

EMPRESA INDIVIDUAL Y TRANSFORMACIÓN DE LA ENTIDAD (O LA DISCUSIÓN SOBRE LA PLURIPERSONALIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA)*

INDIVIDUAL COMPANY AND TRANSFORMATION OF THE ENTITY (OR THE DISCUSSION ON THE PLURIPERSONALITY OF THE LEGAL PERSON)

Javier Pazos Hayashida**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Starting off the critics to the general ideas about legal persons, especially in relation of his collective character, the article does a study about the rol of the Sole Proprietorship in the modern economic activity and the transformation of this entity.

This is done by considering the needs and interests of the businessman, being that the option for one-person companies, or with many partners, is merely conjunctural. The social utility of the legal entity takes precedence over static considerations regarding the supposed "nature" of the institution.

KEY WORDS: *Legal person; sole proprietorship; corporation; transformation.*

Partiendo de la crítica a las ideas generales sobre las personas jurídicas, sobre todo en relación con su carácter colectivo, se hace un estudio sobre el rol de la empresa individual de responsabilidad limitada en la actividad económica moderna y la función de la transformación de esta entidad.

Para ello, se consideran las necesidades e intereses del empresario, siendo que, en el fondo, la opción por una empresa con un solo miembro, o con varios, resulta siendo coyuntural. La utilidad social de la persona jurídica prima por encima de consideraciones estáticas respecto de la supuesta "naturaleza" de la institución.

PALABRAS CLAVE: *Persona jurídica; empresa individual de responsabilidad limitada; sociedad; transformación.*

* Quisiera expresar mi agradecimiento a mis maestros los profesores Dr. Francisco Capilla Roncero de la Universidad de Sevilla y Dr. César Hornero Méndez de la Universidad Pablo de Olavide por su apoyo constante en la investigación de temas relativos a las personas jurídicas durante los últimos años; naturalmente, agradezco al profesor Dr. Javier de Belaúnde López de Romaña que, desde su curso en la PUCP, inspira el aprecio por estos temas. Asimismo, quisiera agradecer por su colaboración a Gabriela Pacheco Rodríguez y Mario Arce Rodríguez, destacados alumnos de la Facultad de Derecho y miembros del Grupo de Investigación de Derecho Privado de la PUCP.

** Abogado. Master Economía y Derecho del Consumo por la Universidad Castilla-La Mancha (España). Magíster en Gerencia Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú [en adelante, PUCP]. Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide (España). Profesor ordinario asociado del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Contacto: japazos@pucp.edu.pe.

I. SOBRE NATURALEZAS Y ENTELEQUIAS: DIA-TRIBA CONTRA LA PERSONA JURÍDICA

No es posible establecer un concepto uniforme de persona jurídica. Partir de la idea, aparentemente omnicompreensiva, de que nos encontramos ante una organización de personas naturales o jurídicas que se juntan para la realización de una finalidad común, parece quedar cada vez más alejado de la realidad y de la verdadera función de este tipo de entidades.

Frases que típicamente se vinculan a la persona jurídica pueden ser sometidas a discusión a propósito de su utilidad: el que sean “sujetos de derecho” (Loffredo, 2004, pp. 6-7), el que sean un “centro de imputaciones jurídicas” (Von Tuhr, 1998, p. 69), el equipararlas con categorías como “persona colectiva” o “corporación”. Porque partimos de la idea, que trae muchos prejuicios consigo, de que, si no hablamos de un sujeto de derecho, no podemos traer a colación la individualización de consecuencias jurídicas (Breccia, Bigliazzi-Geri, Busnelli y Natoli, 1992, p. 96). Olvidamos que hablar de una unidad en sus fines no está definido, necesariamente, a partir de la idea de “centro de imputaciones jurídicas” (por lo menos de un centro “subjetivizado”) (Michoud, 1924, pp. 16 y ss).

No cabe duda de que la persona jurídica se configura como una unidad de atribuciones, conglomeradas por el sistema ahí donde la sociedad considera adecuado reducir tal conjunto de consecuencias y prerrogativas, en general, con la finalidad de satisfacer determinadas necesidades humanas. La persona jurídica termina siendo un constructo social, producto de integrar varios fenómenos jurídicos en una unidad ontológica (D’Alessandro, 1989, pp.72 y ss). Ello es común a todas las organizaciones a las que nominamos de tal forma. Pero, probablemente, ahí se acabe lo común a todos los casos (Breccia *et al.*, 1992, p. 234).

Ciertamente, no es propia a todas ellas la existencia de miembros individuales y/o *colectivos*. Incluso hay entidades que no tienen siquiera miembros y ello no hace mella en su conceptualización porque, por ejemplo, el patrimonio dotacional al que se remite un negocio jurídico fundacional termina generando una persona jurídica (que dista de ser un patrimonio fideicometido, patrimo-

nio autónomo que, sea lo que fuere, no es una persona jurídica en nuestro sistema) (Breccia *et al.*, 1992, p. 256). No hay siquiera unidad conceptual en los fines: muestra de ello son las sociedades y su supuesto surgimiento como entidades de derecho privado con fines de lucro, lo que no ocurre así ni siquiera en nuestro sistema jurídico (Montoya, 2004, p. 138).

Tampoco hay paridad en la responsabilidad subyacente a su constitución. Ciertamente, hay autonomía patrimonial perfecta a partir de que se determina su existencia jurídica (la que se da desde la inscripción en el registro correspondiente, salvo indicación legal en contrario) (Breccia *et al.*, 1992, p. 238). Pero esta autonomía no determina necesariamente una responsabilidad limitada. El que la responsabilidad sea distinta de la que puede imputarse a aquéllos que le dieron origen (ni siquiera la palabra miembros puede usarse con afán generalizador, porque no todas las entidades cuentan con ellos), es consecuencia del régimen jurídico específico al que esté adscrito cada caso. Así, la división de responsabilidades es resultante de los fines que se pretenda salvaguardar en cada caso, siendo que la autonomía patrimonial no excluye situaciones en las que pueda mediar una responsabilidad solidaria (como en las sociedades colectivas) o una responsabilidad subsidiaria (como en el caso de las sociedades civiles) (Montoya, 2004, pp. 305-338), por poner algunos ejemplos. El recurso a la división de responsabilidades tampoco explica en sí mismo, entonces, la necesidad de la institución en todos los escenarios.

No podemos siquiera considerar que hablar de “personas colectivas” como sinónimo de “personas jurídicas” configure una regla. Porque, obviamente, si partimos de un estudio cualitativo del marco regulatorio de entidades en nuestro país, nos tocaremos con que la “regla” (a pesar de que no hay definición normativa de la categoría por ningún lado) que sería la existencia de entidades colectivas¹. Y es que, si hablamos de sociedades, de asociaciones, de comités, de cooperativas, la obvia referencia a la “corporación” parece hacerse tangible (Breccia *et al.*, 1992, p. 236).

El problema de tal sesgo es que nos lleva a afirmar que la pluripersonalidad es la regla en el caso de las personas jurídicas y, por tanto, que la uniperso-

¹ Aún en sistemas en los que (por lo menos en apariencia) se contempla una definición, el planteamiento es válido. Tal es el caso, por ejemplo, del régimen argentino que indica, en el artículo 141 del Código Civil y Comercial, que la persona jurídica es un ente al que se le han asignado derechos y obligaciones (por lo que le son aplicables las críticas que hemos esbozado ya), siendo que, curiosamente, en los siguientes artículos de dicho código, es obvia la referencia a la pluripersonalidad. Así, el carácter universal de tal definición dependerá de su funcionalidad en otras partes del ordenamiento en cuestión. Por supuesto, no es objeto de este trabajo pronunciarnos sobre este último ni sobre ningún otro sistema sino solo a título referencial, siendo claro que éste no es un estudio de derecho comparado.

alidad es una burda patología (en contra, Gower, 1992, pp. 85 y ss.). Y siendo patológico el asunto, terminamos considerando el caso de la unipersonalidad sobrevenida en el caso de sociedades como una irregularidad (Motti, 2004, p. 72), aun cuando esta irregularidad devenga, en el caso, de la consideración planteada en la propia Ley General de Sociedades (Elías, 2015, p. 60).

Partir de esta premisa nos lleva a considerar, finalmente, que la pluripersonalidad se convierte incluso en un límite normativo al tráfico económico, que termina desincentivando la libertad de empresa y obligando a los actores sociales a fraguar mecanismos para eludir una regla que, supuestamente, no refleja la realidad actual. Así, por ejemplo, la referencia a las sociedades de complacencia, o de favor, como recursos que son el resultado de las limitaciones del propio régimen vinculadas a la pluripersonalidad, no es sino el resultado de tal perspectiva: de que vivimos en una sociedad en la que, supuestamente, se hace necesario recurrir al fraude a la ley para fungir de empresario (dejando bastante lejos la presuposición de buena fe, entiéndase la buena fe mercantil) (Serra, 2003, pp. 69 y ss).

Pluripersonalidad y unipersonalidad cumplen roles distintos en escenarios distintos. Es en función de esos fines (de los intereses que llevan a una decisión social de convertir a un constructo en persona jurídica) que debe considerarse la necesidad de una u otra figura allí donde, para un caso, sea necesario recurrir a formas determinadas u a otras. Pero no son patologías. Simplemente son formas a través de las cuales la sociedad regula sus propias necesidades (Vicent Chuliá, 2008, p. 673). Por supuesto, el que en algún momento se desfasen es otro problema. La falta de sintonía entre la realidad social y la realidad normativa ciertamente nos puede llevar a la reflexión sobre el replanteamiento de la categoría, pero nunca a partir de un sesgo que presupone disfuncionalidades (Flores Polo, 1978, p.23). No hay problema con el concepto de persona jurídica porque sencillamente no hay concepto, más allá del dogma.

Así entendida, la pluripersonalidad es un referente en algunas personas jurídicas, un medio ineludible para alcanzar ciertos fines a partir del uso de éstas (no se puede desconocer que en ciertos escenarios el colectivo es ciertamente necesario, más bien, imprescindible). Pero no es regla y no se debería razonar respecto de ella como si lo fuere. A la uni-

personalidad se le debe asignar el mismo carácter: tan coyuntural como la primera, útil y necesaria en algunos casos, irrelevante en otros (Vicent Chuliá, 2008, p. 675).

Reiteramos que la persona jurídica es un recurso, un constructo social que se genera a partir de las necesidades del ser humano (porque siempre remite a éste) (Orestano, 1968, pp. 7 y ss) y que se configura a partir de la incorporación, a través de un único referente ontológico, de un conjunto de consecuencias jurídicas (Molina, 1995, pp. 63 y ss), las cuales no tienen que ser necesariamente iguales, sino que se determinarán en función de la utilidad de su concurrencia para satisfacer los fines que justifican la existencia del ente (Trabucchi, 1967, p. 119).

Y si la satisfacción de necesidades sociales es lo que justifica el análisis, un estudio cuantitativo resulta mejor para explicar la problemática. No cabe duda respecto al extenso recurso a la unipersonalidad en diversos sistemas jurídicos, en escenarios no precisamente referidos a aquéllos que se vinculan con la pluripersonalidad, pero que pueden coincidir con los mismos.

Bajo tales premisas, no es coyuntural que se recurra tanto a figuras como la empresa individual de responsabilidad limitada [en adelante, EIRL], donde la unipersonalidad termina presentándose como un medio para la reducción de los costos de transacción del empresario y en donde la figura de la personalidad jurídica termina presentándose, a su vez, como un medio para focalizar el riesgo de la empresa, a través de la autonomía patrimonial perfecta que, en este caso, determina responsabilidad limitada (Montoya, 2004, p. 102).

Son necesidades concretas, vinculadas (antes con mayor fundamento) a la actividad de la micro y pequeña empresa, las que justifican el recurso a las EIRL. Ello, por supuesto, no las hace menos importantes, sobre todo teniendo en cuenta su manifiesto impacto en el desarrollo de la economía de nuestro país. No es que sean inútiles para dilucidar el tema de la unipersonalidad frente a la pluripersonalidad. Son útiles como recurso empresarial allí donde se les requiere. Las EIRL no han sido creadas como medida para relativizar el carácter corporativo de determinadas personas jurídicas, mucho menos para “combatir” el fraude a la ley² o alterar la “naturaleza jurídica” de la institución (Flores Polo, 1978, p. 33).

² Por supuesto, la posibilidad de fraude existe. Pero entendemos que no corresponde evaluar una figura exclusivamente limitándose a su patología. Sobre el particular, haciéndose hincapié en el problema de la simulación (*vid.* Gagliardo, 2006, pp. 98-99).

Ninguna persona jurídica de carácter unipersonal se ha creado para relativizar conceptos y reducir el recurso a categorías “intermedias”. Cada una ha sido creada por su mera utilidad en contextos determinados (en contra, Robilliard, 2011, p. 87). Desde el *anstalt* a la sociedad unipersonal (Jequier, 2011, pp. 191 y ss), pasando por las empresas individuales de responsabilidad limitada (o la cuestión del emprendedor de responsabilidad limitada, aunque en este caso no haya precisamente una persona jurídica), cada una sirve a fines sociales concretos (Stratta, 1958, p. 13). No se puede descontextualizar una categoría para plantear el supuesto desfase de otra. Nuevamente, el problema no es de construcciones conceptuales sino de los fines subyacentes a las mismas.

II. LA CUESTIÓN SOBRE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La decisión de hacer empresa, cuando hablamos de emprendimientos por cuenta propia, trae consigo la evaluación no solo de la actividad económica a la que el empresario querrá dedicarse, sino también el estudio de las ventajas y limitaciones que el propio ordenamiento jurídico plantea. Por supuesto, siendo el derecho un medio de interacción social, importará mucho más la perspectiva que este plantea en la consolidación de los intereses del empresario.

Realizar actividad empresarial mercantil individual conlleva a asumir, en cabeza propia, los costos de transacción que traiga consigo la actividad. Más aún, hacer empresa unipersonal significa asumir todo el riesgo de la empresa. Tal situación ha determinado, a lo largo del tiempo, el recurso a ciertos mecanismos que busquen reducir lo uno y/o lo otro como una medida que, finalmente, se constituya en un incentivo de la actividad empresarial (Flores Polo, 1978, p. 26).

La libre iniciativa privada no se puede entender sino ahí donde el propio ordenamiento jurídico establezca mecanismos para garantizarla, para permitir el acceso al mercado en condiciones adecuadas asegurando que los diversos agentes económicos compitan en igualdad de condiciones³.

Corresponde, entonces, que el ordenamiento incluya los mecanismos que permitan que el empresario pueda, de acuerdo con sus necesidades, organizarse lícitamente conforme a su conveniencia y de la forma que mejor le parezca.

Precisamente, la realización de actividad empresarial individual se puede deber a diversas cir-

cunstancias. Así, la envergadura de las actividades económicas que se están proyectando probablemente no justifique que el empresario se una a otros agentes económicos. En este caso, los costos de transacción de asociarse podrían ser mayores a los que se generarían de no hacerlo, por lo que no habría un incentivo a generar, por ejemplo, una sociedad. Si nos remitimos a una pequeña empresa donde se requiere un capital mínimo de inversión puede que el empresario quiera mantener el control total de la entidad, sin tener que compartir la gestión ni la toma de decisiones ni, mucho menos, las ganancias. La propia libertad del empresario lo puede llevar a considerar la realización de la actividad por propia cuenta sea por motivos ligados a la gestión o porque no requiere otros inversionistas al contar con los fondos necesarios para consolidar la empresa (Stratta, 1958, p. 36).

Pero, además, está el hecho de que nos podemos encontrar ante pequeñas empresas vinculadas típicamente a la actividad familiar y que surgen, precisamente, como mecanismo de apalancamiento de recursos para la familia. Termina siendo poco frecuente que un tercero se constituya como inversionista en estos casos, más aún, considerando el poco atractivo que puede promover la pequeña empresa para grandes inversionistas. Ello, por supuesto, no afecta, a nivel macro, el carácter determinante de esta figura en el desarrollo de un país.

La respuesta del ordenamiento jurídico, ante tal escenario, puede ser de diversa índole. Es posible que la actividad empresarial individual pueda ser determinada a partir de la generación de un patrimonio, afectación que circunscribe y limita la responsabilidad del individuo. Nótese que mecanismos como éste buscan incidir en la protección del patrimonio personal del sujeto escindiendo del mismo el fondo que requiere para la empresa. El marco de protección en cuestión puede, entonces, hacer una división total entre el patrimonio personal no empresarial y el patrimonio empresa del sujeto (Carbajo, 2002, pp. 45 y ss). Ello puede, sin embargo, constituirse en un desincentivo para la contratación con terceros.

Lo anterior remite a figuras intermedias como la del emprendedor de responsabilidad limitada en el caso español, contemplado en la Ley 14/2013. En este caso, y de conformidad con lo antes dicho, no se constituye una persona jurídica ni tampoco un régimen de separación de un fondo económico que divida el patrimonio empresarial del sujeto. Se concentra en un régimen especial de limitación de responsabilidad (al final esto es siempre lo que se

³ Cfr. Ripert, G. En: Stratta, 1958, p. 17.

busca, por lo menos en estos casos). La limitación en cuestión solo alcanza a la vivienda habitual del empresario bajo determinadas condiciones expresamente indicadas en la Ley (González, 2014, p. 20). La referida figura recuerda a la institución del patrimonio familiar en Derecho de familia y, ciertamente, a las críticas que se plantean a tal institución. La protección de carácter doméstico termina protegiendo la casa habitación, pero limitando los medios de apalancamiento de desarrollo familiar. Peor aún, la Ley española no contempla mayores formalidades para la constitución de la figura, con lo que puede ser utilizada por cualquier empresario, neófito o no, incluso con el fin de eludir obligaciones.

Otra alternativa que no solo se reduce a la mera idea de la búsqueda de la limitación de responsabilidad es la creación de una persona jurídica siendo que, en este caso, tal figura trae consigo la posibilidad de actuación alrededor de una entidad que no limita su organización al tema de la responsabilidad patrimonial, sino que se configura como mecanismo de apalancamiento de la empresa (Jaramillo, 1971, pp. 58 y ss).

Por su parte, en Francia, la figura de la *Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée* remite a una persona jurídica constituida a partir de la declaración unilateral del agente económico. Aquí la responsabilidad patrimonial no es sino efecto de la existencia del ente y de que este sea distinto de su creador. La figura en cuestión ha sido regulada en la Ley 85-697 francesa. Así, no hablamos simplemente de un patrimonio afectación sino de una organización con patrimonio propio independiente de aquél que corresponde al constituyente (Courtier, 2014, pp. 145 y ss).

III. PARTICULARIDADES SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LAS EIRL EN EL PERÚ

La normativa peruana sobre la materia se encuentra en el Decreto Ley 21621. En el caso peruano encontramos ante una entidad constituida a partir de una declaración unipersonal. La norma en cuestión data de 1976, aunque ha sufrido modificaciones. De acuerdo con ésta, la entidad se constituye por escritura pública y su existencia jurídica está sujeta a la inscripción en el registro correspondiente.

Nos encontramos ante una entidad que solo puede ser constituida por una persona natural (Montoya, 2004, p. 102)⁴. Desde la instauración de la

figura, se le vinculó con la idea del pequeño empresario, tanto así, que durante la época en que fue promulgada la ley en cuestión, se estableció que una persona solamente podía constituir y ser titular de una sola EIRL (Flores Polo, 1978, pp.190-191). Ello cambió desde el año 1994, siendo que, en tanto medio a través del cual podemos alcanzar desarrollo económico y que hoy en día no hay una razón de fondo para la prohibición, una sola persona puede constituir y ser titular de una o más EIRL, en la medida que se entiende que el agente económico puede recurrir a varias entidades según quiera distribuir su riesgo o su inversión, o si cree por conveniente enfrentar diversos mercados con entidades distintas (y no solo, por ejemplo, a través de nombres comerciales y una imagen corporativa que lo diferencie en cada caso) (Montoya, 2010, p. 190).

Bajo la lógica anterior, que aleja a la entidad de la idea de empresa de subsistencia, no se explica claramente el que el titular no pueda ser otra persona jurídica en tanto, lo dice la ley, el objeto sea dedicarse a actividades de pequeña empresa (por ejemplo, que una asociación, constituya una EIRL). No podría reducirse la cuestión al hecho de que detrás de la persona jurídica hay, a su vez, un grupo de personas (lo que, de hecho, no es necesariamente cierto como hemos visto) dada la obvia diferencia entre el ente constituido y el o los constituyentes (en contra, Montoya, 2010, p. 186).

Mantener la figura todavía vinculada a la pequeña empresa incluso ahora suena discutible (Montoya, 2010, p. 185). La Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE remite a la idea de micro y pequeña empresa considerando, como indica en su artículo 4, que es una unidad económica constituida ya sea por una persona natural o jurídica que, independientemente de la forma en que se organice, desarrolla diversas actividades económicas referidas en la Ley, diferenciando uno y otro caso (el de micro y pequeña empresa, se entiende) en función del nivel de ventas anuales. No hay razón económica para seguir vinculando a la EIRL con niveles máximos de ventas. Ello sigue trayendo consigo la idea de actividad familiar que parece ser el justificante de la exclusión de la posibilidad de que una persona jurídica constituya este tipo de entidades (Díaz, 2004, p. 47). Se olvida, sin embargo, que una persona jurídica podría querer efectuar actividades empresariales a través de una EIRL (si el sistema

⁴ Trasciende a este trabajo la discusión respecto de los múltiples problemas conceptuales que trae la constitución de la EIRL con patrimonio de la sociedad conyugal y la curiosa forma de regular el tema en el artículo 4 del Decreto Ley.

lo permitiese), dentro de los parámetros que la propia ley determine para las actividades de pequeña empresa (o para otros casos, también si se pudiese), lo que hace al veto injustificado (González, 2014, p. 9).

IV. ESCAPANDO DE LA UNIPERSONALIDAD O RECURRIENDO A ELLA: LA TRANSFORMACIÓN DE ENTIDADES

Hablar de unipersonalidad frente a la pluripersonalidad de las personas jurídicas, y para el caso, sobre las particularidades de las empresas individuales de responsabilidad limitada vinculadas con la materia, resulta por demás relevante, ya que llama la atención sobre lo ya planteado, que nos encontremos con reglas sobre la unipersonalidad, sobre la necesidad de vincular a la EIRL con una persona natural, sobre su relación con la actividad económica de pequeña empresa y, sin embargo, sobre la base de la libertad de empresa, el crecimiento económico y la adaptación a nuevas condiciones de mercado, se regulen tanto la transformación de empresas individuales como las fusiones (Robilliard, 2011, pp. 89-90). Es llamativo ello debido a que son esas mismas circunstancias las que explicarían que no vinculemos necesariamente a la empresa individual con la pequeña empresa (Cox y Hazen, 2003, pp. 24-25) o con la constitución necesaria por parte de una persona natural: precisamente, las cuestiones que criticábamos en el punto anterior.

La normativa sobre la materia remite a la transformación en alguna forma societaria o viceversa. El artículo 71 del Decreto Ley 21621 refiere expresamente a la materia, planteando concretamente los dos escenarios: que se pretenda transformar una sociedad en empresa individual de responsabilidad limitada, situación en la que se aplicarán las reglas contenidas en la referida norma (Montoya, 2004, p. 103); y cuando se transforme una EIRL en una sociedad, supuesto en el que se aplicarán las reglas contenidas en el artículo 333 y siguientes de la Ley General de Sociedades (Elías, 2015, p. 353).

A. Problemática de la transformación de una sociedad en una empresa individual de responsabilidad limitada

Debemos partir por considerar que nada se dice de la condición de pequeño empresario de la sociedad que se pretende convertir en EIRL. No puede presuponerse que nos encontramos ante

una sociedad anónima cerrada o una sociedad de responsabilidad limitada. Así, podría ser cualquier tipo de sociedad. Lo curioso es que, en la medida que no hay impedimento respecto a la envergadura de la sociedad a transformar, esta inclusive podría ser una empresa de mayores dimensiones⁵.

El proceso de transformación, como todo proceso de reorganización empresarial, obedece a los intereses subyacentes de los agentes económicos que pueden estar involucrados. Al final, reorganizar una empresa es una decisión que busca optimizar la actividad empresarial misma, mejorar la gestión, salir de una crisis patrimonial, etc. Son múltiples las razones para proceder a una transformación (Moya, 2012, pp. 69 y ss).

Los múltiples escenarios que pueden estar detrás de transformar una sociedad en una empresa individual de responsabilidad limitada, sin embargo, se reducen a los casos en que, sea cual fuere el presupuesto que explique el acuerdo de transformación, termine siendo irrelevante resultar funcionando como una pequeña empresa. Así, limitar la funcionalidad de las EIRL a este último caso limita también las perspectivas, posibilidades y ventajas de un proceso de tal magnitud.

De lo anterior pueden apreciarse dos cosas.

Primero, se reafirma el carácter instrumental de la persona jurídica, su utilidad como entelequia integradora de diversas consecuencias jurídicas. Nuevamente, su naturaleza significa poco al lado de su manifiesta utilidad. Y esa utilidad determina su organización, su funcionamiento e, incluso y más importante, el que sea pluripersonal o unipersonal (Trabucchi, 1967, p. 355). Sea cual fuere el caso, si las necesidades de la sociedad (o del ser humano) lo justifican, pasaremos de uno a otro escenario, de la pluripersonalidad a la unipersonalidad, y viceversa (Robilliard, 2011, p. 100).

El papel de la persona jurídica como constructo generado en salvaguarda de los intereses del ser humano se manifiesta en la actividad mercantil, a través de estructuras que se moldean de acuerdo con la propia evolución del mercado, que se adecúan a las propias necesidades de los agentes económicos que se valen de ella. La entidad concentra en sí misma un conjunto de particularidades que no son estáticas sino dinámicas, por lo que se van adaptando en consideración a la concurrencia de intereses privados e incluso públicos (Capilla, 1984, p. 53).

⁵ Sobre la heterogeneidad de las entidades involucradas en los procesos de transformación, *vid.* Guerrero, F. 2004, Pp. 407 y siguientes.

Lo segundo que se puede notar es que todo lo dicho se ve afectado negativamente debido a la limitación que la propia ley plantea, siendo que sea cual fuere la circunstancia, la única opción empresarial que quedará, al optar por la transformación, será reducir la capacidad operativa de la empresa, encoger la misma, su capacidad operativa, su nivel de ventas anuales (Montoya, 2010, p. 185). La libertad de empresa se ve menoscabada convirtiendo a la transformación de sociedades en empresas individuales de responsabilidad limitada en un vehículo de minimización empresarial.

Se precisa que la transformación de sociedades en EIRL reguladas en el Decreto Ley, no establece expresamente distingo alguno respecto de la envergadura de las sociedades que podrán transformarse a la luz de dicho marco normativo. De ahí que no puede afirmarse que la premisa de la transformación sea que la sociedad a reorganizarse sea una pequeña empresa, a la luz de la normativa sobre la materia (no olvidemos que, como dijimos líneas arriba, la pequeña empresa es una unidad independiente de su organización, por lo que una sociedad puede funcionar determinada por un nivel de ventas reducido). Entonces, si no podemos hacer distingo donde la ley no lo hace, la transformación de una sociedad en EIRL se puede efectuar con independencia de que la primera sea una pequeña empresa o no. Sin embargo, la resultante siempre deberá ser una pequeña empresa.

No se puede explicar este supuesto de transformación considerando que solo aplica para el caso de sociedades que son consideradas pequeña (o micro) empresa. Sería sencillo en ese caso argumentar que las expectativas del empresario no se verán afectadas por el cambio. El problema es que en todos los casos en que la sociedad no sea una pequeña empresa (que no están excluidos del supuesto de la ley) estaremos obligados a la reducción.

Tampoco puede decirse que resulta obvio el caso y que no se afectará el interés de los involucrados en la medida en que asumir la transformación trae consigo concienciar la minimización de la actividad empresarial. Si las personas jurídicas son vehículos de regulación y satisfacción de necesidades, en este caso hay una variable que limita manifiestamente su utilidad. Y esta no se encuentra en la "naturalidad" de la institución.

No es el carácter unipersonal de la EIRL el que genera la disfuncionalidad: es la cada vez más inexplicable vinculación con la pequeña empresa la que trae consigo el problema. La unipersonalidad de la persona jurídica termina siendo una forma más

entre muchas de las que puede valerse una comunidad para satisfacer sus intereses. Como hemos visto, no es que sea mejor que la pluripersonalidad, o al contrario. Nos valemos de las instituciones y de las entelequias para funcionar como colectivo humano. El problema no está en la persona jurídica sino en la perspectiva reduccionista de su utilidad manifiesta, en este caso, en la limitación del uso de las EIRL.

Transformar una sociedad en empresa individual de responsabilidad limitada lleva consigo cuestiones operativas. El hecho de que en una sociedad el capital esté dividido en acciones o participaciones hace que sea necesario redistribuir el mismo a fin de que se concentren en un solo titular (Hundskopf, 2012, p. 87). De ello no hay duda dado el carácter unipersonal del ente resultante. La asignación se efectuará, conforme lo indica el artículo 73 del Decreto Legislativo a uno solo de los socios o, incluso, a un tercero.

La particularidad del artículo 73, que nos permite reiterar una reflexión efectuada líneas arriba, es que a partir de la transformación las participaciones de la entidad se concentrarán en un solo sujeto. Bajo la premisa regulatoria de la que hemos hablado, el titular deberá terminar siendo siempre una persona natural. Ahí se encuentra la razón de la redundancia del artículo en cuestión, que refiere a la transferencia del sustrato patrimonial a favor de uno solo de los socios siempre que sea persona natural o, si es a favor de un tercero no socio (situación que también es contemplada expresamente), lo sea solo si este tercero es también una persona natural.

De tal referencia se perciben nuevamente las limitaciones, que hoy en día no se explican, y que limitan la unipersonalidad de las EIRL a la concurrencia de una persona natural, excluyendo todo supuesto en que, por concretos intereses particulares, convenga asignar la titularidad del ente a una sola persona jurídica. Ello tampoco se puede bajo la obtusa regulación de este tipo de entidades.

La situación se puede hacer más compleja, y suma a lo que ya hemos planteado líneas arriba, ya que la sociedad a transformar podría estar constituida no solo por personas naturales sino también por otras personas jurídicas o, incluso, estar conformada exclusivamente por estas últimas en condición de socias. Debido a necesidades de mercado, por intereses de la empresa, podría convenir la transformación y la asignación del fondo económico a una sociedad (o a cualquier otro tipo de persona jurídica lucrativa o no, pública o privada) que se encargue de la gestión de la EIRL. En el actual sistema ello no es posible (Díaz, 2004, p. 47).

Tampoco es válido, en este caso, asumir que la sociedad a transformar deba ser una pequeña empresa constituida solo por personas naturales. La sociedad en cuestión podría estar constituida, sin problema, por otras sociedades u otro tipo de personas jurídicas. Nuevamente, la opción por la restricción en el uso de la institución (restricción que surgió durante un gobierno militar hace cuarenta años) hace que se restrinjan las posibilidades de desarrollo y verdadero crecimiento empresarial estratégico a través de entidades unipersonales. Una vez más se invita al empresario a ser más pequeño.

No se hace mención de los criterios que se utilizarían para seleccionar, en cualquier caso, a quien terminará fungiendo de titular de la empresa individual de responsabilidad limitada luego de efectuada la transformación. Entendemos que ello quedará asignado a la autonomía privada. Los miembros de la sociedad que se transforma podrán determinar ello dentro de los escasos parámetros que quedan luego de tanta limitación (aun cuando ésta haya caído en la obsolescencia).

Finalmente, sobre el caso, debemos recordar que la transformación de una sociedad trae consigo potenciales implicancias en la esfera jurídica de terceros, por ejemplo, de los acreedores de la entidad. Entendemos, de manera similar al supuesto contemplado en el artículo 334 de la Ley General de Sociedades, que la transformación se efectuará sin perjuicio de las garantías y derechos de terceros siendo que el carácter de dicha responsabilidad se mantendrá respecto de las obligaciones surgidas con anterioridad a la referida transformación (Elías, 2015, p. 360). Queda claro que una reorganización empresarial (y, en general, el recurso a las personas jurídicas) se hace efectiva sin perjuicio del derecho de terceros (Santi, 2004, pp. 372 y ss).

B. Transformando una empresa individual de responsabilidad limitada en una sociedad. La pluripersonalidad recurrente

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de recurrir a la transformación para hacer de una entidad unipersonal como la EIRL una de corte pluripersonal, en este caso, una sociedad regulada en la ley de la materia. Como hemos indicado con anterioridad, en este caso, el Decreto Ley que regula a estas entidades nos remite a las disposiciones correspondientes de la Ley General de Sociedades (Díaz, 2004, p. 61).

No volveremos a pronunciarnos sobre las múltiples razones que pueden llevar a un empresario a optar por la transformación. Nos remitimos a

lo que hemos dicho anteriormente. Sin perjuicio de ello, lo interesante de este segundo caso es que la pluripersonalidad puede ser vista como un mecanismo de empoderamiento, desarrollo y crecimiento empresarial. El recurso a un tipo de persona jurídica se reafirma como instrumental en aras de consolidar la empresa (Trabucchi, 1967, p. 356).

En este caso lo determinante es que son las necesidades empresariales, la necesidad de compartir costos o distribuir riesgos, el interés por crecer, lo que puede llevar a optar por la pluripersonalidad a través de la estructura societaria.

En los procesos de transformación de personas jurídicas no hay “naturaleza jurídica” que impida la transformación. Conforme a lo que hemos comentado al inicio de este trabajo, no hay uniformidad detrás de la idea de persona jurídica, siendo que cada organización a la que le asignamos dicho nombre termina siendo la resultante de intereses concretos que explican la funcionalidad de cada figura. Si la mencionada “naturaleza” fuese un límite, no sería posible efectuar una transformación en ningún caso. Las personas jurídicas mantienen diferencias que dificultan la uniformidad conceptual. Ello, por supuesto, no es obstáculo para que cada una de ellas cumpla los fines para los que ha sido creada. Por supuesto, cada transformación implicará adoptar la estructura esencial que corresponda al tipo de entidad que se quiere asumir.

Conforme a lo anterior, el que una EIRL se transforme en una sociedad, trae consigo la necesidad de componer la pluralidad de miembros. Queda claro, ya que en nuestro sistema jurídico no se contempla la posibilidad de constituir sociedades de carácter unipersonal, siendo que este carácter solo puede darse de manera sobrevenida a la existencia jurídica del ente. Así, de conformidad con el artículo 4 de la Ley General de Sociedades, será necesario hacer efectiva tal pluralidad a través de la incorporación de nuevos socios a la empresa (Amuchástegui, 1998, p. 144).

Resulta obvio que en este caso, a diferencia del anterior, la decisión de transformación resulta, al interior de la EIRL, en una declaración unilateral del titular (no podría ser de otra forma). Vale la pena mencionar ello en tanto que la cuestión se hará efectiva considerando lo indicado en el artículo 336 de la Ley General de Sociedades (Elías, 2015, p. 364). El cómo se hará efectivo es otro tema. Porque se puede recurrir a la reasignación de las participaciones del titular único a favor de terceros dentro del proceso de transformación o al aumento de capital.

La transformación de una EIRL en una sociedad tiene un trasfondo menos complicado que el planteado para el caso inverso. El recurso a mecanismos de reorganización a través de los cuales recurre a la pluripersonalidad puede conllevar, sin embargo, un efecto en la responsabilidad frente a terceros. Respecto de ello, al igual que lo planteado para el caso anterior, es de aplicación, ahora de manera directa, lo contemplado en el artículo 334 de la Ley General de Sociedades, siendo que la transformación en este caso tampoco afectará la forma en que se respondía frente a terceros antes de su ocurrencia.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL (NUNCA “A MODO DE CONCLUSIÓN”)

Es difícil plantear definiciones, más aún cuando creemos que éstas resultan inamovibles y obedecen a fines tan etéreos y “naturalezas” tan vacías de contenido. Las instituciones jurídicas son manifiestamente dinámicas, se adaptan a los fines que están detrás de ellas. No es que la realidad se organice sobre la base de categorías. La persona jurídica es una muestra de una institución jurídica que es un manifiesto reflejo de la realidad económica y social que nos envuelve y, como tal, está condicionada por ésta (y no al revés) (Espina, 2003, pp. 87-88).

La idea de persona jurídica se ha alejado con el tiempo de las premisas que sugiere la pluripersonalidad adaptándose a nuevas necesidades del mercado. Hoy en día, no podemos condicionar su existencia a la concurrencia de dos o más individuos. No es posible hablar de personas individuales frente a personas colectivas y poner, de un lado, a las personas naturales y, de otro, a las personas jurídicas (Gastaud, 1977, pp. 3 y ss). La cada vez más frecuente participación de personas jurídicas unipersonales, como la empresa individual de responsabilidad limitada, nos permite comprender que las categorías van quedando desfasadas más rápido de lo que queremos reconocer.

Tan coyunturales terminan siendo la unipersonalidad o la pluripersonalidad que es posible transformar la entidad, conservando su unidad y su esencia y, lo más importante, manteniendo su utilidad en el actuar concurrencial. Al final, en ello radica su importancia: en fungir de recursos flexibles que se adapten al tráfico económico antes que “naturaleza” inerte. 🏠

REFERENCIAS

Amuchástegui, F. (1998). *La empresa individual de responsabilidad limitada*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Breccia, U.; Bigliuzzi-Geri, L.; Busnelli, F. y Natoli, U. (1992). *Derecho Civil - Normas, Sujetos y Relación Jurídica* (Tomo I, volumen I). Santafé de Bogotá, Colombia: Universidad Externado.

Capilla, F. (1984). *La persona jurídica - Funciones y disfunciones*. Madrid, España: Tecnos.

Carbajo, F. (2002). *La Sociedad de Capital Unipersonal*. Pamplona, España: Aranzandi.

Courtier, A. (2014). “L’entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d’affectation: le miroir aux alouettes?”. En: *Revue Management & Avenir* (74). doi 10.3917/mav.0740145

Cox, J. y Hazen, T. (2003). *Corporations*. Nueva York, Estados Unidos: Aspen Publishers.

D’Alessandro, F. (1989). *Personne giuridiche e analisi del linguaggio*. Padua, Italia: Cedam.

Díaz, J. (2004). “Constitución, Transformación y fusión de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada”. En: *Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes* (8).

Elías, E. (2015). *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades en el Perú* (Tomo I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Espina, D. (2003). *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*. Madrid, España: Marcial Pons.

Flores Polo, P. (1978). *Comentarios a la Ley de Pequeña Empresa*. Lima, Perú: Cultural Cusco S.A.

Gagliardo, M. (2006). *Sociedades de Familia y cuestiones patrimoniales*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Gastaud, J. P. (1977). *Personalité morale et droit subjectif* –Section I: L’évolution de l’individualisme et les transformations des concepts de droit subjectif et de personnalité morale–. París, Francia : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Guerrera, F. (2004). “Trasformazione, fusione e scissione”. En: Abriani, N. et al. (Ed.). *Diritto delle società*. Milán, Italia: Giuffrè.

González, A. (2014). “El nuevo ‘Emprendedor de Responsabilidad Limitada’”. En: *Revista de la Universidad de la Laguna*.

Gower, L. (1992). *Principles of modern Company Law*. Londres, Reino Unido: Sweet & Maxwell. doi 10.2307/793819

- Hundskopf, O. (2012). *Manual de Derecho Societario*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Jaramillo, I. (1971). *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* (Tesis doctoral). Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Jequier, E. (2011). “Unipersonalidad y sociedad con un solo socio - Alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno”. En: *Revista Ius et Praxis* (17). doi 10.4067/s0718-00122011000200008
- Loffredo, F. (2004). *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Michoud, L. (1924). *La Théorie de la Personnalité Morale et son application au droit français*. Segunda edición. Francia: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.
- Molina, C. (1995). *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*. Bolonia, Italia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Montoya, A. (2010). “Uno es compañía...” La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú. En: *Revista Ius et Veritas* (40).
- Montoya, U. (2004). *Derecho Comercial* (Tomo I). Décimo primera edición. Lima, Perú: Grijley.
- Motti, C. (2004). “Le vicende delle società di persone”. En: Abriani, N. et al (Ed.). *Diritto delle società*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Moya, A. (2012). *Disolución, liquidación y transformación de sociedades de capital*. Barcelona, España: Bosch.
- Orestano, R. (1968). “Il ‘problema delle persone giuridiche’ in diritto romano”. Turín, Italia: Giappichelli.
- Robilliard, P. (2011). “La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor”. En: *Revista Ius et Veritas* (42).
- Santi, F. (2004). *La responsabilità delle società e degli enti*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Serra, A. (2003). *Las sociedades unipersonales en el Derecho español*. Valencia, España: Editorial Práctica de Derecho.
- Stratta, O. (1958). *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* (Tomo XII). Rosario, Argentina: Juris.
- Trabucchi, A. (1967). *Instituciones de Derecho Civil* (Tomo I). Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- Vicent Chuliá, F. (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*. Vigésimo primera edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Von Tuhr, A. (1998). *Derecho Civil. Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio* (Volumen I). Barcelona, España: Marcial Pons.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 295. *Código Civil peruano*.

Decreto Ley 21621. *Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*.

Ley 26887. *Ley General de Sociedades*.