

Empresa unipersonal*

Edna Carolina Falla Barrantes**, María Claudia García Roncancio***

Resumen

La teoría contractualista no había permitido en Colombia el reconocimiento de la personalidad jurídica conformada por un solo socio. A partir de la ley 222 de 1995 se autorizó la creación de las denominadas empresas unipersonales, mediante las cuales una persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, destina parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter comercial.

Sin embargo, la desconfianza del legislador a esta forma empresarial, las sometió a requisitos y restricciones que no sólo no se encuentra en las sociedades comerciales sino que afecta su desarrollo y operatividad.

Palabras claves: Empresa unipersonal.

Abstract

The contractual theory in Colombia had not allowed the recognition of the legal personality composed by one partner. Since the law 222 of 1995 the creation of the denominated Unipersonal Companies was authorized by means of one person, natural or juridical, national or foreign, earmarks part of his assets to the realization of one or many commercial activities. Nevertheless, because of the distrust of the legislator to this company form, they were subjected to requirements and restrictions which are not only included in the commercial corporations but that affect their development and operating.

Keys words: Unipersonal companies.

Durante años en Colombia han existido numerosas «sociedades de papel» conformadas por una aparente pluralidad de miembros, de los cuales sólo uno era el verdadero

interesado en la existencia del ente jurídico, y los otros, simples prestanombres, necesarios para la constitución de la sociedad. Esta anómala situación se originaba en la exigencia del artículo 98 del Código de Comercio, según el cual son requisitos esenciales para la creación de una sociedad, la pluralidad de socios, la realización de aportes, la vocación de ganancia o pérdida y el efecto *affectio*

* Resumen del trabajo de grado presentado por las egresadas.

** Egresada de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

*** Egresada de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

societatis. En consecuencia, no era legalmente posible acceder a estas figuras jurídicas sin la concurrencia de varias personas, por lo que quien no tenía el *affectio societatis* se veía obligado a solicitar a familiares o amigos su colaboración para la constitución de la sociedad, en aras de obtener el beneficio de la personalidad jurídica, aunque durante el desarrollo de las actividades de la entidad actuara únicamente él.

A pesar de que este fenómeno llegó a adquirir grandes proporciones y aún hoy subsistente, el legislador nacional se había negado a reconocer la personalidad jurídica a los entes conformados por un solo socio, por diversas razones. En primer lugar, el ordenamiento jurídico colombiano ha sido fuertemente influenciado por teorías como la Contractualista Clásica, la del origen Contractual de la Sociedad y la de la Inescindibilidad del Patrimonio, cuyos postulados impedían admitir la posibilidad de que una sola persona destinara una porción de sus bienes al desarrollo de actividades comerciales, con el privilegio de la personalidad jurídica. Por otro lado, teniendo en cuenta que como consecuencia de la personificación jurídica en las anteriores condiciones se limitaría la responsabilidad del socio único al monto de su aporte, existía el difundido temor de que este tipo de entes se convirtieran en instrumentos idóneos para defraudar a los terceros que con ellos contrataran, y a los acreedores anteriores del

titular, quienes verían disminuida su prenda general.

Sin embargo, cada vez se hacía más urgente la legalización de esta situación, por lo cual el legislador estaba en mora de crear un mecanismo que solucionara los inconvenientes que la disposición contenida en el artículo 98 del Estatuto Mercantil implicaba para el crecimiento del comercio. Fue así como se inició el proceso que culminó con la expedición de la ley 222 del 20 de diciembre de 1995, que entró en vigencia a partir del 21 de junio de 1996.

En once artículos, del 71 al 81, la ley regula un nuevo ente, denominado Empresa Unipersonal, mediante el cual una persona, natural o jurídica, destina parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter comercial. Una vez inscrita la empresa en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, forma una persona jurídica distinta de su titular.

Esta definición, un poco confusa, es fiel reflejo del controvertido camino recorrido en el Congreso de la República para su adopción. La norma confiere a la figura el tratamiento de un patrimonio de afectación con personería jurídica que, en virtud de la remisión expresa que prevé el artículo 80 de la ley, se asimila, en cuanto sea compatible, a las sociedades, en especial a la sociedad de responsabilidad limitada.

El término «empresa» fue adoptado como forma de rehuir de la denominación «sociedad unipersonal», existente en varios países del mundo desde hace décadas. Esto puede verse claramente reflejado en los países miembros del bloque europeo, los cuales, atendiendo los parámetros proporcionados por el Consejo de la Comunidad Europea en su duodécima directiva, adoptaron la sociedad unipersonal como un medio factible para ejercer el comercio bajo la modalidad de persona jurídica.

En la mayoría de los casos, los entes de esta naturaleza nacen porque sociedades pluripersonales se transforman en un solo miembro, aunque en algunos ordenamientos internos nada obsta para que la sociedad funcione como unipersonal desde su nacimiento.

En el continente americano la situación es distinta, ya que varios de sus países—México y Brasil, entre ellos— sostienen que una entidad formada por una sola persona no tiene respaldo suficiente para garantizar los intereses de los terceros que con ella pacten, razón por la cual se constituiría como el medio idóneo para cometer fraude contra éstos. En virtud de lo anterior, en el evento en que una sociedad vea su número de socios disminuido a uno, estará inmersa en forma automática dentro de una casual de disolución, y se le otorgará un período de tiempo, previamente establecido por la ley,

para remediar tal anomalía volviendo a conformar la pluralidad de miembros, o de lo contrario se vería abocada a una inminente liquidación.

Afortunadamente existen en el continente legislaciones como la panameña y la paraguaya que evolucionan de acuerdo con las necesidades y situaciones que se presentan en el diario acontecer, y han aceptado que un único miembro puede adelantar una labor de la misma naturaleza que la que realizan los entes pluripersonales en forma satisfactoria, sin que esto implique poner en riesgo los bienes de las personas que con él contratan. Por esto es posible la existencia y funcionamiento de la figura sin inconvenientes.

En Colombia, la realidad demuestra que, aunque la empresa unipersonal no fue regulada íntegramente como una sociedad, su funcionamiento es prácticamente idéntico al de ésta, con algunas afortunadas diferencias que han venido a eliminar trámites innecesarios exigidos a las personas jurídicas pluripersonales. No escapó el legislador a la creencia generalizada de que la empresa unipersonal facilita el fraude a la ley y a terceros, razón por la cual diseñó un régimen restrictivo que no se aplica a las sociedades. Parece que partiera de la contradicción de considerar admisible la limitación de la responsabilidad cuando se trata de varias personas, pero tacharla de peligrosa cuando se trata de una sola.

Las empresas unipersonales sólo pueden conformarse para el ejercicio de actividades comerciales, a diferencia de lo que sucede con las sociedades, que pueden ser mercantiles, civiles o mixtas, con régimen unificado a partir de la entrada en vigencia de la ley 222 de 1995. Sin embargo, sus titulares no necesitan tener el carácter de comerciantes, pues la ley sólo exige que cumplan con los requisitos para ejercer el comercio, siendo factible la constitución de empresas individuales por parte de entidades sin ánimo de lucro. También se ha autorizado la creación de este tipo de empresas por parte de sociedades extranjeras, y no se considera ésta una actividad de carácter permanente para efectos legales.

Para constituir una empresa unipersonal se exigen, en general, los mismos requisitos que para la constitución de sociedades, aunque como innovación se permite que el acto creador se plasme en documento privado. Sólo será necesario la escritura pública cuando se aporten bienes que requieran de esa formalidad para su enajenación. En los estatutos deberán consignarse datos como el nombre, identificación y dirección del constituyente, domicilio de la empresa y de su titular, la denominación o razón social seguida de la expresión «E.U.» o «Empresa Unipersonal», el término de duración, y se permite que se estipule una vigencia indefinida, la enunciación completa de las actividades mercantiles que se van a desarrollar, a menos

que se diga que se podrá realizar cualquier acto lícito de comercio, situación que no es permitida en el régimen societario, el monto del capital, indicando el número de cuotas de igual valor nominal en que se dividirá, y la forma de administración escogida, junto con los datos de los administradores.

Se evidencian claras diferencias con las sociedades, que dan a la empresa una mayor flexibilidad y la ponen a tono con la tendencia mundial de eliminar el exceso de regulación en el ámbito mercantil.

Los estatutos de una empresa unipersonal pueden ser reformados siguiendo la misma formalidad utilizada para su creación. Así, si la empresa fue constituida por documento privado, por este mismo medio se reformará, y si fue utilizada una escritura pública, sea por exigencia legal o por voluntad del titular, se requerirá este mismo instrumento para su modificación. Obviamente, tanto el acto constitutivo como sus reformas deben ser inscritas en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio competente en el domicilio principal del nuevo ente, momento a partir del cual nace a la vida jurídica, pues el registro tiene carácter constitutivo en el régimen previsto para las empresas.

El empresario puede escoger cualquier modalidad legal para administrar su negocio. Por derecho propio, las funciones administrati-

vas le corresponderán como titular y miembro único del ente, pero nada impide que delegue esas facultades parcial o totalmente, debiendo determinar claramente en los estatutos las atribuciones de los administradores. Delegada completamente la administración, le queda prohibido al empresario celebrar actos y contratos a nombre de la empresa unipersonal, como lo consagra el artículo 72 de la ley 222 de 1995. Estos administradores están sujetos a la responsabilidad prevista en el régimen general de las sociedades. La responsabilidad del empresario, por su parte, será la prevista para los socios en la sociedad de responsabilidad limitada, aunque en ninguna parte de las normas que regulan la empresa unipersonal se establece la limitación de su riesgo al monto de su aporte. Tal situación se deduce de la asimilación que a este tipo de sociedades hace la ley.

Como novedad, el legislador adoptó dentro de la normatividad de la empresa individual, la teoría del levantamiento del velo societario, originaria del sistema anglosajón bajo el nombre «*disregard of legal entity*», en virtud del cual, cuando se demuestre que la empresa unipersonal ha sido utilizada en fraude a la ley o a terceros, el titular responderá solidariamente con los administradores que participaron en los actos defraudatorios, por las obligaciones derivadas del fraude y por los perjuicios causados.

Esta doctrina, de gran aceptación internacional, ha sido acogida legalmente en Colombia para casos de fraude cometidos en virtud de la subordinación en las circunstancias previstas en el artículo 148 de la ley 222; para sociedades sometidas a liquidación obligatoria, cuando se cumplan los supuestos del artículo 207 de la misma ley; y en los casos establecidos en la ley 190 de 1995, cuando se contravengan los fines buscados con el Estatuto Anticorrupción.

Sería un gran avance la consagración de esta teoría en otras eventualidades, e incluso como regla general para evitar defraudaciones, aunque por ser el derecho colombiano un derecho eminentemente escrito, no faltarán los opositores a su incorporación.

El capital de la empresa unipersonal estará integrado por la parte del patrimonio que el constituyente destine para el funcionamiento de la entidad, el cual deberá estar formado por dinero o bienes apreciables en dinero. El aporte deberá ser efectuado en su totalidad al momento de constitución de la empresa, y no tiene cabida la figura del capital suscrito y autorizado, debido a la gran importancia que reviste este elemento por ser, en principio, la única garantía con la que cuentan los acreedores y las personas que contraten con ellas. Al igual que en las organizaciones sociales, el capital se dividirá en partes de igual valor nominal denomi-

nadas cuotas, la totalidad de las cuales, como resulta apenas obvio, se encuentra radicada en cabeza del empresario. No es éste un elemento inmutable, ya que es susceptible de aumentos y disminuciones, para lo cual debe seguirse el régimen previsto para las sociedades.

Por su parte, las utilidades para ser retiradas deberán encontrarse debidamente justificadas por un contador público independiente. De este rubro debe descontarse un 10% destinado a la constitución de la reserva legal, margen que podrá ser ampliado por disposición estatutaria o por mera liberalidad del empresario al culminar el ciclo contable.

En cuanto a las prohibiciones que la ley consagra para el titular de la empresa unipersonal, se encuentra la de retirar bienes de la empresa que no se encuentran calificados como utilidades y la autocontratación, ya sea con la persona misma del empresario o con otras empresas unipersonales pertenecientes a éste.

El primer caso es perfectamente razonable, ya que como se dijo en su oportunidad, los bienes aportados a la empresa conforman el capital, que a su vez se constituye en prenda general de los acreedores del ente. El segundo suscitó un pronunciamiento de la Corte Constitucional, que lo declaró exequible, por considerar que no vulnera ningún derecho y que, por el contrario, protege los intereses de la colectividad.

Dentro de la segunda restricción pueden encuadrarse la fusión y la escisión, como actos contractuales que son, ya que en un momento dado el titular de la empresa puede estar presente en ambas partes del acuerdo. Pero nada obsta para que se lleven a cabo teniendo de un lado al empresario y del otro a una persona natural o jurídica diferente de éste individualmente considerado.

Resulta totalmente factible que una sociedad se convierta en empresa unipersonal por concentración de la totalidad del capital en uno solo de sus socios, al igual que la conversión de la empresa unipersonal en sociedad cuando sus cuotas de igual valor nominal pasen a manos de varias personas, que deseen continuar desarrollando la actividad de ésta.

En ambos casos, los entes seguirán funcionando sin solución de continuidad y deberán registrar el cambio de organización cumpliendo los requisitos necesarios para el efecto dentro del término previamente establecido por la ley.

El manejo financiero y contable de la empresa unipersonal se llevará a cabo dentro de los parámetros de los principios de contabilidad generalmente aceptados, dando aplicación al Plan Unico de Cuentas, al igual que en las organizaciones sociales.

Tributariamente, la empresa indi-

vidual recibe un tratamiento igual al de las sociedades por expresa disposición del parágrafo del artículo 18 del Estatuto Tributario. En consecuencia, está obligada a tributar sobre la renta con una tarifa del 35% y es responsable del pago del impuesto sobre las ventas dentro del régimen común. Además, es sujeto pasivo de otros impuestos, tales como industria y comercio, avisos y tableros y los gravámenes propios de los actos de registro ante la Cámara de Comercio. Para efectos impositivos, el empresario es solidariamente responsable por las deudas que la persona jurídica tenga con el Estado por concepto de impuestos, sólo hasta el importe de la obligación principal, y quedan excluidas las sumas correspondientes a intereses de mora, sanciones, entre otras, tal como fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de julio de 1998.

La empresa unipersonal se disolverá por las causales previstas en la ley, que en términos generales son iguales a las previstas para las sociedades. Se destacan el vencimiento del término previsto, a menos que se haya estipulado una duración ilimitada; la imposibilidad de desarrollar las actividades sociales, evento poco probable cuando la empresa se crea para la realización de cualquier acto ilícito de comercio; la muerte del titular, que sólo dará lugar a la disolución cuando se consagre en los estatutos o en sus reformas. La liquidación se tramitará según el proce-

dimiento previsto en la Ley 22 de 1995 para las sociedades, y el liquidador será el mismo empresario o la persona designada por él o por la Superintendencia de Sociedades, a solicitud de cualquier acreedor.

Es precisamente la Superintendencia de Sociedades el ente encargado de fiscalizar a las empresas unipersonales, situación que pone en evidencia la equiparación entre estas personas jurídicas y las sociedades. De lo contrario, sería inconstitucional que se realizara la vigilancia por parte de la Superintendencia, cuyas funciones están instituidas por la Constitución Política de 1991 sólo con respecto a las sociedades comerciales. En ejercicio de sus funciones, la Supersociedad vigilará que las empresas unipersonales cumplan con la ley y con sus estatutos, realizará las inspecciones que sean necesarias para verificar la legalidad de sus actos e impondrá los correctivos del caso para subsanar las irregularidades que llegue a encontrar. En especial, velará por que los constituyentes no incumplan las prohibiciones que consagra la Ley 222 para proteger a terceros.

Las numerosas similitudes entre las sociedades y las empresas unipersonales que se encuentran *prima facie* en los artículos del régimen aplicable a estas últimas, se complementan con el reenvío expreso a la normatividad societaria en cuanto sea compatible. Se hacen extensivas también las reglas sobre inhabilidades e in-

compatibilidades aplicables a las sociedades, a pesar de que por ser normas de naturaleza restrictiva, no deberían ser susceptibles de analogía.

Aunque la Ley 222 de 1995 introdujo al ordenamiento jurídico colombiano importantes novedades, que deberían adoptarse para todas las personas morales, mayor avance habría sido aceptar la constitución de verdaderas sociedades unipersonales, tanto por la creación como por el devenir, solución que ha tenido buenos resultados en países de más desarrollo económico y legal. De haber sido así, habría bastado la inclusión de un párrafo al artículo 98 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

Parágrafo: La sociedad también puede constituirse por el acto de voluntad de una sola persona, natural o jurídica, en los casos previstos en la ley.

De esta manera, la remisión constante a las normas societarias no habría sido necesaria, pues el régimen general de las sociedades le sería aplicable a la empresa unipersonal por derecho propio. El capítulo referente a la sociedad unipersonal podría contener únicamente las disposiciones especiales para los pocos eventos en que se requiera una solución particular para desaparecer el elemento de la pluralidad de socios. Además, no habría tenido que recurrirse a una figura de tan

escaso desarrollo conceptual como la empresa, cuya naturaleza no ha podido ser definida por la comunidad internacional.

Aunque no puede negarse que esta discusión teórica es altamente interesante para el desarrollo de la Ciencia Jurídica, sus efectos no trascienden al sector empresarial, puesto que para los titulares de empresas unipersonales y para quienes con ellos contratan, lo importante es el reconocimiento como personas jurídicas y no la denominación que la ley les dé a estos entes. Sin embargo, un obstáculo que ha encontrado esta figura desde su implementación en el país ha sido la falta de información sobre su existencia y sobre sus notas características, situación que ha contribuido a frenar un poco el índice de empresas constituidas. Hasta el 11 de febrero de 1999, en Barranquilla se encontraban inscritas 461 empresas unipersonales, cuyos titulares son mayormente personas naturales que han visto en estos entes un medio idóneo para la organización de pequeños y medianos negocios. Las posibilidades ofrecidas por la empresa unipersonal, tanto para la industria en general como para la inversión extranjera, al permitir la constitución en Colombia de las *wholly owned subsidiaries*, no han sido plenamente explotadas.

Por lo anterior se concluye que, a casi cuatro años de la entrada en vigencia de la LEY 222, la empresa unipersonal se encuentra aún en

estado de desarrollo, y es deber del Estado publicitar sus ventajas para el crecimiento del comercio.

Los empresarios barranquilleros se encuentran satisfechos con los resultados obtenidos con la figura que escogieron. Destacan como bondades de estos entes, la posibilidad de acceder a la personalidad jurídica sin necesidad de asociarse, la limitación de su responsabilidad al monto de su aporte y los sencillos trámites requeridos para su constitución y reforma. Sin embargo, algunos titulares están inconformes con su elección, pues ha sido resultado de la exigencia por parte de sus empleadores para poder contratarlos, burlando las normas laborales y de seguridad social. En estos casos, no debe dudar el funcionario judicial en aplicar la Teoría del Contrato Realidad, pues debe primar la verdadera intención de las partes sobre la apariencia del contrato civil o comercial. Aunque se intente esconder la prestación de servicios tras la fachada de relaciones no laborales, ante la ley prevalecen los derechos del trabajador.

Con esta fraudulenta situación se pone en evidencia que, al contrario de lo que temía el legislador, la empresa unipersonal no ha sido utilizada para engañar a sus acreedores, sino que es más común su uso por parte de terceros para defraudar a sus titulares.

En contra de la limitación legal,

existen en la ciudad empresas creadas para la realización de actos no mercantiles, como es el ejercicio de las profesiones liberales, situación que debería ser tenida en cuenta por el órgano legislativo para permitir la constitución de empresas unipersonales civiles y mixtas.

Como figura en plena evolución, la empresa unipersonal merece posteriores estudios que permitan conocer su aceptación no sólo por parte de sus titulares sino de la comunidad en general, en un país que se caracteriza por su tradicionalismo.

Seguramente, en unos años la empresa unipersonal podrá desarrollar todas sus potencialidades, cuando los contratantes conozcan las características y ventajas de este ente, que lejos de ser idóneas para cometer actos ilícitos, otorgan una alta seguridad a los terceros, quienes saben de antemano cómo se encuentran respaldadas sus transacciones. Además, su funcionamiento permitirá demostrar que tampoco los acreedores anteriores del empresario ven desmejorada su prenda general, pues están legalmente facultados para perseguir, ya no los bienes destinados a la empresa, sino las cuotas de capital que los representan. En síntesis, son muchas las ventajas que aporta esta novedosa figura, que sería más ágil si el Congreso de la República revaluara el régimen de prohibiciones y restricciones que le son aplicables, e inclusive, si le reconociera el carácter de verdadera sociedad.