que se agote con el intercambio

(4) El concepto de activos incluye también el compromiso del socio de prestar servicios a la sociedad.

(5) GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. 7ma. edición. Tomo I. Madrid: Aguirre, 1976. p. 307.



“Uno es compañía...” La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú

de prestaciones, como la compraventa; por el contrario, es el permanente y necesario respaldo del sujeto por él creado, al extremo de que muchas de las circunstancias que determinan su modificación son, al mismo tiempo, causales de extinción del ente. La sociedad nace de un contrato, pero, a diferencia de lo que ocurre con el nacimiento de los seres vivos, se mantiene aferrada a él, como la planta al suelo, por así decir, y si éste desaparece, aquélla muere⁽⁶⁾.

El argumento contractual tiene una variación relacionada con la finalidad del contrato: todo contrato, incluyendo el de sociedad, tiene por finalidad regular relaciones jurídicas patrimoniales entre sus partes. La justificación de la regulación de la sociedad sería entonces la regulación de intereses patrimoniales de colaboración conjunta entre varios sujetos. La sociedad no tiene razón de ser si no se emplea para satisfacer dichos intereses. Al decir de Juan Carlos Malagarriga:

“Las sociedades son instrumentos técnicos creados por el derecho para facilitar al hombre, único destinatario, en definitiva, de las normas legales, el desarrollo de su actividad vital, y en la medida en que no puede cumplir ésta sin el recurso de otros. Actividad ejercida en forma colectiva que es y ha sido la base y el fundamento de la creación, por el legislador, de normas especiales, distintas a las aplicables al individuo actuando aisladamente. No hubiera tenido sentido alguno, en efecto, estructurar una serie de normas suplementarias si no hubiera sido que con ellas se facilitaba dicha actuación conjunta⁽⁷⁾.”

2.1.1.2. Bases para el argumento contractual en nuestro ordenamiento

La concepción contractual de la sociedad no ha estado exenta de cuestionamientos doctrinales, en lo que constituye un debate que se ha prolongado más de 100 años. Sin perjuicio de este debate doctrinal, nuestro ordenamiento, heredero de la tradición europea continental, ha definido tradicionalmente a la sociedad como un contrato. Los Códigos de Comercio de 1852 y 1902 se referían a la sociedad como un contrato⁽⁸⁾, al igual que los Códigos Civiles de 1852 y 1936, que incluían entre los contratos típicos regulados el de sociedad⁽⁹⁾. El Código Civil de 1984 no incluyó al contrato de sociedad en el entendido que se trataba de un contrato que debía ser regulado por una norma especial que integraría la regulación de las sociedades mercantiles y civiles, norma que fue promulgada ese mismo año mediante Decreto Legislativo 311, con el nombre de Ley General de Sociedades. Esta ley también definía la sociedad como un contrato, tomando sin cambios significativos la definición adoptada por la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966⁽¹⁰⁾.

Un primer paso de alejamiento de esta tendencia se produjo con la promulgación de la

(6) MALARRIGA, Juan Carlos. *Sociedades de un solo Socio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965. pp. 88 y 89.

(7) MALARRIGA, Juan Carlos. *Op. Cit.*; pp. 90 y 91.

(8) Código de Comercio 1852, artículo 205: Compañía o sociedad mercantil es un contrato por el que dos o más personas se unen en interés para toda especie de operaciones de comercio, con el objeto de dividir entre sí las ganancias, o soportar las pérdidas.

Código de Comercio de 1902, artículo 124: El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este código. (...).

(9) Código Civil de 1852, artículo 1652: Sociedad o compañía es un contrato consensual, por el que dos o más personas convienen en poner en común alguna cosa o industria, con el fin de dividir entre sí las ganancias.

Código Civil de 1936, artículo 1686: Por la sociedad dos o más personas convienen en poner en común algún bien o industria, con el fin dividirse entre sí las utilidades.

(10) Decreto Legislativo 311, artículo 1: Por el contrato de sociedad quienes la constituyen convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica, en cualquiera de las formas reguladas por la presente Ley (...). Ley de Sociedades Mercantiles, artículo 1: Por el contrato de sociedad varias personas convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica, con el fin de repartirse las utilidades (...).



Alfonso Montoya Stahl

Ley 26887, actual Ley General de Sociedades, que define los elementos fundamentales de la sociedad en su artículo 1, sin mencionar una naturaleza contractual: “Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas”. Según Enrique Elías, miembro de la comisión que elaboró el anteproyecto de dicha ley, esta omisión es un voluntario reconocimiento de que la naturaleza contractual de la sociedad es un tema en debate y sobre el cual no le corresponde pronunciarse al legislador: “El artículo 1 de la LGS se rehúsa a definir la naturaleza jurídica de las sociedades, que es uno de los problemas más debatidos por la doctrina de este siglo⁽¹¹⁾. A pesar de la ausencia de referencias directas a la naturaleza contractual de la sociedad. Sin perjuicio de ello, Walter Gutiérrez sostiene que las referencias al pacto social a lo largo de la Ley General de Sociedades no pueden ser interpretadas de otra manera: “(...) puede comprobarse que en numerosos artículos de la LGS se refiere al pacto social, (...). ¿Qué es jurídicamente el acto de constitución de la sociedad si no es un contrato? No interesa que el legislador haya utilizado la palabra pacto, incluso al propio legislador no le es posible escapar de la naturaleza de las cosas⁽¹²⁾. Walter Gutiérrez no deja de reconocer que existen excepciones en las cuales la sociedad no se origina en un contrato, como es el caso de las sociedades unipersonales permitidas por el ordenamiento actualmente y las sociedades mineras de responsabilidad limitada⁽¹³⁾.”

2.1.2. Análisis del argumento contractual

2.1.2.1. Sociedad y contrato

Los argumentos en contra de la unipersonalidad basados en la naturaleza contractual de la sociedad no aportan, desde nuestro punto de vista, elementos válidos para descartar una regulación permisiva de la unipersonalidad. Una primera distinción para poder desarrollar nuestro punto de vista sobre el particular es la distinción entre dos diferentes acepciones

del término “sociedad”. El término puede ser empleado para referirse al acuerdo de voluntades destinado al establecimiento de una entidad para el desarrollo de actividades empresariales (en estricto el “contrato de sociedad”), como para referirse a la persona jurídica (entidad) que, por mandato de la ley, surge de dicho acuerdo. Al respecto, Joaquín Garrigues distingue un triple significado del término sociedad: (i) un determinado acto contractual entre partes; (ii) la relación jurídica derivada de dicho acto contractual; y, (iii) la persona jurídica resultante del contrato. El autor español agrega que la doctrina recoge el primero y el tercero de estos significados, prescindiendo del segundo porque en él se mezclan los otros dos⁽¹⁴⁾.

La naturaleza contractual parece corresponder, en todo caso, a la sociedad en la primera acepción indicada, sobre todo si conceptualizamos al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, tal como dispone el artículo 1351 del Código Civil. Este acuerdo de voluntades dará origen a una persona jurídica nueva (que también podemos llamar sociedad) por mandato de la ley, siempre que se cumplan los requisitos básicos establecidos por el ordenamiento para ello⁽¹⁵⁾. Las relaciones jurídicas entre los contratantes originales (que pasaremos a denominar socios) entre sí y con la persona jurídica creada ya no se explicarán a partir de una relación contractual, sino con las reglas propias de la persona

(11) ELIAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Tomo I. Trujillo: Normas Legales, 1999. p. 7.

(12) GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *El Contrato de Sociedad*. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Derecho Societario. p. 47.

(13) GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Op. Cit.*; pp. 54 y 55.

(14) GARRIGUES, Joaquín. *Op. Cit.*; pp. 327 y 328.

(15) De no cumplirse con estos requisitos (cumplimiento que se traduce formalmente en la inscripción de la sociedad en el registro respectivo) tendremos un contrato que genera obligaciones exigibles entre las partes, pero no habrá surgido la persona jurídica llamada sociedad.



“Uno es compañía...” La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú

jurídica en cuestión (tanto normas imperativas provistas por el ordenamiento como normas dispositivas establecidas en los documentos constitutivos de la sociedad). El contrato será entonces sólo el percutor de la creación de la persona jurídica, pero una vez creada ésta, el contrato se agotará. Esto no quiere decir que la sociedad no tendrá, al menos al inicio, la impronta del contrato que determinó su constitución (el que determinará aspectos centrales de la organización de la misma, como la forma societaria específica, las reglas dispositivas escogidas para la organización de la sociedad, entre otros), sino que ya no determinará la forma en la que se relacionan los socios entre sí y con la sociedad. Así, no podemos conceptualizar la transferencia de participaciones sociales como una cesión de posición contractual, ni la disolución de la sociedad como una resolución contractual. Discrepamos así de Malagarriga, que considera que el contrato como tal acompaña a la sociedad durante toda su vigencia⁽¹⁶⁾.

Por otro lado, no puede dejar de reconocerse que la sociedad puede tener orígenes distintos al contractual. Se puede citar como ejemplos las sociedades que, incluso hoy en nuestro ordenamiento, pueden ser constituidas por un único socio, en las que la declaración de voluntad unilateral de dicho socio es considerada por la ley como suficiente para la creación de la persona jurídica (sociedades constituidas por el Estado, sociedades subsidiarias de empresas del sistema financiero y de seguros, sociedades de propósito especial, como ejemplos ya citados). Otro ejemplo de interés es el de las Sociedades Mineras de Responsabilidad Limitada, entidades que surgen a partir de la existencia de co-titularidad sobre una concesión minera. Al respecto, el artículo 186 de la Ley General de Minería⁽¹⁷⁾ señala en su primer párrafo:

“Cuando por razón de petitorio, sucesión, transferencia o cualquier otro título, resulten dos o más personas titulares de una concesión, se constituirá de modo obligatorio una sociedad minera de responsabilidad limitada, salvo que las partes decidan constituir una sociedad contractual (...)”.

Asimismo, el artículo 187 de dicho cuerpo normativo establece:

“La sociedad minera de responsabilidad limitada será constituida de oficio por el Jefe del Registro Público de Minería.

La sociedad será inscrita en dicho Registro por el mérito de copia certificada de la resolución que la declare constituida”.

Tenemos entonces que la co-titularidad sobre una concesión minera determina la necesidad de constituir una sociedad, que será la única titular de dicha concesión. Ante la ausencia de acuerdo entre los co-titulares para la constitución de dicha sociedad, en palabras de la norma, “contractual”, el Jefe del Registro Público de Minería, mediante acto administrativo, constituirá una sociedad minera de responsabilidad limitada.

En los ejemplos citados, apreciamos que el ordenamiento determina la creación de una sociedad a partir de circunstancias ajenas al acuerdo contractual. Como señala Paolo Robilliard:

“No creemos que deba llegarse al extremo de negarle importancia a la naturaleza jurídica del acto constitutivo, por lo que consideramos saludable hacer el pequeño esfuerzo de simplemente reconocer que las sociedades no tienen por qué ser siempre constituidas por contrato, y que definitivamente la sociedad no es por naturaleza una relación contractual, sino un ente jurídico creado por su utilidad en el tráfico jurídico (...)”⁽¹⁸⁾.

(16) Ver el acápite 2.1.1 precedente. Es importante señalar que un importante sector de la doctrina considera que el contrato que da origen a la sociedad sobrevive a lo largo de la vida de ésta en el caso de las sociedades personalistas, no así en el caso de las sociedades capitalistas. Este tema será tratado en el acápite 4.1 del presente trabajo.

(17) Ley General de Minería, Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM.

(18) ROBILLIARD D'ONOFRIO, Paolo. *Sociedades de favor. La personalidad jurídica en el desarrollo de la actividad empresarial en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad de Lima, 2009. p. 481.



Alfonso Montoya Stahl

Son, entonces, diversas las circunstancias que el ordenamiento ha decidido suficientes para la creación de la persona jurídica societaria. Estas circunstancias no se circunscriben al acuerdo de voluntades entre partes contratantes sino que también incluyen -hoy con carácter excepcional- las declaraciones de voluntad unilaterales de determinados sujetos y hasta un acto administrativo. ¿Por qué no eliminar este carácter excepcional y permitir en forma genérica que la voluntad unilateral permita la constitución de una sociedad? En otras palabras, ¿por qué no aceptar en forma general (no excepcional) que pueden existir actos constitutivos de sociedades que no tenga un origen contractual?

Es necesario liberarse de la concepción según la cual la personalidad jurídica de la sociedad y la eventual responsabilidad limitada que puede ir aparejada a la forma societaria sólo se justifican sobre la base de un sustrato plural de socios.

2.1.2.2. La sociedad como forma de regular intereses patrimoniales de colaboración conjunta entre varios sujetos
Al describir el argumento en contra de la unipersonalidad basado en la naturaleza contractual de la sociedad señalábamos que una variación del mismo sustenta que la finalidad de la sociedad es regular relaciones jurídicas patrimoniales entre varias personas. La justificación de la regulación de la sociedad -según esta variación del argumento- sería entonces la regulación dichos intereses plurales. La inexistencia de esa pluralidad de intereses haría que la autonomía patrimonial que confiere a una sociedad el ordenamiento mediante la atribución de personalidad jurídica sea injustificada. En otras palabras, al margen de los alcances de la naturaleza contractual de la sociedad, el argumento sostiene que no se puede negar su finalidad reguladora de intereses patrimoniales de colaboración conjunta entre varios sujetos para el desarrollo de actividad empresarial.

Cabe entonces preguntarnos cuál es la finalidad que desempeñan las sociedades en el sistema económico. La

respuesta dista de ser sencilla. No es la finalidad de este artículo analizar con detalle estas funciones, pero sí podemos afirmar que las mismas están lejos de circunscribirse al establecimiento de una estructura sujeta a reglas tipo que facilita la regulación de intereses patrimoniales de colaboración conjunta entre varios sujetos para el desarrollo de actividades empresariales.

Hansmann y Kraakman, en su trabajo *El Rol Esencial del Derecho de las Organizaciones* señalan:

“En toda economía de mercado desarrollada, el derecho proporciona una serie de formas o tipos de entidades legales estándar (...). En gran medida, estos tipos de entidades legales son simplemente contratos modelos celebrados entre las partes que participan en una empresa (...). Es natural entonces preguntarse qué cosa, si algo, es lo que estas entidades ofrecen que no pueden lograrse simplemente con el régimen general del derecho contractual”⁽¹⁹⁾.

En los próximos párrafos nos referiremos en extenso algunos aspectos centrales de dicho artículo, ya que consideramos que proporciona un marco teórico inmejorable para entender la amplitud funcional de las sociedades⁽²⁰⁾.

Los autores mencionados reconocen que el derecho de las organizaciones proporciona un conjunto de reglas relativas a los derechos de los acreedores de la entidad y los acreedores de los beneficiarios⁽²¹⁾ de la entidad. A este conjunto de reglas lo denominan “separación de activos” (*asset partitioning*), que determina

(19) HANSMANN, Henry, y Reinier KRAAKMAN. *El Rol Esencial del Derecho de las Organizaciones*. En: Themis. Número 46. Lima, 2003. p. 16.

(20) Véase en especial los acápite III y IV del artículo mencionado en la cita anterior.

(21) Por “beneficiarios” nos referimos a las personas que, respecto de una entidad cuentan con el poder decisorio supremo (aunque pueden delegarlo a los administradores de la misma), por ejemplo, los accionistas de una sociedad anónima y el titular en una EIRL.



la separación de los activos de la entidad de aquéllos de sus beneficiarios, acreedores y administradores.

Para los autores la separación de activos tiene dos componentes: (i) la designación de un conjunto de activos asociado a la empresa y distinto a los activos personales de los beneficiarios y administradores de la misma (lo que podríamos llamar la autonomía patrimonial de la entidad); y, (ii) la asignación de prioridades a los acreedores de los beneficiarios de la entidad y de la entidad misma. Esta asignación de prioridades a su vez tiene dos modalidades:

- a) La separación afirmativa de activos (*affirmative asset partitioning*). Esta separación determina que los acreedores de los beneficiarios de la entidad no podrán emplear los activos de la sociedad para cobrar lo que les adeude el beneficiario. Por ejemplo, el acreedor de un accionista de una sociedad anónima no podrá embargar los bienes de la sociedad misma para cobrar las deudas del accionista.
- b) La separación defensiva de activos (*defensive asset partitioning*). Esta separación determina que los acreedores de la entidad no podrán emplear los activos de los beneficiarios de la misma para cobrar lo que les adeude la entidad. Uno de los ejemplos de esta forma de separación de activos es la responsabilidad limitada, que impide, por ejemplo, al acreedor de una sociedad anónima embargar los bienes de los accionistas de la misma para cobrar las deudas de la sociedad. Los autores reconocen que la responsabilidad limitada es el tipo más fuerte de separación defensiva de activos, pero que existen otros tipos más tenues, llegando incluso a la ausencia misma de esta forma de separación de activos.

La tesis central de los autores es que la separación afirmativa de activos resulta esencial al derecho de las organizaciones porque no podría lograrse mediante reglas de naturaleza contractual, lo que sí sería posible respecto de la separación defensiva de activos. En el artículo, los autores analizan los diferentes beneficios tanto de la separación afirmativa de activos como los de la separación defensiva de activos.

El marco teórico proporcionado por Hansmann y Kraakman permite entender que la regulación de las sociedades proporciona mucho más que un conjunto limitado de tipos societarios (formas societarias) orientados a regular las

relaciones entre beneficiarios de una empresa. Podemos citar varios ejemplos adicionales de la funcionalidad de una sociedad que no se vinculan a la existencia de un sustrato plural de beneficiarios (socios) en la misma. Por ejemplo:

- a) La búsqueda de la limitación de responsabilidad (la “partición defensiva de activos”, en los términos de los autores), que permita al beneficiario de la empresa obtener la seguridad de que sus activos personales no se verán afectados por el resultado de la empresa que busca desarrollar.
- b) La creación de una entidad que pueda vincularse con diversos acreedores garantizando que los eventuales acreedores del beneficiario no tendrán acceso a los activos del negocio (la “partición defensiva de activos”, en los términos de los autores). Dependiendo del tipo de negocio y activos involucrados, esta separación puede ser fundamental para dar a la entidad acceso al crédito al proveer de mayor seguridad a los eventuales acreedores sobre el conjunto de activos con el que podrían cubrir sus acreencias.
- c) Los autores también reconocen que el costo del crédito puede verse reducido si una sociedad opta por desarrollar negocios distintos mediante subsidiarias distintas. Los autores sostienen que los acreedores que conocen un negocio específico estarán en mejor posición de medir sus riesgos (y, consecuentemente, de valorizar su crédito) si la sociedad se dedica exclusivamente al rubro de negocios que ellos conocen. Si la sociedad se dedica a más de un rubro, no tendrán los elementos necesarios para medir los riesgos de otros rubros y ello encarecerá el crédito que proporcionan. Esa es una de las razones por las que se forman grupos societarios, agrupando en



Alfonso Montoya Stahl

sociedades con un control común actividades económicas distintas. En este contexto, Hansmann y Kraakman señalan:

“El uso de una *corporation sole* [una sociedad anónima unipersonal] para lograr una separación eficiente de activos no tiene porqué (sic) limitarse, además, a sociedades anónimas que son subsidiarias de otras sociedades anónimas; una eficiencia similar puede obtenerse constituyendo separadamente un negocio que sea de propiedad de un solo individuo. La oposición a la *corporation sole* como un tipo jurídico aceptable -una oposición que hace mucho murió en los Estados Unidos, pero que continúa en muchas jurisdicciones de Derecho Civil- proviene de una falla al apreciar este hecho. Aunque el término “sociedad anónima” sugiere una entidad plural, la razón fundamental del modelo de separación de activos establecido para la sociedad mercantil no depende de la pluralidad en la propiedad de la empresa, y no existe razón alguna para insistir en la propiedad plural cuando se emplea dicho modelo”⁽²²⁾.

Podemos ver así cómo la separación de activos proporcionada por las sociedades tiene funciones muy importantes que trascienden a la existencia de una pluralidad de socios y la regulación de sus relaciones entre sí. La regulación de las sociedades no se limita a ser una regulación de modelos contractuales de reglas de interacción entre socios para el desarrollo de actividad empresarial.

2.2. Otras objeciones a la unipersonalidad

Existen algunas otras objeciones a la unipersonalidad que no se sustentan en la naturaleza contractual de la sociedad, aunque, como veremos, algunas de ellas se relacionan estrechamente con el argumento contractual. A continuación, nos referiremos sucintamente a ellas adelantando como conclusión general que, en nuestra opinión, estas objeciones no aportan elementos justificados para limitar una regulación permisiva de la unipersonalidad.

2.2.1. La esencia plural de la persona jurídica

Esta objeción sustenta que las personas jurídicas tienen como fundamento un sustrato plural de individuos. Bajo esta concepción, la única justificación para que el ordenamiento jurídico reconozca el surgimiento de una persona jurídica (así como las consiguientes autonomía patrimonial y capacidad de goce y ejercicio de derechos) es la existencia de la necesidad de coordinar intereses de una pluralidad de individuos. Desaparecida la pluralidad de individuos carece de sentido la personería jurídica. Puede notarse que este argumento no es sino una variación poco sutil del argumento contractual en contra de la unipersonalidad, al que nos hemos referido precedentemente, según el cual la justificación de la regulación de la sociedad sería entonces la regulación de intereses patrimoniales de colaboración conjunta entre varios sujetos. La diferencia es que el argumento reposa aquí en la supuesta naturaleza plural de la persona jurídica y no en la naturaleza plural del contrato.

El argumento es abordado en 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⁽²³⁾:

“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

(22) HANSMANN, Henry y Reinier KRAAKMAN. *Op. Cit.*; p. 23.

(23) Esta resolución es un precedente ineludible en España para el tratamiento de la unipersonalidad, ya que analiza la negativa de inscripción de una modificación estatutaria en el registro público basada en la situación de unipersonalidad de la sociedad en cuestión. La resolución, posterior a la 12 Directiva de la Comunidad Económica Europea sintetiza los argumentos -desde la perspectiva del derecho español- a favor de la admisión de la unipersonalidad.



“Uno es compañía...” La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú

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” (...), que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas”. (Énfasis en el original).

El abandono por parte de nuestro ordenamiento de las tesis realistas sobre la atribución de personalidad jurídica referidas en la cita previa es patente, al admitirse la EIRL, una persona jurídica diseñada para un único titular beneficiario, así como la atribución de personalidad jurídica a la fundación, una entidad que se desliga en forma definitiva de la persona o personas que realizaron el aporte patrimonial para su constitución. Aplicando el marco conceptual presentado por Hansmann y Kraakman al que nos hemos referido en el acápite 2.1.2.2. de este trabajo, podemos señalar que tanto la EIRL como la fundación son formas de personas jurídicas cuyas finalidades se vinculan directamente con la “separación de activos” antes que con la coordinación de intereses entre beneficiarios de la entidad.

No nos encontramos entonces ante un argumento atendible para limitar la unipersonalidad. Las personas jurídicas cumplen funciones que trascienden la coordinación de los intereses individuales de sus beneficiarios, por lo que la atribución de personalidad jurídica por parte de nuestro ordenamiento no se circunscribe a entidades que coordinen dichos intereses. Consideramos que los dos ejemplos citados (la EIRL y la fundación) demuestran que hay otras circunstancias en las que el ordenamiento ha considerado conveniente la atribución de personalidad jurídica. En tal sentido, coincidimos con Paolo Robilliard cuando señala:

“La existencia jurídica de la persona jurídica es independiente a la existencia jurídica de la persona o personas que, de ser el caso, la integren como parte de su sustrato personal. Ni la pluralidad de sujetos ni la existencia de un sustrato personal

son elementos esenciales para la atribución de personalidad jurídica.

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”⁽²⁴⁾.

La personalidad jurídica como atribución del ordenamiento jurídico no es consecuencia entonces de la constatación de una realidad plural subyacente, sino de la existencia de una situación específica a la que el ordenamiento ha considerado conveniente rodear de los atributos propios de la personalidad jurídica, por razones que pueden ser marcadamente distintas a la ya mencionada pluralidad subyacente.

2.2.2. La responsabilidad patrimonial universal

Esta objeción se basa en la concepción según la cual una persona responde con el íntegro de su patrimonio por las deudas que contraiga. Este concepto, elevado a la categoría de principio, sería un obstáculo conceptual para la sociedad unipersonal, porque ésta sería una forma de dividir el patrimonio de una misma persona, limitando las posibilidades de cobro de los acreedores, sean estos acreedores personales o vinculados a la actividad empresarial del sujeto. Al referirse a este argumento, la doctrina española cita el artículo 1911 del Código Civil español, que señala: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. Si bien es una regla general totalmente vigente en nuestro ordenamiento, no tiene un correlativo legislativo en el Perú similar al citado artículo del Código Civil español.

(24) ROBILLIARD D'ONOFRIO, Paolo. *Op. Cit.*; pp. 589 y 590.



Alfonso Montoya Stahl

Una primera observación es que la regla general de la responsabilidad patrimonial universal admite variadas excepciones. En nuestro ordenamiento, por ejemplo, no pueden dejar de mencionarse las normas sobre el fideicomiso. Si elevamos esta regla general a la categoría de principio monolítico, el fideicomiso, figura de gran relevancia económica, constituiría una transgresión inaceptable.

Asimismo, el argumento tiene una respuesta evidente a nivel formal. La creación de una sociedad unipersonal conlleva la creación de una persona jurídica, es decir un sujeto de derechos distinto. No hay una partición del patrimonio individual, sino una transferencia patrimonial a otra persona, materializada a través del aporte. Dicho aporte para la creación de esta persona jurídica goza de las reglas generales de protección a los acreedores aplicables a cualquier transferencia patrimonial en nuestro ordenamiento.

La respuesta formal antes descrita puede ser cuestionada sosteniendo que, a pesar de existir dos personas distintas, se está violando la esencia del principio. Llevar este razonamiento al extremo, conllevaría la proscripción de la formación de personas jurídicas en las que se requiera un aporte. Efectivamente, los aportantes de la persona jurídica estarían siempre fraccionando su patrimonio en posible perjuicio de acreedores. ¿Por qué entonces sí se permitiría la constitución de sociedades con varios socios y no sociedades unipersonales? La respuesta sería inequívocamente la idea de que, al existir pluralidad de socios, surge un interés amparable que no existe en la singularidad. Esto nos lleva nuevamente a los diferentes cuestionamientos planteados a la idea de la sociedad -y más ampliamente la persona jurídica- exclusivamente entendida como una forma de coordinar intereses de una pluralidad de beneficiarios que han sido tratados en acápites anteriores.

Así, la llamada responsabilidad patrimonial universal no aporta argumentos atendibles para proscribir una regulación permisiva de la unipersonalidad.

2.2.3 Correlación entre poder y responsabilidad

Una objeción a la unipersonalidad parte de reconocer un supuesto principio según el cual la capacidad de gestión de una sociedad debe ir aparejada con una responsabilidad ilimitada. Este principio se rompería en la sociedad unipersonal que opte por organizarse bajo una forma de responsabilidad

limitada, ya que habría un poder omnímodo concentrado en el socio único, protegido por la responsabilidad limitada.

La existencia de este supuesto principio se sustenta en las normas que asocian la administración de las sociedades colectivas y en comandita con las personas sujetas a responsabilidad ilimitada. En nuestro ordenamiento, por ejemplo, podríamos citar el artículo 270 de la Ley General de Sociedades que atribuye a los socios de la sociedad colectiva la administración de la sociedad (aunque se admite disposición en contrario del pacto social), o el derecho de los socios colectivos de las sociedades en comandita a administrar la misma, derecho no atribuido a los socios comanditarios, que limitan su responsabilidad (reglas derivadas de los artículos 281 y 282 de la Ley General de Sociedades).

El problema evidente de este argumento es que eleva a la categoría de principio lo que constituyen normas específicas de determinados tipos de sociedades. La concentración de poder en una sociedad puede producirse por la concentración de la tenencia de acciones o participaciones (o mecanismos adicionales, como los pactos de accionistas), con independencia de la forma societaria y, consiguientemente, con independencia de la limitación de responsabilidad de la persona que ejerce tal poder. En palabras de Duque Domínguez:

“Otra de las objeciones ha sido que el reconocimiento por la ley de este tipo de empresas [se refiere a las empresas individuales de responsabilidad limitada] se opone al principio no formulado explícitamente de que el poder ilimitado para gestionar la empresa es inseparable de la responsabilidad ilimitada.

Pero la conexión entre dominio en la gestión de la empresa y responsabilidad ilimitada se



viene poniendo en cuestión por la doctrina que, analizando más de cerca la realidad económica actual, no duda en calificar este principio como una incorrecta generalización de algunos fenómenos en el campo de las sociedades para elevarlo al rango de principio constitucional de la economía⁽²⁵⁾.

3. La EIRL como alternativa a la unipersonalidad

En el Perú existe la figura de la EIRL a partir de la vigencia del Decreto Ley 21621, promulgado el 14 de septiembre de 1976. El artículo 1 de esta ley define a la EIRL como “una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley 21435”.

La EIRL fue creada con la finalidad de permitir al empresario individual el acceso a una forma de limitar su responsabilidad, a la par que fomentar el desarrollo de la pequeña empresa, tal como señalan los considerandos de la norma⁽²⁶⁾. Un antecedente doctrinal innegable de la regulación de la EIRL en el Perú es el trabajo de Lucrecia Maisch von Humboldt, “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Proyecto de Ley Tipo para América Latina”, publicado en 1970⁽²⁷⁾. En la primera parte de este trabajo, Lucrecia Maisch describe los antecedentes doctrinales y legislativos en torno a la limitación de responsabilidad del empresario individual, concluyendo que la solución jurídica adecuada para proveer del beneficio de la responsabilidad limitada al empresario individual es

la EIRL. Al respecto, es pertinente citar su comentario a una de las conclusiones del informe final de VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, en el que se trató, entre otros temas, el referido a la sociedad de un solo socio. En dicho informe el jurista holandés Haardt se pronuncia a favor de la regulación de la sociedad de un solo socio, conclusión comentada por Lucrecia Maisch de la siguiente forma:

“Coincidimos plenamente con el jurista holandés, en lo referente a la innegable existencia de las sociedades unipersonales y en la necesidad y urgencia de reglamentar el fenómeno, pero discrepamos totalmente de la solución acordada. Si resulta imprescindible acordar la limitación de responsabilidad al empresario individual ¿Por qué hacerlo en una forma encubierta e indirecta? ¿Por qué valernos de una figura jurídica que tiene su perfecta aplicación cuando hay verdaderamente un elemento pluripersonal, y desfigurándola, adaptarla para un único titular?”⁽²⁸⁾.

La EIRL es entonces concebida como un mecanismo que permite canalizar el interés de limitar la responsabilidad del comerciante individual y fomentar la pequeña empresa, sin generar incoherencias conceptuales con

(25) DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. *La 12ª Directiva del Consejo (89/67/CEE de 21 de diciembre de 1989) sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada*. En: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Civitas – Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1991. p. 265.

(26) “Que por Decreto Ley 21435 se ha dictado la Ley de la Pequeña Empresa de Propiedad Privada, a fin de promover su desarrollo y contribución a la generación de empleo y riqueza en la economía nacional; “Que dicho Decreto Ley considera a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, como forma de organización empresarial con personalidad jurídica diferente a la de su Titular a fin de facilitar el eficaz desenvolvimiento de la Pequeña Empresa; Que dicha forma jurídica de organización empresarial limita responsabilidad de su Titular al patrimonio comprometido en la Empresa, introduciendo un efecto promocional y de estímulo a la capacidad empresarial y a la movilización de capitales, que muchas veces permanecen inactivos o no son utilizados eficientemente; (...)”.

(27) MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Proyecto de Ley Tipo para América Latina*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970.

(28) MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Op. Cit.*; p. 51.



Alfonso Montoya Stahl

Cuadro 1: Sociedades y EIRL constituidas en 2008

Tipos Meses	SA	EIRL	SRL	Otras	Total (#)
Enero	49%	27%	15%	9%	4382
Febrero	46%	30%	14%	10%	4808
Marzo	48%	32%	13%	7%	4285
Abril	49%	31%	13%	7%	4793
Mayo	51%	28%	12%	9%	4225
Junio	51%	28%	14%	7%	4563
Julio	48%	32%	13%	7%	4563
Agosto	54%	27%	15%	4%	4521
Setiembre	53%	31%	13%	3%	4824
Octubre	48%	32%	14%	6%	4941
Noviembre	51%	30%	13%	6%	4193
Diciembre	48%	31%	15%	6%	4073

Cuadro 2: Sociedades y EIRL constituidas en 2009

Tipos Meses	SA	EIRL	SRL	Otras	Total (#)
Enero	49%	31%	14%	6%	4498
Febrero	50%	31%	13%	6%	4667
Marzo	51%	29%	14%	6%	4939
Abril	52%	28%	13%	7%	4482
Mayo	53%	28%	13%	6%	4343
Junio	52%	29%	13%	6%	4612
Julio	53%	29%	13%	5%	4157
Agosto	51%	30%	13%	6%	4723
Setiembre	54%	28%	12%	6%	4675
Octubre	54%	28%	11%	7%	4592
Noviembre	53%	29%	12%	6%	4598
Diciembre	52%	29%	13%	6%	4130

Cuadro 3 Promedios 2008-2009

Tipos Años	SA	EIRL	SRL	Otras	Total (#)
2008	49.67%	29.92%	13.67%	6.75%	4514.25
2009	52.00%	29.08%	12.83%	6.08%	4534.67
2008-2009	50.83%	29.50%	13.25%	6.42%	4524.46

la naturaleza de sociedad. Ello determina que sea regulada en una ley ajena a la que norma a las sociedades, a pesar de que las materias reguladas por ambas leyes respecto de las personas jurídicas a las que se refieren sean las mismas (por ejemplo normas sobre el acto constitutivo de estas personas jurídicas, su domicilio, nombre, responsabilidad, entre otras).

No se puede negar que la EIRL es una persona jurídica de amplia aceptación en el Perú. Las estadísticas que presentamos a continuación⁽²⁹⁾ lo demuestran. Si tomamos como universo la totalidad de sociedades y EIRL inscritas a nivel nacional durante los años 2008 y 2009, vemos que el 29.5% del mismo está constituido por EIRL. Adicionalmente, podemos notar que, consistentemente a lo largo de los 24 meses analizados, se constituyen el doble de EIRL que de sociedades comerciales de responsabilidad limitada, siendo la sociedad anónima la única forma societaria más empleada que la EIRL.

Cabe entonces preguntarnos si la regulación de la EIRL hace innecesario el debate sobre una regulación permisiva de la unipersonalidad. Sin restarle importancia a la EIRL como forma de canalizar el desarrollo de actividades empresariales por parte de empresarios individuales, importancia confirmada por las estadísticas antes citadas, consideramos que la regulación permisiva de la unipersonalidad es conveniente en nuestro ordenamiento. Ello porque la EIRL no es la forma única de canalizar los intereses de los empresarios individuales para el desarrollo de actividades empresariales a partir de una estructura jurídica que les permita limitar su

(29) Los cuadros estadísticos presentados han sido elaborados a partir de información disponible en la sección "Registro de Personas Jurídicas" de la publicación mensual de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP). *Pulso Registral* correspondiente a los meses entre enero de 2008 y diciembre de 2009. La información se encuentra disponible en web: <http://www.sunarp.gob.pe/PulsoRegistral.asp>.



“Uno es compañía...” La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú

responsabilidad. En efecto, a pesar de que la regulación de la EIRL en el Perú tiene aproximadamente 34 años es fácil notar que se siguen empleando las sociedades de favor⁽³⁰⁾. Como señala Paolo Robilliard:

“Un muestreo muy simple de la realidad peruana nos permite encontrar indicios de la efectiva presencia del fenómeno de la constitución de sociedades de favor, en la experiencia del público en general, en la información disponible en los Registros Públicos, en la comunicada por las empresas participantes en el mercado de valores, en la experiencia de los abogados especializados en empresas, y en las afirmaciones de las propias personas que optan por la constitución de sociedades de favor⁽³¹⁾. ¿Qué explica que la EIRL no sea suficiente para la canalización de los intereses del empresario individual? Consideramos que esta persona jurídica tiene algunas limitaciones.

Una primera limitación a la solución de la EIRL es su asociación con actividades económicas de pequeña empresa. No puede perderse de vista que la EIRL, tal como ya se ha afirmado, fue creada sobre dos concepciones fundamentales: la limitación a la responsabilidad del empresario individual y el fomento de actividades económicas de pequeña empresa. La propia definición legal de EIRL señala que ésta se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley 21435. Si bien es cierto que el Decreto Ley 21435 fue derogado y hoy no existen limitaciones de índole particular a las actividades que

puede desarrollar una empresa que califique como micro o pequeña empresa en el marco de la legislación vigente⁽³²⁾, se mantiene la concepción generalizada según la cual la EIRL es una forma jurídica apropiada sólo para negocios de pequeña envergadura. Esta concepción no tiene hoy un sustento normativo, sin embargo consideramos que persiste al momento de escoger la forma jurídica para el desarrollo de actividad empresarial.

Otra limitación de la EIRL es que se requiere de un procedimiento de transformación para poder incorporar un interés de otro propietario. En efecto, la titularidad sobre la EIRL corresponde a una sola persona natural (llamada “Titular”) sin que sea posible que ésta integre los intereses de una colectividad de sujetos. Así, la sociedad de favor tiene como ventaja sobre la EIRL la posibilidad de incorporar en forma simple el interés de nuevos socios, mientras que en la EIRL dicha incorporación podría darse sólo luego de seguir un procedimiento formal de transformación.

Una tercera limitación para las EIRL es la prevista en el artículo 4 del Decreto Ley 21621, según la cual sólo las personas naturales pueden ser titulares de una EIRL.

Cabe señalar que los promedios sobre la incidencia porcentual de cada forma de persona jurídica obtenidos en el cuadro 3 se basan en la información porcentual mensual previamente descrita en los cuadros 1 y 2. Entendemos que estos porcentajes han sido sujetos a un redondeo, lo que altera en forma poco significativa, los promedios obtenidos en el cuadro 3.

Es preciso también señalar que la información proporcionada no contempla las sociedades mineras de responsabilidad limitada.

El autor agradece la asistencia de la señorita Samanta Mallma Kiritsa en la recopilación estadística y la elaboración de estos cuadros.

- (30) Entendemos por sociedad de favor una en la que la pluralidad de socios está presente solo de manera formal, ya que uno o más socios actúan en interés de una única persona, que también detenta la calidad de socio. En palabras de Paolo Robilliard: “Una ‘sociedad de favor’ es aquella constituida por dos o más personas, pero en interés de únicamente una de ellas, fingiéndose una intención asociativa con el único propósito de cumplir -formalmente- con la exigencia de pluralidad de socios que impone la ley. ROBILLIARD D’ONOFRIO, Paolo. *Op. Cit.*; p. 45.
- (31) ROBILLIARD D’ONOFRIO, Paolo. *Op. Cit.*; pp. 45 y 46. Este autor hace un interesante acercamiento empírico a la presencia de sociedades de favor en nuestro ordenamiento en el capítulo I de la tesis.
- (32) Son de particular relevancia hoy el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y de Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE (aprobado por Decreto Supremo 007-2008-TR) y su reglamento (aprobado por Decreto Supremo 008-2008-TR).



Alfonso Montoya Stahl

Recordemos que la EIRL nace con la finalidad de dotar al empresario individual (persona natural) de un mecanismo que le permita limitar la responsabilidad. No es entonces un mecanismo previsto para personas jurídicas. De esta forma, los grupos empresariales que constituyen diferentes sociedades vinculadas para limitar riesgos no pueden valerse de la EIRL.

Consideramos que las limitaciones antes señaladas determinan que tenga sentido que nuestro ordenamiento realice las modificaciones necesarias para la admisión general de la unipersonalidad en las sociedades, sin perjuicio de que las sociedades de un solo socio coexistan en el ordenamiento con las EIRL. Puede argumentarse que al menos dos de estas objeciones (la asociación con actividades de pequeña empresa y la imposibilidad de que una persona jurídica constituya una EIRL) podrían ser corregidas con modificaciones legislativas sencillas en la Ley de la EIRL, que no requerirían de la introducción de la sociedad unipersonal en nuestro ordenamiento. Sin perjuicio de ello, consideramos que regular permisivamente la sociedad unipersonal es relativamente sencillo y permitiría a los empresarios individuales y grupos de empresas emplear una estructura para realizar actividades empresariales que goza de una aceptación universal, con la que podrían adaptarse fácilmente al surgimiento de una situación de pluralidad. Esta apertura contribuiría a un ordenamiento flexible, que otorga múltiples posibilidades de organización. Serán finalmente los usuarios los que emplearán las formas de organización que sirvan mejor a sus intereses. Además, el evidente uso de sociedades de favor en nuestro ordenamiento demuestra que hay situaciones en las cuales las EIRL, sin menoscabar su aceptación e importancia, no es considerada una estructura jurídica adecuada para emprendimientos empresariales unipersonales.

4. Pautas para la apertura de la regulación societaria a la unipersonalidad

A lo largo de este trabajo nos hemos referido a la conveniencia de regular permisivamente la unipersonalidad. Antes de concluirlo, trataremos de forma sucinta las ideas centrales que consideramos deben tomarse en cuenta para regular en forma permisiva la unipersonalidad en el Perú. Para ello, usaremos

como referente comparativo la Directiva 89/667/CEE de la Comunidad Económica Europea y la recepción normativa que dicha directiva tuvo en España. La finalidad de este acápite no es analizar en forma exhaustiva todos los aspectos que requerían ser normados en nuestro ordenamiento para una adecuada recepción de la unipersonalidad en forma permisiva, sino establecer las líneas generales a partir de las cuales consideramos que debe realizarse este análisis.

Como cuestión general consideramos que la regulación de la sociedad unipersonal debe considerar normas especiales para este tipo de sociedades únicamente cuando ello sea estrictamente necesario. Como señala Paolo Robilliard:

“(…) una eventual admisión plena de las sociedades unipersonales en nuestro país, deberá cuidar que la unipersonalidad se constituya como un efectivo medio para añadir eficiencia al sistema empresarial, en lugar de condenarse al fracaso con una defectuosa regulación. Las alternativas irán desde la consideración de las sociedades unipersonales como algo absolutamente normal, hasta la imposición de fuertes mecanismos de control. Queda claro que nuestra elección se inclinaría hacia la primera opción, pero en definitiva se requiere un análisis cuidadoso de la conveniencia de imponer, por ejemplo, algún mecanismo de publicidad”⁽³³⁾.

Es cierto que las sociedades de favor parecen tener un costo muy bajo en nuestro ordenamiento, en el sentido que su uso es profuso y no parecen en la práctica ser materia de sanciones o conflictos específicos. Sobre esta base, una regulación gravosa de la unipersonalidad parecería destinada al fracaso, ya que no representaría una opción a la sociedad de favor. Sin perjuicio

(33) ROBILLIARD D'ONOFRIO, Paolo. *Op. Cit.*; p. 514.



de esta constatación de orden práctico, nuestro análisis se centrará en la real necesidad de normas especiales para la unipersonalidad.

Nos referiremos a continuación a las formas societarias en las que consideramos debe regularse la unipersonalidad permisivamente, para luego analizar los alcances de esta regulación.

4.1 Formas societarias

Un primer tema relacionado con la regulación permisiva de la unipersonalidad es si debe extenderse a todos los tipos societarios o sólo comprender algunos de éstos. Nuestra opinión es que la regulación permisiva de la unipersonalidad debe referirse exclusivamente a las dos formas societarias más empleadas, la sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada. El fundamento de esta posición, desde nuestro punto de vista, es más práctico que conceptual: consideramos que reglas más permisivas sobre la unipersonalidad respecto de las otras formas societarias existentes en nuestro ordenamiento (la sociedad colectiva, la sociedad en comandita ordinaria, la sociedad en comandita por acciones, la sociedad civil ordinaria y la sociedad civil de responsabilidad limitada) no son necesarias. La falta de necesidad obedece a que se trata de formas societarias tipológicamente desarrolladas para coordinar la acción de varios socios. Basta por ejemplo señalar a las sociedades en comandita, concebidas como una forma de coordinación entre socios capitalistas (socios comanditarios) y socios industriales (socios colectivos). Tiene más sentido regular permisivamente la unipersonalidad en los tipos societarios que son empleados entre otras funciones para segregar activos (siguiendo el marco conceptual descrito en el acápite 2.1.2.2. de este trabajo), como la sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

Es relevante destacar que un importante sector de la doctrina considera que la unipersonalidad está conceptualmente vedada a las sociedades “personalistas”⁽³⁴⁾. Al respecto, resulta de sumo interés el considerando segundo de la Resolución de 21 de junio de 1990 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RJ/1990/5366) de España:

“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-

(34) El concepto de sociedad “personalista” como contrapuesto al de “sociedad de capital” no es unívoco. Conceptualmente, la sociedad personalista es aquella en la que los socios basan su asociación en vínculos *intuitu personae*, mientras que, en la sociedad de capitales no existirían tales vínculos, sino un énfasis en el aporte del socio (con prescindencia de sus calidades personales).

Sobre esta base, se suele asociar determinadas formas societarias con un carácter personalista (por ejemplo la sociedad colectiva), mientras que otras (por ejemplo la sociedad anónima) con un carácter capitalista. Estos es altamente relativo, si tomamos en cuenta el alto nivel de determinación de la estructura de una sociedad que se libra a la autonomía de la voluntad de los socios al momento de configurar su organización y funcionamiento. Así, pueden emplearse formas originalmente capitalistas pero organizarlas agregando elementos personalistas.



Alfonso Montoya Stahl

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 (...)] 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”. (Énfasis en el original).

En el mismo sentido se pronuncia Alberto Alonso Ureba, al señalar: “En las sociedades mercantiles personalistas el contrato de sociedad despliega su eficacia produciendo derechos y obligaciones entre las partes, de modo que la sociedad se sustenta sobre esas recíprocas relaciones contractuales que sólo serán posibles en tanto subsistan al menos dos socios. En este sentido, el contrato fundacional subsiste durante la vida de la sociedad, determinando las relaciones de los socios entre sí (*actio pro socio*), así como el régimen estructural y de funcionamiento de la sociedad misma”⁽³⁵⁾.

Como ejemplos de esta afirmación, Alberto Alonso Ureba cita entre otras, disposiciones del derecho español bajo las cuales se requiere del acuerdo unánime de los socios para modificar el contrato de sociedad en sociedades personalistas (equivalentes, por ejemplo, al artículo 267 de nuestra Ley General de Sociedades que dispone la necesidad de un acuerdo unánime para modificar el pacto social de una sociedad colectiva) o disposiciones según las cuales la muerte del socio produce la disolución de la sociedad (equivalentes al artículo 408 de la Ley General de Sociedades en la parte que dispone que la muerte de un socio en la sociedad colectiva conlleva la disolución de la misma, aunque en nuestro ordenamiento se admite disposición en contrario del pacto social), concluyendo que “Todo ello hace imposible desde un

punto de vista jurídico-negocial la sociedad personalista unipersonal, siendo unánime (sic) en este sentido la doctrina europea”⁽³⁶⁾.

Nosotros no compartimos esta opinión (tal como hemos señalado en el acápite 2.1.2.1. de este trabajo), al no considerar que el contrato que pueda haber dado origen a una sociedad personalista (o a cualquier sociedad) persista a lo largo de la vida de la persona jurídica originada. En nuestro ordenamiento, la existencia de reglas de corte personalista (como la disolución en caso de muerte de un socio o la necesidad de acuerdos unánimes para la modificación del pacto social) puede ser perfectamente replicada en los estatutos de sociedades anónimas o de sociedades comerciales de responsabilidad limitada (consideradas formas societarias “capitalistas”). En ese sentido, postulamos que, bajo la ley peruana, en cualquier tipo societario el contrato que pueda haberle dado origen se agota con la constitución de la sociedad. Lo que hace inconveniente la regulación de normas más permisivas de la unipersonalidad en los tipos societarios personalistas es que usualmente son empleados (sin descartar de llano otras funciones) para coordinar la relación entre socios. Si éste es su uso primordial, la regulación permisiva de la unipersonalidad no parece ser necesaria, bastando en estos casos la regla general que permite la unipersonalidad sobrevinida por un plazo que no exceda de 6 meses (artículo 4 de la Ley General de Sociedades). En conclusión, no se trata, desde nuestro punto de vista, de una diferencia ontológica en el destino del contrato que da origen a los tipos societarios, sino una consideración meramente práctica.

Cabe señalar que la Directiva 89/667/CEE de la Comunidad Económica Europea contempla

(35) ALONSO UREBA, Alberto. *La 12 Directiva y su incidencia en la jurisprudencia española*. En: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Civitas, 1991. p. 112.

(36) ALONSO UREBA, Alberto. *Op. Cit.; Loc. Cit.*



“Uno es compañía...” La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú

en principio la regulación de la unipersonalidad para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (entidades equivalentes en cada país miembro, según el listado incluido en el artículo 1 de la directiva)⁽³⁷⁾, pudiendo extender la misma a las sociedades anónimas (artículo 6). Tal ha sido el caso de España, que al adaptar su legislación societaria a la indicada directiva ha previsto la unipersonalidad para ambas formas societarias.

4.2 La necesidad de reglas especiales

Además de la pregunta sobre las formas societarias respecto de las cuales la unipersonalidad debe ser regulada permisivamente, cabe cuestionarse si la regulación requiere de normas especiales, es decir, una regulación aplicable exclusivamente a las sociedades que estén en una situación de unipersonalidad y no aplicable a la generalidad de sociedades.

Como referente, notamos que la Directiva 89/667/CEE de la Comunidad Económica Europea establece pautas para la regulación de la unipersonalidad que contemplan inequívocamente determinadas normas especiales, relativa a limitaciones por el tipo de socio único o el número de sociedades unipersonales, la publicidad de la unipersonalidad, el funcionamiento de los órganos sociales en la sociedad unipersonal y la contratación con el socio único. A continuación, analizaremos la justificación de una regulación relativa a los rubros antes citados.

4.2.1 La limitación por el tipo de socio único o número de sociedades unipersonales

El artículo 2 de la Directiva 89/667/CEE establece dos situaciones que pueden ser materia de regulación especial o sanciones por parte de los estados miembros de la comunidad: que una persona natural sea socio único de varias sociedades

y que una sociedad (unipersonal o no) sea socio único de otra sociedad⁽³⁸⁾.

Para explicar esta disposición, conviene tomar en cuenta que la parte considerativa de la mencionada directiva establece la conveniencia de “prever la creación de un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad”. Asimismo, se hace mención al programa de acción adoptado a favor de las pequeñas y medianas empresas. Dentro de esta línea de orientación, la directiva contempla que las situaciones antes descritas se encuentran fuera de la finalidad de la misma, por lo que pueden ser materia de regulación o sanciones.

La racionalidad de limitar que una persona natural sea socio único de varias sociedades, o que una sociedad sea socio única de otra, se relaciona, probablemente, con la intención de evitar un fraccionamiento patrimonial excesivo en perjuicio de los acreedores. La lógica implícita parecería ser que la sociedad unipersonal tiene como única finalidad ser un mecanismo que permita limitar la responsabilidad del empresario individual. Cualquier uso ulterior de mecanismo trascendería de su finalidad primordial. Por ello, no cabría que una sociedad constituya otra sociedad unipersonal. Asimismo, cuando el empresario individual ya haya logrado la limitación de responsabilidad mediante la constitución de una sociedad unipersonal, no

(37) Salvo que el país miembro opte por regular una forma de empresa de responsabilidad limitada para el comerciante individual, caso en el cual podrá obviarse la regulación de la unipersonalidad de la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

(38) Artículo 2.-

1. La sociedad podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular (sociedad unipersonal).

2. Hasta una posterior coordinación de las disposiciones nacionales en materia de derecho de agrupaciones, las legislaciones de los Estados miembros podrán prever disposiciones especiales o sanciones: a) cuando una persona física sea socio único de varias sociedades, o b) cuando una sociedad unipersonal o cualquier otra persona jurídica sea socio único de una sociedad.



Alfonso Montoya Stahl

sería justificable la constitución de otra sociedad unipersonal, que sólo tendría como finalidad un fraccionamiento patrimonial adicional de dicho empresario individual.

Cabe destacar que, en el Perú la versión original de la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (Decreto Ley 21621), imbuida en la misma filosofía de limitación de la responsabilidad del comerciante individual contemplaba ambas limitaciones. En efecto, el artículo 5 establecía que una persona natural sólo podía ser Titular de una EIRL (norma fue modificada en por la Ley 26312, publicada el 24 de mayo de 1994), permitiéndose desde entonces que una persona natural sea titular de más de una EIRL), mientras que, el artículo 4, vigente hasta la fecha, establece que sólo las personas naturales pueden ser titulares de una EIRL. Como hemos señalado en el acápite 3 precedente, consideramos que esta última es una de las limitaciones de la regulación actual de la EIRL en el Perú.

No consideramos justificable en forma alguna estas limitaciones. Es eficiente que el ordenamiento otorgue posibilidades a una persona, natural o jurídica, para organizar su negocio o negocios de la forma que estime más adecuada para la limitar su riesgo. Restringir a dicha persona a la posibilidad de constituir una sola sociedad unipersonal sería un claro desincentivo a emprender nuevos negocios que tengan niveles de riesgo distintos. Siendo beneficiario de un negocio en marcha de probada rentabilidad (desarrollado a través de una sociedad unipersonal), la incursión en nuevos desarrollos de dicha actividad o negocios independientes tendría que ser realizada a través de la misma sociedad (salvo que se recurra a constituir una sociedad de favor), con el consiguiente incremento de riesgo de la actividad rentable. Adicionalmente, se perderían beneficios adicionales, como la posibilidad de especialización, se restaría flexibilidad a la posibilidad de integración futura de socios a uno de los negocios, y el beneficio de la reducción del costo del acceso al crédito tratado en el numeral 2.1.2.2. precedente. Establecer normas ciegas que busquen evitar fraccionamientos patrimoniales en

las sociedades unipersonales (que, no puede dejar de notarse, son totalmente aceptados en las sociedades no unipersonales) agrega rigidez a la posibilidad de organizar la limitación del riesgo.

Por otro lado, la justificación de la defensa de los intereses de los acreedores sociales no es satisfactoria. No puede perderse de vista que son los acreedores los llamados a evaluar el riesgo involucrado en sus relaciones con la sociedad y los que están en mejor posición de desarrollar mecanismos de información eficientes⁽³⁹⁾. Sin perjuicio de ello, el ordenamiento establece una serie de mecanismos específicos y de aplicación general para la protección de los acreedores de diverso origen: medidas de publicidad del capital, medidas de defensa de la integración del capital, extensión de la responsabilidad en caso de irregularidad por disminución del patrimonio neto, el levantamiento del velo societario, normas contra transferencias en fraude a los acreedores, entre otros.

Desde la perspectiva de la protección a los acreedores, es mejor confiar en las reglas generales del ordenamiento que establecer normas generales que agreguen rigidez a las posibilidades de organización patrimonial de la actividad empresarial, inhibiendo el desarrollo de actividades empresariales al evitar una adecuada organización de la limitación del riesgo, como sería la prohibición a una persona natura de tener más de dos sociedades unipersonales, o la prohibición a una sociedad de constituir sociedades unipersonales. Por ello, no consideramos que deban existir limitaciones de este tipo en

(39) Nos referimos evidentemente a los acreedores contractuales. Acreedores de un origen extracontractual (piénsese, por ejemplo, en un acreedor surgido por responsabilidad civil extracontractual) no están en condiciones de evaluar *ex-ante* a sus potenciales deudores. Esto trae una serie de complejas consecuencias que llevan a interesantes discusiones sobre el adecuado balance entre la responsabilidad limitada y protección de los acreedores "extracontractuales". Para un tratamiento integral del tema, véase: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. ¿Cómo vestir a un santo sin desvestir a otro? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes. En: *Themis*. Segunda Época. Número. 33. Lima, 1996. pp. 149 a 179.



“Uno es compañía...” La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú

relación con la regulación de las sociedades unipersonales.

4.2.2 Publicidad

El artículo 3 Directiva 89/667/CEE establece la necesidad de dar publicidad a la situación de unipersonalidad de una sociedad y la identidad del socio único⁽⁴⁰⁾. La recepción de este extremo de la Directiva Comunitaria en España se ha instrumentado en los artículos 126 y 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, normas aplicables también a las sociedades anónimas en España. Estas normas señalan:

“Artículo 126. Publicidad de la unipersonalidad.

1. La constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales, la pérdida de tal situación o el cambio de socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones, se harán constar en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único.
2. En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como todos los anuncios que haya que publicar por disposición legal o estatutaria”.

“Artículo 129. Efectos de la unipersonalidad sobrevenida.

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. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad”.

Puede notarse que la regulación española obliga a la publicidad registral de la unipersonalidad originaria o sobrevenida (incluyendo el nombre del socio único así como la posterior y eventual reversión de la unipersonalidad) y en la documentación de la sociedad (en forma similar a la publicidad de la situación de liquidación prevista en el artículo 413 de nuestra Ley General de Sociedades). La sanción por incumplir con la disposición sobre la publicidad registral es sumamente seria: si transcurren seis meses sin la debida inscripción registral el socio único perderá el beneficio de la limitación de responsabilidad mientras dure la omisión.

Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Juan Luis Iglesias señalan en relación al artículo 126.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:

“Con ello, se pone de manifiesto una particular preocupación del legislador por conseguir una auténtica transparencia en todas las situaciones de unipersonalidad, lo que no ha de ser entendido como una manifestación de desconfianza frente a las sociedades de un solo socio sino como expresión de una convicción de que el conocimiento de esas situaciones siempre es interesante para el tercero”⁽⁴¹⁾.

Nosotros no consideramos que sea eficiente exigir la publicidad de la unipersonalidad, ni a nivel registral ni en los documentos de la sociedad. Consideramos que el costo de implementar estas medidas excede largamente sus beneficios. Si bien puede resultar “interesante” para el tercero conocer

(40) “Artículo 3: Cuando una sociedad se convierta en sociedad unipersonal mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular, deberá indicarse esta circunstancia así como la identidad del socio único, ya sea en el expediente de la sociedad o inscribirse en el registro a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 68/151/CEE, ya sea transcribirse en un registro de la sociedad accesible al público”.

(41) URÍA, Rodrigo, Aurelio MENENDEZ, y otros. *Curso de Derecho Mercantil*. Volumen I. 1ra. edición. Madrid: Civitas, 1999. p. 1229.



Alfonso Montoya Stahl

la situación de unipersonalidad de una sociedad, no puede dejar de tomarse en cuenta que, en caso el tercero opte por contratar con dicha sociedad, sabrá que ésta es una entidad patrimonialmente autónoma de su socio único, por lo que (salvo situaciones excepcionales) los activos relevantes para respaldar el cumplimiento de las obligaciones que pueda asumir la sociedad serán exclusivamente los que se encuentren en su patrimonio. El número de socios de la sociedad no alterará esta conclusión, y es el acreedor el que está en mejor posición para evaluar sus riesgos.

Puede argumentarse que la situación de unipersonalidad determina que la sociedad esté expuesta al abuso del socio único, ya que éste detenta un poder omnímodo no sujeto al contrapeso de la existencia de socios adicionales. Ello justificaría las normas de publicidad señaladas, ya que éstas pondrían sobre aviso a los terceros potenciales contratantes de este riesgo y los llevarían a tomar mayores precauciones. No consideramos que este riesgo justifique los costos derivados de la publicidad. El riesgo de incumplimiento contractual derivado de un manejo indebido de la sociedad no tiene relación directa con el número de socios. El mismo riesgo puede existir en sociedades en las que haya un claro interés mayoritario o en sociedades en las que haya una cúpula administrativa sin los adecuados controles. Los acreedores son los que están en mejor situación para desarrollar políticas de seguridad para la contratación y sistemas de información marcadamente más eficientes que un sistema que exclusivamente permita conocer la situación de unipersonalidad de una sociedad. Reiteramos que consideramos que los costos de un sistema de publicidad de la unipersonalidad como el establecido por la legislación española excederían largamente sus beneficios. Por otro lado, la sanción impuesta por el artículo 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada española a la falta de publicidad oportuna de la unipersonalidad nos parece desmedida porque, como hemos señalado, la unipersonalidad en sí no altera la situación patrimonial de la sociedad. Por ello, eliminar el beneficio de la responsabilidad limitada en casos en los cuales no se cumpla con dar publicidad oportuna a la

unipersonalidad no guarda relación con los eventuales efectos de dicha omisión.

4.2.3 Funcionamiento de los órganos sociales

También se discute la necesidad de regulación especial en relación con el funcionamiento de la sociedad unipersonal. ¿Se requieren normas especiales para el funcionamiento de los órganos sociales? La Directiva 89/667/CEE se limita a señalar en su artículo 4 que el socio único ejercerá los poderes atribuidos a la junta general, y que sus decisiones en dicho ámbito deberán constar en un acta o por escrito⁽⁴²⁾. Por su parte, el artículo 127 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada española señala:

“Art. 127. Decisiones del socio único.

En la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada el socio único ejercerá las competencias de la Junta General, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad”.

Como cuestión general, el funcionamiento de los órganos de una sociedad no se debe ver afectado por la situación de unipersonalidad. Tal como señalan Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Juan Luis Iglesias: “Aún cuando puedan comportar algunas particularidades de funcionamiento en materia de órganos sociales, las situaciones de unipersonalidad no afectan a la subsistencia de la estructura orgánica propia del tipo social del que se trate”⁽⁴³⁾.

(42) Artículo 4.-

1. El socio único ejercerá los poderes atribuidos a la junta general.

2. Las decisiones adoptadas por el socio único en el ámbito contemplado en el apartado 1 deberán constar en acta o consignarse por escrito.

(43) URÍA, Rodrigo, Aurelio MENENDEZ y otros. *Op. Cit.; Loc. Cit.*



Coincidimos en considerar que la estructura y el funcionamiento de los órganos sociales no se ven alterada en forma alguna por la unipersonalidad. El artículo 125 de nuestra Ley General de Sociedades aclara que la junta puede ser celebrada cuando las acciones representadas en la junta pertenecen a un único titular. En el caso de las sociedades unipersonales, dicho titular constituirá una junta universal, por lo que podrá exonerarse del requisito de convocatoria. Sin perjuicio de lo indicado, nada obsta para que se regule expresamente la posibilidad de consignar por escrito las decisiones del socio único adoptadas fuera de una junta general, en forma similar a las decisiones del Titular de una EIRL (artículo 40 de la Ley 21621).

4.2.4 Contratación con el socio único

La Directiva 89/667/CEE también trata la regulación de la eventual contratación del socio único con la sociedad. En su artículo 5 la directiva establece que los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por éste deberán constar en un acta o por escrito, agregando que los países miembros pueden exonerar de este requisito a los contratos referidos a operaciones corrientes celebradas en condiciones normales⁽⁴⁴⁾.

Por su parte, el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en España⁽⁴⁵⁾ extiende los alcances de la mencionada directiva, no sólo a los contratos en los que la sociedad unipersonal es representada por el socio único, sino a cualquier contrato celebrado entre dicho socio y la sociedad. Los puntos centrales de esta norma son los siguientes: (i) los contratos deben constar por escrito o en la forma documental

prescrita por ley y serán transcritos en un libro-registro; (ii) la memoria anual deberá hacer referencia a estos contratos y sus condiciones (y la memoria deberá ser depositada conforme a ley); (iii) en caso de insolvencia del socio único o de la sociedad unipersonal, no son oponibles a la masa los contratos que no hayan cumplido con los requisitos señalados en los puntos (i) y (ii) precedentes; y, (iv) el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que haya obtenido en perjuicio de ésta con estos contratos, por un plazo de dos años.

Como puede apreciarse, la norma española trasciende el mandato de la directiva comunal al establecer que todos los contratos con el socio único están sujetos a un estricto mecanismo de publicidad, sin el cual no son oponibles en caso de insolvencia de la sociedad o de su socio único. Estos mecanismos de publicidad se basan en la memoria (sujeta a publicidad, de conformidad con la ley española) y un registro societario creado al efecto, llamado libro-registro.

La contratación entre la sociedad y sus socios, lógicamente, puede estar sujeta a conflictos de intereses. Este tipo de contratos pueden ser pactados en condiciones desventajosas para la

(44) Artículo 5.-

1. Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por el mismo deberán constar en acta o consignarse por escrito.
2. Los Estados miembros podrán no aplicar el apartado 1 a las operaciones corrientes celebradas en condiciones normales”.

(45) Artículo 128.- Contratación del socio único con la sociedad unipersonal.

1. Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad deberán constar por escrito o en la forma documental que exija la Ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones.
2. En caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la Ley.
- 3 Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos a que se refiere el apartado 1, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos.



Alfonso Montoya Stahl

sociedad aprovechando la influencia directa o indirecta que los socios tienen en los órganos de la sociedad, lo que perjudica a otros socios (de haberlos) y a los acreedores de la sociedad. Sobre esta base, cabe preguntarse si se justifican normas particulares para el caso de las sociedades unipersonales. Sin ánimo de ser exhaustivos consideramos que en principio puede justificarse alguna norma que, en la línea de la directiva citada, dé seguridad sobre la existencia y contenido de los contratos. La norma puede basarse no sólo en la imposición de la forma escrita para estos contratos (en especial los que no se refieran a las operaciones habituales de la sociedad), sino en algunas seguridades adicionales como la exigencia de fecha cierta o formalidades como la escritura pública, cuando la magnitud del contrato la amerite. En el entendido que los contratos con el socio único no se producirían con especial frecuencia, consideramos que el costo de imponer estas formalidades no sería especialmente alto y el beneficio de las mismas puede justificarlas.

5. Conclusión

Las sociedades cumplen funciones fundamentales en la organización de la actividad empresarial en cualquier economía moderna. En nuestro ordenamiento ha imperado tradicionalmente la concepción según la cual dichas funciones se relacionan exclusivamente con el establecimiento de reglas para la organización del desarrollo de la actividad empresarial por un conjunto de sujetos. Se soslaya así una evidente función de las sociedades: ser instrumentos altamente eficaces para la separación de activos (tal como este término es entendido por Hansmann y Kraakman) y, por ende, para la organización del riesgo en la actividad empresarial. Se pierden de vista, así, aspectos fundamentales de la organización empresarial moderna como la responsabilidad limitada del socio frente a las deudas de la sociedad y la imposibilidad de los acreedores del socio de acceder a los bienes de la sociedad para hacerse cobro de sus acreencias.

Un efecto de esta visión altamente limitada de las funciones que cumplen las sociedades es una regulación recelosa de la unipersonalidad, que la admite sólo en circunstancias claramente excepcionales. Esta concepción nacida de una visión unívoca de la funcionalidad de las sociedades ha encontrado su sustento doctrinal tradicional mayoritariamente en la atribución de naturaleza contractual a la sociedad, atribución que muchas veces no distingue

el acto constitutivo de una sociedad de la persona jurídica que surge del mismo. El argumento contractual (y algunos otros argumentos menos empleados) en contra de la unipersonalidad no aportan, desde nuestro punto de vista, elementos para justificar una regulación que limite la unipersonalidad. Así, el pleno reconocimiento de que la declaración unilateral de una persona es un hecho jurídico al que puede atribuírsele (en forma general y no excepcional) la potencialidad de crear una sociedad beneficiaria en forma general a la regulación de la organización empresarial en el Perú, al darle un nuevo canal de expresión al uso de las sociedades para funciones asociadas a la separación de activos, sin tener que recurrir a las sociedades de favor ni a la EIRL.

La EIRL, si bien constituye una valiosa forma jurídica para el desarrollo de actividad empresarial individual, tempranamente introducida en el Perú, muestra limitaciones en su regulación relacionadas con la asociación con actividades de pequeña empresa, la prohibición de su uso por parte de personas jurídicas (lo que limita altamente su uso para los grupos de empresas) y los costos de su adaptación a esquemas futuros de pluralidad de beneficiarios. Estas limitaciones, unidas al convencimiento de que el ordenamiento daría un beneficioso paso hacia la flexibilidad al extender la unipersonalidad a una forma de organización de uso generalizado y universal como la sociedad, nos llevan a concluir que nuestro ordenamiento debe regular en forma permisiva la unipersonalidad.

A partir de un análisis inicial, consideramos conveniente que la unipersonalidad se regule en forma permisiva respecto las sociedades anónimas y las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, al ser las formas societarias más empleadas en la actualidad y asociarse con mayor intensidad a la función de separación de activos que otras formas



societarias. Asimismo, no consideramos que se requieran normas particulares especialmente complejas que sean aplicables a las sociedades unipersonales exclusivamente. Así, no consideramos justificables limitaciones al número de sociedades unipersonales que puede constituir una misma persona, limitaciones por el tipo de socio único (persona natural o jurídica), ni reglas especiales de publicidad de la unipersonalidad. El funcionamiento de la junta y la forma de instrumentar sus acuerdos podría, en el caso de la unipersonalidad, justificar alguna norma particular. Adicionalmente, conviene analizar con mayor detenimiento qué tipo de reglas adicionales se requerirían para evitar problemas derivados de la contratación del socio único con la sociedad. Sin perjuicio de ello, en ambos casos consideramos que, de determinarse la conveniencia de una regulación particular, ésta sería mínima.

No podemos concluir estas líneas sin señalar que un análisis de la regulación permisiva de la unipersonalidad siempre ha generado comentarios relativos a determinadas contradicciones o imprecisiones semánticas, como aquella contradicción explícita en el término “sociedad unipersonal” o la imprecisión del término “pacto social” si éste se es configurado por un acto jurídico unilateral. Al respecto, es evidente que las instituciones jurídicas evolucionan en el tiempo según su uso, variando muchas veces sus significados y funciones primigenias. Instituciones mercantiles de evidente vigencia e importancia actual como la letra de cambio solo guardan extraños rezagos legislativos de sus funciones iniciales (en el caso de la letra de cambio, funciones vinculadas a una relación tripartita de cambio monetario, seguridad en el desplazamiento de valores y financiamiento). Si entendemos el oxímoron como una figura retórica en la que se combinan dos términos de significados contrapuestos que originan un nuevo sentido, podemos señalar que la “sociedad unipersonal” es un bello y necesario oxímoron jurídico.