

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LAS SOCIEDADES UNIMEMBRES

EL EMPLEO DE LA PERSONALIDAD EN ALGUNAS FORMAS PARTICULARES SOCIETARIAS

LIC. CARLOS HERNAN ROBLES MACAYA
LIC. VICTOR MANUEL GARITA GONZALEZ

SECCION PRIMERA: FORMAS UNIMEMBRES

Ha merecido especial interés para los autores —dentro de la utilización de la personalidad jurídica en algunas formas societarias particulares— la posición actual del tema de las sociedades unimembres dentro de la doctrina y el Derecho Comparado. Ello ha motivado que, dentro de este título, comparta su tratamiento con el tema de las formas de uniones de empresa y medios de control.

Nos atrevemos a decir que, dentro del derecho societario, el tema de la unimembricidad de socios representa uno de los aspectos más debatidos y polémicos, no sólo del derecho contemporáneo, sino que, posiblemente, de todas las discusiones del presente siglo en materia de derecho de sociedades.

Y en realidad opinamos que no podría ser distinto. El tema obliga a tratar con todas las formas posibles de analizar la institución jurídica de la "sociedad". Desde un punto de vista histórico, las sociedades surgen como un mecanismo apto para dar cabida al sentimiento de asociación y de esfuerzo en común —aunque por supuesto no es el único—, desde un punto de vista de regulaciones puramente positivas, fue tratado en sus inicios, y aún podemos decir que lo sigue siendo predominantemente, precisamente como un ente, que si bien aparecía como único en su aspecto externo gracias al fenómeno de la personalidad, suponía necesariamente un sustrato humano plural y, si quisiéramos agregar uno más, tendríamos que decir que el vocablo "sociedad" evoca, aún en la mente de los que no son juristas, la idea de unión.

A lo anterior hay que agregar, necesariamente, todo el esfuerzo de una notable tradición jurídica de muchísimos años, tendiente a concebir el derecho de sociedades, y la sociedad misma, como algo que existe, indisolublemente, a la par de un presupuesto casi ontológico: la pluralidad de socios.

De ello tenemos que, al hablar de sociedades unimembres, en no muy pocos casos, los juristas sienten que más que tratar un aspecto más del derecho de sociedades, o con un elemento más a discutir, se está manejando elementos que constituyen casi la negación del principio mismo de sociedad; Barrera Craf en una apología de la sociedad como entidad plural decía en una, por cierto nada reciente, publicación: "Pero en verdad, la sociedad unimembre no es sociedad. Y no sólo se trata de un problema semántico, sino conceptual, porque se atenta contra la naturaleza misma de la sociedad, y ello, tanto en la fase constitutiva, como en la de organización y funcionamiento".¹

Pero además de las dificultades o implicaciones conceptuales, que de por sí implican el problema de las sociedades unimembres, es también en la esfera puramente dogmática de donde se han obtenido, por parte de los juristas, gran cantidad de argumentos en contra de las sociedades unimembres.

Por un lado, la tesis de la pluralidad en el momento constitutivo resulta ser un obstáculo insalvable. La tesis contractual sobre el acto constitutivo ha sido predominantemente —aunque en nuestra opinión ya superado por lo menos en sus

1. BARRERA CRAF, Jorge, *La sociedad unimembre en el Derecho mexicano*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, No. 35, 1979, p. 333.

concepciones clásicas— el argumento favorito para impedir la admisibilidad de las sociedades unimembres en la mayoría de los países. Por otro lado, no ha aparecido que la estructuración orgánica de las sociedades, especialmente las de capital: cuerpos administrativos, órganos de deliberación social tendientes a obtener la "voluntad" del sujeto, etc., encaje dentro del giro necesario para una sociedad unimembre.

Pesa también, entre los argumentos en contra de las sociedades con un sólo socio, el hecho de que el concepto de personalidad jurídica se ha desarrollado históricamente como una necesidad de funcionar como centro de unidad normativo, organizativo y hasta económico, de un grupo de sujetos con vínculos asociativos entre sí. Por lo que, en ausencia de dichos presupuestos, no parece necesario, ni adecuado, la aplicación de dicho concepto a presupuestos que no corresponden a la misma necesidad histórica. Las teorías clásicas sobre el patrimonio, y, fundamentalmente, sobre el concepto de la responsabilidad ilimitada de las personas sobre sus obligaciones con la totalidad de sus bienes y la indivisibilidad del patrimonio, representan serios obstáculos tendientes a frenar la posible admisión, en vía legislativa o doctrinal, de las sociedades unimembres.

En síntesis, podemos decir, también las palabras de Barrera Craf, que "en efecto, como ya hemos dicho repetidamente, durante la etapa constitutiva, se viola el carácter contractual, la finalidad común, la formación del capital con aportaciones de varios socios, que justifica la división del capital social y del de cada uno de los socios; la personalidad moral, que en materia de sociedad es un atributo que la ley concede en función de la pluralidad o colectividad de socios (*universitas personarum*), la responsabilidad limitada que como régimen de excepción al principio general del artículo 2964 del Código Civil, se estaría aplicando a una institución para la que no fue prevista y a la que no está concebida".²

La realidad presente, en toda esta serie de objeciones que se hace a la posible admisión de las sociedades unimembres dentro del derecho societario, es la de que la idea preconcebida en la figura de las sociedades y especialmente en las de capital, obtenida a través de un largo proceso histórico cuyos antecedentes en alguna medida hemos ya señalado en otra parte; no lo fue en ninguna medi-

da pensada para la posibilidad de que las sociedades funcionaran y, aún menos, se constituyeran fuera del presupuesto de la pluralidad. Las sociedades surgieron y se han desarrollado como un fenómeno social.

Las compañías de Indias Holandesas, que se consideran ser el antecedente más inmediato de la actual sociedad anónima, reflejan los fundamentos históricos que orientaron todo el derecho de sociedades posterior, por lo menos en lo que se refiere al punto en cuestión: pluralidad de personas, aportación de capital social, limitación de riesgo a través de limitar la responsabilidad social, cuotas sociales, bienes en común: elementos todos ausentes en las sociedades unimembres, en opinión de algunos.

Por ello es que resulta lógica y justificada la gran polémica que se ha desarrollado en relación con las sociedades unimembres. El régimen de las sociedades no ha sido diseñado para solventar necesidades de carácter individual (por lo menos en la gran mayoría de los países). Ante la presencia de un único socio, es de preguntarse sobre la necesidad y la validez, por ejemplo, de la asamblea de socios y de los órganos de gestión concebidos en el caso de las sociedades anónimas por lo menos sobre la base de una diferencia entre la persona de los socios y de los administradores, que se dice no ser justificada y ni siquiera existente en las sociedades unimembres.

Sin embargo, los argumentos y objeciones anteriormente señalados, y muchos otros que se podrían considerar, más parecen puras especulaciones teórico-abstractas de los juristas, que elementos reales que operen como impedimentos reales en la utilización y existencia de las sociedades con un solo socio, obtenidas dentro de la más variada e inimaginable cantidad de mecanismos y subterfugios.

La realidad es que las sociedades unimembres no han dejado de operar en ningún país del mundo, independientemente de su reconocimiento o no. Y todos los sistemas que emplean o aplican sanciones contra la existencia de las sociedades unimembres, han debido de soportar la existencia de este fenómeno societario. Vanos han sido todos los mecanismos empleados para intentar erradicar el empleo de las sociedades unimembres, o dicho de otra manera, vanos han sido los intentos para que la figura de la sociedad no haya sido emplea-

2. BARRERA CRAF, *op. cit.*, p. 333.

da para fines distintos para los que fue concebida. Ello ha generado, dentro del Derecho Comparado, una gran variedad de posiciones respecto a las sociedades unimembres: desde los ordenamientos que sancionan su existencia hasta los más francos reconocimientos.

Sin embargo, ya sea en presencia de sanciones o no contra su existencia, la realidad es que el fenómeno de las sociedades con un solo socio es universalmente considerado como uno de los problemas societarios más importantes.

La realidad ha sido que la práctica y utilización de las sociedades unimembres ha avanzado, posiblemente, más rápidamente que la capacidad de la mayoría de los ordenamientos en dar un tratamiento más adecuado a dicho problema. Lo anterior ha producido, desde hace ya muchos años, una sensible variación en muchos ordenamientos jurídicos del mundo, y, lógicamente, en los juristas de este siglo, tendiente a dar un tratamiento más adecuado al fenómeno societario unimembre. Debemos reconocer sin embargo, que, como en otros casos, el Derecho va, desgraciadamente, detrás de la realidad.

Ello ha producido, como ya lo señalamos, un cambio en muchos de los países que han renovado, de una manera u otra sus legislaciones. Veamos la opinión del maestro Garríguez, en un comentario a la exposición de motivos de la ley de sociedades anónimas españolas: "Esta misma actitud agnóstica ante la realidad de las sociedades anónimas modernas es la que se refleja en la exposición de motivos de nuestra ley de sociedades anónimas, cuando dice: "Rindiendo tributo a realidades que no pueden desconocerse, no considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano, etc.". La omisión que a muchos parecerá inexplicable, de aquella causa de disolución que viene impuesta por la estructura de la sociedad, como organismo que presupone pluralidad de personas, no es sino un homenaje a la sinceridad que obliga a todo legislador cuando advierte un divorcio entre la realidad y el derecho legislado. Esta realidad exige que, en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano (que con harta facilidad puede lograrse mediante la interposición de testaferros), no deba producirse la inmediata disolución de la sociedad, al menos mien-

tras subsista la posibilidad de que la normalidad se alcance, restableciéndose la pluralidad de socios".³

Dentro de la anterior corriente se enmarca también nuestro actual Código de Comercio, que no sólo no menciona como causa de disolución el hecho de que todas las acciones estén en manos de un único accionista, sino que expresamente señala que no lo es, en su artículo 202.

Es de mencionar aquí que, a pesar de todas las corrientes legislativas o doctrinarias que se empeñan en señalar la incompatibilidad de la sociedad con los esquemas unipersonales, la realidad señala que, muy por el contrario, ha podido llenar perfectamente las necesidades de los sujetos que quieran emprender el ejercicio de una actividad económica al amparo de una persona jurídica, por supuesto distinta de la suya, y bajo un régimen de responsabilidad limitada, lo que pone en tela de duda todas las consideraciones dogmáticas que alrededor de este problema se han hecho. Los antecedentes de la búsqueda de una solución adecuada al problema de las sociedades unimembres se conecta con los inicios de siglo. Pero vale la pena mencionar algo, aunque a estas alturas parezca pueril: el problema central se resume en el hecho de que un sujeto que quiera emprender una cierta actividad económica que implique un margen de riesgo, no puede acudir al uso de las formas societarias, para lograr una limitación de su patrimonio, de manera directa, sino que tiene que acudir fundamentalmente al uso de un testaferro —normalmente un hombre de confianza— para obtener su colaboración en la formación de una sociedad que, dependiendo del tratamiento que el ordenamiento le dé a la concentración posterior de las acciones en manos de un único socio, puede o no dejar su lugar al interesado.

Lo cierto es que, de una manera u otra, las sociedades unimembres funcionan como una muestra más de que la realidad del tráfico mercantil, es más grande que la previsibilidad de los códigos: "A primera vista esto parece un contrasentido pues toda sociedad, tanto al principio como después a lo largo de su vida, supone una pluralidad de personas, un *negotium exploribus conflatum*. Pero frente a este contrasentido, los juristas han optado por cerrar los ojos, y, lejos de escandalizarse, ceden ante una realidad del tráfico moderno".⁴

3. GARRIGUEZ, Joaquín, *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971, p. 166.

4. GARRIGUEZ, op. cit., p. 41.

Las razones por la que este fenómeno se ha desarrollado, tomando en cuenta el interés del socio único, son muchas. En algunos casos, cuando la actividad es emprendida por un sujeto físico, el ánimo es el de buscar una continuidad de la actividad a través de una sucesión familiar rápida y económica y, por supuesto, limitar su responsabilidad personal en el negocio. Pero no sería correcto imaginar que el fenómeno sólo se localiza en la pequeña empresa: "En el caso de las grandes empresas: la necesidad de dar autonomía regional a la organización de determinadas ramas de su actividad a nivel técnico además de contable, situación esta que, en la hipótesis de sociedades extranjeras, puede tener por objeto intereses apreciables sólo en relación con el juego de normas concretas de derecho internacional privado o bien otras finalidades específicas, como la de eludir normas que discriminan entre ciudadanos y extranjeros, entre residentes y no residentes, desde el punto de vista del control".⁵ Por supuesto, que en el caso de las sociedades unipersonales, se excluye el interés de organizarse y de poner bienes en común en el ejercicio de alguna actividad económica. Para lograr la justificación de las sociedades unimembres, se ha desarrollado —principalmente por la doctrina inglesa y alemana— la opinión de que no se debe ver en la sociedad un contrato al que se le atribuye una finalidad económica y lucrativa, sino que "sólo consiste en una técnica o un modelo de organización de empresas, que se adapta a ciertas sociedades y asociaciones tradicionales, pero también a otros fenómenos e instituciones que se van creando para atender nuevos requerimientos, como sucede con los grupos de sociedades, con la sociedad unimembre, con las empresas mismas".⁶ También en nuestro país se ha explicado y justificado el problema de las sociedades unipersonales.⁷

Así, tenemos que, de una manera u otra, ya sea por la vía jurisprudencial o legislativa, son muchos los ordenamientos que paulatinamente han ido reconociendo la validez de las sociedades con un sólo socio.

Podemos acoger parcialmente las categorías en que Brunetti asocia los grupos de países con rela-

ción al tipo de reconocimiento que se le haya dado a la sociedad unimembre: "Los diversos sistemas legislativos pueden dividirse en tres grupos:

a) Países en que la reunión de las partes o acciones en un sólo socio provoca la nulidad de la sociedad. Es la posición clásica de Francia, adoptada por muchos países latinos de Europa y América, y algunos escandinavos.

b) Países que admiten la validez de la sociedad unipersonal sin otras responsabilidades que las derivadas del derecho común. Es el sistema germánico, adoptado por Suiza y otros países europeos, y por las legislaciones de los Estados Unidos.

c) Países que admiten el funcionamiento de la sociedad unipersonal, pero con responsabilidad del socio único prevista especialmente por la ley. Es el sistema adoptado por Gran Bretaña e Italia".⁸

Sin embargo, pensamos que esta clasificación, posiblemente, era válida para la época en que Brunetti escribía su tratado de sociedades, porque, como ejemplo del avance paulatino, pero indiscutible, del reconocimiento cada vez más acentuado en favor de las sociedades unimembres, habría que incluir una categoría adicional muy importante, en nuestra opinión, de la que hablaremos posteriormente: la de los países que admiten la constitución de sociedades por una sola persona. Además veremos oportunamente que la posición del Derecho francés ya no puede ser ligada con la que él le atribuye en la anterior clasificación.

Es de mencionar también que, dentro de las distintas posiciones que se han adoptado en relación al problema de las sociedades unimembres, se distinguen dos tipos de juristas: los que mantienen a ultranza las posiciones clásicas sobre el derecho societario basados fundamentalmente en concepciones puramente dogmáticas, y los que, en presencia de una arrollante realidad, opinan en favor de la ductilidad del ordenamiento ante esa evidencia. Es indudable que en el trasfondo de estas dos posiciones se encierran, además, dos concepciones totalmente distintas sobre el papel del Derecho.

Sin embargo, es de comentar también que los juristas y los ordenamientos que han aceptado las sociedades unimembres casi como en una posición

5. GRISOLI, Angelo, *Las sociedades de un solo socio*, Madrid, Editorial, Revista de Derecho Privado, 1976, p. 70.

6. BARRERA, *op. cit.*, p. 332.

7. Ver en ese sentido: CERTAD, Gastón, *Empresa individual de responsabilidad limitada*, Revista Judicial, San José, No. 9, año 1971, pp. 27-32 y Conferencia del Lic. Octavio Torrealba Toruño, Seminario sobre el Código de Comercio, 19, pp. 3-16.

8. BRUNETTI, Antonio, *Tratado del Derecho de las sociedades*, Buenos Aires, Editorial Uteha, T. I, 1960, p. 197.

de resignación, no han logrado desarrollar paralelamente a esta posición que nosotros compartimos, una riqueza conceptual y científica que pueda desde un punto de vista dogmático, anular los argumentos que en contra de las sociedades unimembres se esgrimen, y, lo más importante, posiciones que podrían en algún momento generar la creación de soluciones cada día más adecuadas al problema en cuestión.

Quisiéramos volver sin embargo, sobre los antecedentes que han generado el cambio de posiciones anteriormente señalado, en algunos de los más meditados factores: nos referimos a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, como uno de los elementos que indirectamente han contribuido más en una apertura en el derecho de sociedades.

Nos interesa en este comentario —en el que seguiremos francamente a Crisoli— evidenciar la importancia que han tenido todas las elaboraciones legislativas y doctrinarias en relación al origen y desarrollo de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada con respecto a la admisibilidad o no de las sociedades de un solo socio como categoría legítima del derecho societario.

El origen de la institución en cuestión se remonta, en sus orígenes, a finales del siglo pasado, en los trabajos de una serie de autores alemanes, tales como Lebmann y Passow, que propugnaban abiertamente por la extensión de la limitación de la responsabilidad al empresario individual, como resultado de la experiencia positiva que había obtenido la Sociedad de Responsabilidad Limitada en Alemania. Es precisamente de esta fuente de donde se nutre Pisko, el famoso jurista austriaco, para la elaboración, de su muy famoso proyecto de principios de siglo sobre la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada tendiente a permitirle al empresario individual el logro de una responsabilidad limitada en el ejercicio de su actividad económica, sobre la base de la separación de parte de su patrimonio y su destinación a un fin específico. La preocupación evidente de Pisko, que al parecer era de gran actualidad en la época en que construyó su proyecto, era la de lograr, desde el punto de vista doctrinario, romper con la inflexibilidad de la indivisibilidad del patrimonio, teniendo como base para ello, según se ha dicho, fundamentalmente la experiencia alemana de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la corriente doctrinaria que alrededor de esto se formó. Con ello desarrolla Pisko su proyecto de sesenta y

nueve párrafos a principios del presente siglo que en el año 1926, es acogido por el Principado de Liechtenstein, con algunas modificaciones, instaurándose en este pequeño país por primera vez en el Derecho, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

Es de señalar, sin embargo, que, aparte del interés señalado anteriormente, no estaba en la idea original de Pisko, la de elaborar una figura que intentara combatir el fenómeno, ya presente en esa época, del "abuso" de las formas sociales en figuras anormales de sociedades unimembres.

Es al jurista Paul Carry, a quien se le atribuye ser el primero, no sólo en introducir la discusión de la responsabilidad del empresario individual, dentro de la literatura latina, sino fundamentalmente, y como innovación a la concepción de Pisko, la de que la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, era la figura adecuada para combatir la utilización anormal de las figuras societarias por parte de socios unimembres. Ello tuvo su origen en una muy famosa lección inaugural que diera el citado autor en el año 1928 en la Universidad de Ginebra. Como ya se señaló, no existía en la concepción de Pisko sobre la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la idea de combatir con su medio los abusos que ya se presentaban en esa época en el tráfico diario del derecho societario, y es, precisamente, en esto, en donde radica el primordial aporte a las tesis de Carry. Sin querer entrar a polemizar al respecto, parecen en cierto modo no del todo justas, las atribuciones que se le hacen a Carry como el verdadero promotor del movimiento de reforma en materia de responsabilidad limitada para el empresario individual, cosa que, en nuestra opinión, más merece ser atribuida a Pisko, sin con ello demeritar la inmensa labor de Carry.

A partir de los citados antecedentes, ha sido un mar de propuestas legislativas y doctrinales las que no se han desatado en favor y en contra de la referida institución, dándose el curioso dato que ha sido en la mentalidad de los juristas latinoamericanos en donde más ha tenido acogida la nueva institución, aunque no ha pasado más de ser del nivel de las especulaciones, ya que solamente en Costa Rica, Panamá y El Salvador, se han instaurado a nivel legislativo, a pesar de los serios intentos que en algunos países se han dado.

De la confluencia de las dos corrientes de opinión generadas por Pisko y Carry, se alimentó el pensamiento de Vivante, el gran jurista italiano,

para que en el año 1934 enfrentara el problema de la generalización irregular del uso de formas societarias en formas unimembres. A pesar de que tenía en común con sus precedentes, el hecho de que el presupuesto necesario para todos era la limitación de la responsabilidad, la diferencia, al menos con Pisko, es la de que "al contrario que el mercantilista ginebrino, Vivante estaba movido por la preocupación de ofrecer algún remedio a la difusión de abusos conexos con el empleo de sociedades ficticias, y no, por tanto, como Pisko, por el estímulo de llevar a cabo un diseño ya preparado con adopción de un texto legislativo sobre la responsabilidad limitada: es decir, por preocupaciones de índole prevalentemente doctrinales".⁹

Pero, además de la diferencia en sus motivaciones e intereses, la diferencia radical en la tesis de Vivante con respecto a los otros dos autores, radica en la disimilitud de los medios utilizados que, en nuestra opinión, siguen marcando las dos posiciones radicales que se sostienen en relación a la responsabilidad limitada del empresario: "En este sector, en cambio el derecho —en palabras de nuestro autor— debería ponerse "...de acuerdo con la realidad, único remedio para la seriedad de su función...". Para llegar a esto, el ordenamiento debería permitir el reconocimiento legal de las sociedades anónimas con un solo accionista, porque sólo haciéndolo así, se puede esperar el librarse de la práctica comercial "...de las formas simuladas con las que... se busca cubrir con testaferreros el dominio de un solo socio".¹⁰

Lo anterior llevó a Vivante a proponer la existencia de una sociedad anónima constituida y operada con un único socio, bajo algunos supuestos particulares, distintos a los de la sociedad anónima con pluralidad de socios.

Es de hacer notar aquí, que no es la propuesta de Vivante la primera especulación que se hizo alrededor de la anónima funcionando con un único socio. Ya desde el año 1925 el Principado de Liechtenstein había acogido, en la reforma que hizo a su derecho de sociedades, a nivel legislativo la sociedad anónima con un solo socio.

Otro gran autor italiano, Mario Rotondi, se pronunciaba ya abiertamente en contra de cualquier posición legislativa que atentara contra la po-

sibilidad de que se limitara la responsabilidad por parte de los sujetos individuales. De ahí que en un trabajo que hiciera denominado "Parecer sobre el Proyecto Preliminar del Nuevo Código de Comercio", preparado en 1942, con base en una solicitud ministerial, propusiera un franco reconocimiento a las sociedades que un momento posterior a sus génesis terminaran perteneciendo en su totalidad de acciones a un solo socio: "...Aparte de la respuesta que ordinariamente se da, por quien quiere prefijar un mínimo de socios, a los ya citados inconvenientes, respuesta en el sentido de que en la práctica, a través de personas de confianza, se da el conseguir aquella pluralidad y aquel límite numérico que la ley quiere (a lo que obviamente se puede responder, que con esto continúa el supuesto abuso y se le agrava con la simulación segura, y quizá con un fraude) por mi parte no tengo ningún inconveniente en afirmar que, prescindiendo de la exigencia originaria de una pluralidad de sujetos para la constitución de la relación contractual, considero completamente injustificada la prevención contra la posibilidad de que, a continuación, la sociedad anónima se transforme y sobreviva con un solo socio".¹¹

Como se nota, a pesar de la abierta posición de Rotondi en relación con las sociedades unimembres, no llegó, como lo hizo Vivante, a admitir la posibilidad de que la sociedad anónima se llegara a constituir con un único miembro. Podríamos decir también que Brunetti, en esta línea de pensamiento opina que una admisión y reglamentación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada sería una solución loable, para el derecho italiano, que vendría a combatir la existencia de sociedades con un solo socio y permitiría dividir el patrimonio y limitar la responsabilidad por parte de un sujeto físico: "En lo que nos concierne hemos mantenido nuestra adhesión a esta fórmula jurídica, porque con ella se reconocería en las leyes una realidad de los hechos y no se estimularía la creación de sociedades de un solo socio, que son empresas individuales disfrazadas de sociedades, con todos los inconvenientes que resultan de tal situación. Y no vemos inconveniente ni de orden técnico ni de orden moral. Se alega, en

9. GRISOLI, *op. cit.*, p. 63.

10. VIVANTE citado por GRISOLI, *op. cit.*, p. 63.

11. ROTONDI citado por GRISOLI, *op. cit.* p. 67.

los países en que impera la doctrina de la indivisibilidad del patrimonio, que el patrimonio de la persona no puede dividirse afectando una parte del mismo a una finalidad concreta, y limitando a esta parte la responsabilidad del titular del patrimonio. Pero en estos mismos países existen excepciones al principio de la indivisibilidad, que cada día son más numerosas e importantes. Y en cuanto al aspecto moral, no vemos por qué puede negarse a una persona física la ventaja que se le concede cuando se reúna con otra formando una sociedad".¹²

Como se desprende de los anteriores datos históricos, el papel de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en la apertura de un camino tendiente a brindar al empresario individual el ejercicio de su actividad con responsabilidad limitada de manera reconocida y, fundamentalmente, en la incidencia en la doctrina y la legislación tendiente a dar una solución al problema, cada día más agudo, del uso de formas societarias para tal efecto, sin ser ello reconocido y legítimo, ha sido realmente infinito. Nuestro país no ha estado del todo alejado del anterior desarrollo doctrinario y legislativo. Con motivo de la promulgación del Código de Comercio en el año 1964, se aprovechó el momento para la introducción en nuestra legislación mercantil de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, constituyéndose Costa Rica en el segundo país del mundo, primero en Latinoamérica, en acoger legislativamente la citada institución.

Para ello, el legislador, denotando una gran amplitud, y posiblemente con el ánimo de solventar con ello el problema de las sociedades con un solo socio, hizo caso omiso de todas las críticas que se han dirigido contra estas instituciones, dando inicio a una tradición jurídica que, esperamos nosotros, termine en logros aún más satisfactorios en la materia de sociedades con un solo socio. En esta misma línea de pensamiento, nuestro Código de Comercio en su artículo 202 dispone expresamente, como ya se ha señalado, que no es causa de disolución de la sociedad el hecho de que todas las acciones pertenezcan a un único socio.¹³

Sin embargo, a pesar de la vida relativamente corta que ha tenido la empresa individual, fue desde su origen¹⁴ y sigue siendo objeto de críticas, producto de la deficiente regulación de que fue objeto por parte del legislador del 64¹⁵, sin embargo, es de reconocer que ninguna de estas críticas tiende a poner en duda la existencia misma de la institución, ni mucho menos se critica a la luz de las concepciones tradicionales sobre autonomía patrimonial o personalidad jurídica, sino que más bien se orientan a deficiencias técnicas de la institución, alabándose en términos generales su introducción dentro de nuestro marco jurídico.

Como detalle que nos parece de especial interés, a los efectos del presente trabajo, señalamos que en el aspecto propio de la personalidad jurídica nuestra legislación en la materia se aparte de las concepciones originales de Pisko quien, teniendo esto como uno de los aspectos más importantes, negaba el atributo de la personalidad jurídica a la empresa individual de responsabilidad limitada. Según Pisko, el atribuir la personalidad jurídica a la empresa significaría un acentuamiento extraordinario e inadecuado de la separación del patrimonio de su titular con respecto al de la empresa y no una simple separación de parte de su patrimonio para ser destinado a un fin.

"¿Cuáles son las razones de una tan radical aversión"? Se puede tratar de sintetizarlas como sigue:

1) Ante todo —según Pisko— el "velo" de la personalidad haría problemática la aplicación de ciertas normas de derecho y de policía industrial que afectan al comportamiento correcto, a la honestidad, a la habilidad del empresario, las cuales, en el caso de una empresa personificada, acaban por referirse a individuos que nada tienen que ver con el "empresario persona física" previsto por el legislador, al tratarse normalmente de órganos despersonalizados y anónimos de un "ente".

2) Con la atribución de la personalidad se acentuarían inoportunamente los propios contornos de la limitación de la responsabilidad, extendiendo su alcance más allá de su ámbito natural y por los que se refieren estrictamente".¹⁶

12. BRUNETTI, *op. cit.*, p.

13. Ver en igual sentido: OZORES, Renato, *La sociedad anónima*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 5, San José, Mayo 1965, pp. 195-237.

14. TORREALBA, *op. cit.*, p. 13-14.

15. CERTAD, *op. cit.*, p. 30.

16. GRISOLI, *op. cit.*, p. 23.

Sin embargo, nuestro legislador, se mostró abiertamente decidido al reconocimiento de la personalidad jurídica a la empresa individual sin atender, percatándose o no para ello, las objeciones que Pisko había señalado. Ello merece algún comentario.

Por un lado, parece razonable la posición de Pisko en relación a su Proyecto de Empresa. El concebía su problema dentro del marco fundamental del patrimonio. Como se señaló anteriormente, su interés estaba orientado en principio a la búsqueda de una figura que permitiera al empresario individual la aplicación de normas que limitaran su responsabilidad, pero también, y fundamentalmente, el interés del jurista austriaco estaba orientado a resolver desde un punto de vista doctrinario, el problema de la indivisibilidad del patrimonio. A este problema había dado ya solución el Derecho alemán de finales del siglo pasado, a través de la creación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pero referido a una forma social. Pisko estaba empeñado en lograr la aplicación de estos beneficios al empresario individual. Por ello, es lógico entender que dentro de la concepción de Pisko, el atributo de la personalidad a la empresa no solamente era un requisito no necesario, sino que de atribuírsele sacaría su institución de los límites en que él la concebía. Recordemos que este autor no estaba inmerso dentro de la problemática de buscar una solución al problema del uso irregular de las formas societarias en formas unitarias de socios, como sí lo estaba Carry o Vivante.

Por ello, un marco jurídico que brindara la posibilidad de separar parte del patrimonio individual para ser destinado a un fin específico y un grupo de normas que aseguraran la limitación del riesgo eran más que suficiente marco para su institución.

En contraposición a este antecedente, nuestros legisladores denotando, si es que se hizo conscientemente, una gran amplitud en los términos en que concibió la institución, ha ampliado, en nuestra opinión, el marco de su aplicación. Esto deviene, pensamos, en el hecho de que es evidente que nuestro legislador sí tuvo en mente, a la hora de crear la institución, el hecho de que podría con ello combatir el fenómeno del supuesto uso irregular de las sociedades de un solo socio, creado a través del uso de testaferros.

Además, es de señalar también, que con ello el legislador introduce una nota muy particular

a la figura. Por un lado, es obvio que la empresa no es una sociedad al estar fuera del capítulo de las sociedades, y por otro, es evidente que la figura está impregnada de una base subjetiva indiscutible. Además, sin poder abstraerse de los antecedentes históricos que dieron origen a la institución, la figura en nuestro Código implica una toma de posesión dentro de la polémica de la posibilidad de separar o no el patrimonio, por lo que importa también efectos de naturaleza real sumamente importantes.

Sin embargo, dentro de este concepto, la atribución de personalidad traspasa aparentemente, los límites naturales de la institución: recordemos que ya señalamos —en otra parte— que nuestro ordenamiento —en materia de personalidad— se muestra francamente abierto en favor de la teoría que atribuye la personalidad a todos los tipos de sociedades, debidamente inscritas. Opinamos nosotros que en este campo no pudo nuestro legislador abstraerse de esa influencia. Ahora, la dificultad de justificar el porqué solamente se admite la Empresa Individual y no el empleo de formas societarias originariamente unimembres, se está haciendo cada día más difícil. Más difícil es aún esta explicación en nuestro ordenamiento en donde, empezando por el aspecto de la personalidad, son enormes las semejanzas que contienen. En síntesis, opinamos que la manera en que nuestro legislador reguló la empresa individual, tiende, en buena hora opinamos nosotros, a abrir un tratamiento cada día más franco y abierto en favor de la sociedad unimembre. Por supuesto, no se ha producido en nuestro país una seria discusión doctrinal al respecto, pero creemos que el día que eso suceda, y en algo esperamos puedan contribuir estas notas, va a ser sumamente difícil mantener la opinión de que existen argumentos sólidos en nuestro ordenamiento para no admitir la posibilidad de constituir sociedades por parte de un único sujeto. Pero posterguemos este comentario para otro momento ulterior. Volvamos sobre el problema de la personalidad de la empresa individual. Como ya señalamos, uno de los aspectos vitales del proyecto de Pisko era la ausencia de personalidad para su figura. Señalamos también, la furibunda defensa que en ese sentido hizo, y, además, la enorme claridad con que se abocaba al problema, fundamentado, opinamos, en el hecho de que dentro de los supuestos en que la planteaba tenía, indudablemente, gran solidez.

Sin embargo, no parece que todo el movi-

miento doctrinal y legislativo que originó su proyecto tuviera exactamente la misma claridad sobre el problema. En efecto, dentro de los países que le han reconocido por la vía legislativa, tenemos por un lado a Costa Rica que le imputa abiertamente la personalidad y por el otro el Principado de Liechtenstein que, siguiendo en este aspecto fielmente el proyecto de Pisko, le niega la personalidad a la Empresa.

En el aspecto de doctrina, que es donde la institución parece haber sido mejor recibida, la situación no es distinta. Por un lado, nos encontramos el sector de la doctrina que niega el derecho a la Empresa de gozar de personalidad entre algunos autores están Wieland, Apeiser, Lebmman, Hachenbur, y, en especial, Pisko. Por otro, se encuentra una posición que tiene la particularidad de no tomar una posición abiertamente a favor de la personalidad jurídica en favor de la Empresa. Se limitan estas corrientes, plasmadas en algunos proyectos de América Latina, a decir que "Se crea una entidad jurídica", sin decir si goza o no de la personalidad jurídica: sin embargo se supone que ello implica un reconocimiento tácito o indirecto de la personalidad: esta posición se encuentra en juristas como Gómez del Junto —quien elaboró un Proyecto—; el brasileño Freitas, también el argentino Stratta y otro de Solá Cañizares, autor muy conocido en nuestro medio. El tercer grupo está formado por los que reconocen abiertamente la personalidad como atributo necesario para el correcto funcionamiento de la Empresa. Entre los defensores de esta tesis se encuentran el jurista suizo Róger Ischer, el argentino Michelson, Mario Rotondi en Italia y Lucrecia Maish von Humboldt, de nacionalidad peruana, redactora de un proyecto latinoamericano que ha tenido bastante acogida en gran parte de la doctrina del continente. En relación a este proceso evolutivo que se ha desarrollado en este campo es importante citar los motivos que en opinión de la autora Maish von Humboldt han motivado este proceso: "...no creyeron necesario el reconocimiento formal por el orden normativo de la personalidad jurídica de la empresa. Posición que se explica pues ellos fueron los primeros en ocuparse de la necesidad de conceder limitación de la responsabilidad al comerciante individual y naturalmente, la evolución

de las ideas se desarrolló en forma gradual, sin pretender romper abruptamente con las concepciones tradicionales. Resulta explicable la posición del jurista austriaco —se refiere a Pisko quien seguramente por ser autor del primer Proyecto al respecto, no creyó conveniente otorgar dicho reconocimiento formal pese a que en toda su obra insiste en que el elemento pluripersonal no es el sustratum básico de la limitación de la responsabilidad (y por ende en nuestro concepto de la personalidad jurídica) que reside, de acuerdo con su tesis en la afectación de un patrimonio a un fin determinado. Fundamentando su teoría, este jurista expresa que si las mismas personas constituyen sociedades diversas, se crean patrimonios diferentes, por la diversidad de objetos a realizarse".¹⁷

A pesar de ser cierto en lo fundamental la tesis de la autora, al sugerir que lo que ha ocurrido con el proyecto es la evolución propia de toda institución jurídica, a la que por supuesto nosotros opinamos debe ser sensible el jurista, creemos que sin embargo se deja por fuera el aspecto quizá más importante. No menciona ni reconoce la autora las distintas necesidades para las que concibió Pisko su Proyecto en relación con la actual problemática del derecho de sociedades vinculada a las sociedades unimembres. No hemos dicho, ni lo vamos a decir, que la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada sea una sociedad. Sin embargo, ya hemos sugerido anteriormente, y lo reafirmamos ahora, que el proceso evolutivo que ha sufrido la figura ha ido haciendo cada día más tenues y estrechas las incompatibilidades que se han alegado entre la sociedad unimembre, en todas sus formas, y el concepto tradicional de sociedad. Si es posible para un sujeto físico separar parte de su patrimonio y destinarlo a un fin específico, si también se le reconoce la posibilidad de que emprenda el despliegue de una actividad económica limitando su responsabilidad y su riesgo a través de una persona jurídica distinta a la suya —como sirve para ambas cosas la empresa individual de responsabilidad— y, por otro lado, la tendencia a reconocer la legitimidad de las sociedades que están concentradas en la mano de un único accionista, es casi universal, con base en ¿qué argumento es posible negar la legitimidad y validez de las sociedades originariamente unipersonales?

17. MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *Empresa individual de responsabilidad limitada. Proyecto de ley tipo para América Latina*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Departamento Académico de Derecho Privado, 1970, p. 25.

En realidad que no encontramos argumentos de seriedad suficientes para negar esa posibilidad. Falta, además, señalar el efectivo recibimiento que ha tenido la empresa individual de responsabilidad limitada. A pesar de que se señaló el hecho de que en América Latina existe una gran corriente doctrinaria en favor de su admisión, es lo cierto también que sólo tres países la han acogido. En nuestro país, a pesar de todas las justificaciones y motivaciones que se han dado en favor de su recepción, la realidad es que en el tráfico jurídico y económico, la institución es poco más que intrascendente.

Sobre la triste acogida que ha tenido esta figura en América Latina está la opinión de Grisoli: "Más asombrosa es, en cambio la constatación de que, en la adopción de esta significativa solución, también se ha quedado aislado el ejemplo de Liechtenstein no encontrando imitadores ni siquiera en la América Latina donde, atendiendo a la extensión que se ha dado a este punto en la importante literatura especializada, hubiera sido lícito esperar alguna experiencia legislativa en esta misma dirección".¹⁸

Todo lo anterior demuestra que, una vez más, las construcciones dogmáticas de los juristas no se ajustan a la realidad del tráfico mercantil. Con fundamento o no, resulta ser que, a pesar de que llena el espíritu de algunos juristas, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada no ha sido suficientemente apetecible para desestimular el uso de las formas societarias unipersonales. La literatura jurídica más moderna sigue ocupándose, existiendo o no la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, del fenómeno societario relacionado con la tendencia de los sujetos de derecho, al uso de las formas sociales, valiéndose para ello de toda la gama posible de mecanismos: Sociedades simuladas, uso de testaferros, sociedades de comodidad, negocios indirectos, etc.

En nuestra opinión, el problema es que la solución buscada a través de esta institución está mal concebida. El problema que afronta el derecho societario debe ser resuelto precisamente en su campo, en sus fuentes y en sus regulaciones y no en campos y figuras ajenas a él. Debe ser a través de un replanteamiento de las concepciones mismas sobre el derecho de sociedades y aún del Derecho Mercantil, de donde podrá salir soluciones correc-

tas para el problema de las sociedades unimembres. Pero, además, se requiere de juristas que sin perder su posición de orientadores de las relaciones sociales, estén abiertos y permeables a la realidad que ante ellos se desarrolla. El jurista debe ser además un interpretador de los fenómenos sociales, y, para ello, debe estar abstraído y no apresado por la fascinación de los conceptos y los dogmas.

El aporte de Pisko a las instituciones del Derecho Mercantil es infinitamente positivo. El intento de evolución que se ha querido desarrollar a partir de la figura que él concibió es válido en la búsqueda de solución a una serie de problemas del derecho de sociedades. Sin embargo, en nuestra opinión, padecen el problema de haber perdido de vista el derecho como elemento social y que tiene —en no pocos casos y como paradoja— una línea distinta de la que trazan los juristas. Difícilmente existe otro autor de Derecho Mercantil de habla española que tenga una concepción tan aguda y desarrollada sobre el papel del Derecho y de los abogados como el maestro Joaquín Garriguez; "En el campo, cada día más extenso, de la sociedad anónima, he preferido alejarme de la seca construcción jurídica para elegir un tema de amplias perspectivas, de visión panorámica del ordenamiento jurídico de la sociedad anónima, estudiando el Derecho vivo en vez del Derecho inerte, literalizado en los Códigos. Para esta preferencia he atendido a dos razones principales: primeramente, la de reconocer que en el Derecho de Sociedades Mercantiles, el subsuelo económico está más cerca de la superficie que en ningún otro sector jurídico (Lasting decía que el contrato de sociedad pertenece, en primera línea, a la Economía y no al Derecho). No conviene sin embargo, exagerar la preponderancia económica de la legislación de sociedades confundiendo el aspecto económico con el jurídico, porque el objeto de la ciencia jurídica son siempre las normas y no las leyes económicas y naturales. Para el jurista el punto dominante ha de ser esencialmente jurídico, aún cuando huya del puro dogmatismo y de las construcciones abstractas predeterminadas por la solución que se busca".¹⁹

También en relación a un problema dentro del Derecho Mercantil, análogo al de las sociedades unipersonales, en cierto sentido al menos, opinaba

18. GRISOLI, *op. cit.*, p. 36.

19. GARRIGUEZ, Joaquín, *Hacia un Nuevo Derecho Mercantil, Escritos, Lecciones y Conferencias*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971, p. 20.

el maestro Garríguez: "Y pensé entonces, en este tema que hoy voy a desarrollar ante ustedes, 'Los Sindicatos de Accionistas' como uno de esos temas marginales que viven o acampaban fuera de la ley, pero que gozan al propio tiempo, de un gran prestigio y de una gran atracción entre los hombres de negocios. Prestigio que, por cierto, corre parejas con el desprestigio que este mismo tema tiene en los libros y en las monografías de Derecho Mercantil.

Porque, en efecto, mientras los mercantilistas dedican muchas páginas a denigrar los sindicatos de accionistas, los hombres de negocios, por el contrario, indiferentes o despectivos hacia la doctrina se pasan la vida tejiendo pactos de sindicación de acciones".²⁰

Los párrafos citados traslucen claramente el problema planteado a los juristas que operan del todo alejados de la realidad social.

En el tema de las sociedades unimembres se ha dado una situación, en nuestra opinión, muy particular. Por un lado la realidad viva del Derecho impone ya desde hace mucho tiempo la presencia evidente de las formas societarias unimembres, y, por otro, la construcción dogmática elaborada alrededor de las sociedades ha sufrido ya bastantes embates como para que, aún dentro de ese único contexto, se entre en una exhaustiva revisión de conceptos.

Parece oportuno en relación al tema planteado, hacer una revisión del tratamiento que se le ha dado en el derecho comparado de algunos países en relación con categorías, que si bien son en todos casos figuras unimembres, responden también a particularidades específicas que ameritan un tratamiento, en el presente trabajo, técnicamente separado; y lo que es más importante, el tratamiento jurisprudencial y legislativo que han recibido estas categorías ameritan su diferenciación.

En la introducción que hace Grisoli a su obra, ya tantas veces citada y que lo va a ser obligatoriamente en el resto de esta parte del trabajo, uno de los problemas que se tiene al tratar el aspecto de las sociedades unimembres es de tratar el fenómeno sin distinciones internas de ninguna naturaleza, lo que no ha generado un tratamiento doctrinario verdaderamente sistemático. Grisoli, después de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia, legisla-

ción y doctrina de una veintena de países —labor que por cierto le tomó cerca de un quinquenio— llega a la conclusión de que son tres fundamentalmente las categorías en que debe analizarse el problema de las sociedades con un solo socio: "De acuerdo con las consideraciones anteriores, me ha parecido oportuno escoger como hipótesis base para el estudio global de las sociedades unipersonales las tres situaciones siguientes:

- a) Sociedades con un solo socio en el momento de la constitución (sociedades originariamente unipersonales).
- b) Sociedades preordenadas a un solo socio.
- c) Sociedades reducidas a un solo socio".²¹

Sin embargo, en nuestra opinión, e incluso la del mismo Grisoli quien al final del libro duda de la validez de su clasificación, creemos que las hipótesis b) y c) responden a una unidad de supuestos por lo que no ameritan ser tratados como categorías distintas por lo que reduciremos el problema a solamente las hipótesis de sociedades originariamente unipersonales y a las constituidas originariamente bajo una pluralidad de socios pero que han quedado reducidas a sociedades unimembres, sin importar, para efecto de la clasificación al menos, si estaban predeterminadas en su existencia a ser unimembres.

A. Sociedades reducidas o preordenadas a un solo socio.

Trata esta categoría, como ya se adelantó, de aquellas sociedades que, habiéndose constituido bajo una forma que podríamos llamar normal, es decir bajo pluralidad o bilateralidad de socios, llegan en un momento posterior a su génesis a convertirse en sociedades cuya totalidad de acciones pertenecen a un solo socio. Como también ya se insinuó, podría hablarse dentro de esta misma categoría de dos fenómenos distintos. Por un lado, el de aquellas sociedades que desde el mismo momento de constitución o nacimiento estaban ya predestinadas a ser unimembres en virtud de estar prevista tal situación, y por otro, se podría hablar de las sociedades que, por obra casual de su funcionamiento, llega a estar la totalidad del paquete de acciones en manos de un único socio, sin que ello

20. GARRIGUEZ, Joaquín, *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1978, p. 16.

21. GRISOLI, *op. cit.*, p. 8.