

Revista del Foro Canario

91

Las Palmas de Gran Canaria, 1995



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL COMO RESPUESTA DE LA LEY 2/1995, DE 23 DE MARZO, A LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

SANTIAGO RIVERO ALEMÁN

DOCTOR EN DERECHO. ABOGADO-ECONOMISTA AUDITOR
PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL DE LA UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

I. EL EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

1. *El empresario individual de responsabilidad limitada:*

- 1.1. Introducción.
- 1.2. El patrimonio separado como categoría jurídica autónoma.
- 1.3. La empresa como ente subjetivo: problemática que plantea.
- 1.4. La responsabilidad limitada como alternativa a las sociedades de un solo socio.

II. LAS SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO.

1. *Concepto y clases.*

2. *Cuestiones en torno a su naturaleza:*

- 2.1. La doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).
- 2.2. La responsabilidad limitada y el desdoblamiento de la relación titularidad-administración de la empresa.

2.3. La falta de coordinación normativa.

3. *Regulación legal:*

3.1. La sociedad de un solo socio en la legislación Europea. La XII Directiva de Sociedades.

3.2. La sociedad unipersonal en el Derecho interno.

III. TRATAMIENTO DIFERENCIAL DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.

1. *Atribución de la autocartera.*

2. *La publicidad legal y otros deberes formales.*

3. *Régimen de las aportaciones sociales.*

4. *La toma de decisiones y las relaciones con el socio único: la autocontratación.*

5. *Determinación de la responsabilidad en la sociedad unipersonal y consecuencias de la infracapitalización.*

IV. CONCLUSIONES.

EL EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. El empresario individual de responsabilidad limitada.

1.1. Introducción.

Hemos de recordar las distintas posiciones mantenidas por la doctrina para justificar la existencia del empresario y su beneficio, en el ámbito de la economía de mercado, también llamada capitalista. Fernández Pirla recoge esta distinción (*Economía General*, Madrid, 2ª ed., 1967, págs. 217 y ss.) en base a dos aspectos característicos: como coordinador de los factores de la producción a los que retribuye (tesis del empresario-control) y en cuanto asume un riesgo en el ejercicio de la actividad empresarial (tesis del empresario-riesgo). Es esta última faceta la que nos interesa en desarrollo del tema que nos ocupa.

El ejercicio honesto de una actividad económica puede dar lugar a situaciones injustas para su titular, quien, por infortunio sobrevenido encuadrable en el caso fortuito o fuerza mayor, puede llegar a la ruina patrimonial ante las responsabilidades que el ordenamiento jurídico le impone como consecuencia del ejercicio empresarial. Bien es verdad que también se dan situaciones escandalosas en sentido contrario, cuando a través de distintas fórmulas y subterfugios fraudulentos se intenta evadir las consecuencias civiles de las obligaciones asumidas o devenidas de la actividad empresarial.

Por no haberse afrontado decididamente la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario bajo unos parámetros adecuados, se ha dado lugar en el pasado a la ocultación patrimonial por parte del sujeto afectado, bajo la titularidad jurídica y aparente de terceros que sirven como testaferros en el ejercicio de una empresa que no les corresponde. Recuérdese igualmente la existencia de diversas fórmulas, hasta constituir, incluso, sociedades “vacías”, “de conveniencia”, “de fachada” y preordenadas a un solo socio, para ser ofrecidas a un eventual y futuro adquirente interesado en la sola adquisición de la apariencia societaria, de lo que es exponente la figura conocida por “Strohmannengesellschaften” del Derecho alemán y la “società di comodo” del italiano. Por ello, el empresario que ha decidido preservar su patrimonio personal y familiar de las resultas negativas de su negocio, inicia, por diferentes vías, una empresa individual bajo forma societaria, propia o simulada.

La realidad anterior al nuevo movimiento normativo (reconoce Galgano, en “La responsabilità dell’armatore”, *Riv. Dir. Nav.*, vol VIII, 1.942) es la de que el comercio ha estado secularmente sometido a la responsabili-

dad ilimitada en términos aún más gravosos que para las relaciones puramente civiles, por la generalización en dicho ámbito del instituto de la solidaridad, en lugar de la mancomunidad propia del Derecho Común. Sólo cuando ha sido necesario acudir al mercado de capitales se ha impuesto la sociedad anónima, con limitación de la responsabilidad; lo que constituye un avance respecto de las sociedades personalistas desarrolladas en los códigos mercantiles, con lógico apoyo en la distribución funcional que se produce en las sociedades capitalistas, en las que la gestión es disociable de la titularidad del capital social; tal cual establece el CCo. para el naviero, quien pierde el control del buque en la navegación y, por ello, puede eximirse de sus responsabilidades con el abandono del mismo o de la parte que de él le corresponda, exoneración que le está vedada si no ha cumplido con el deber de inscripción como empresario individual en el Registro Mercantil (art. 19 CCo.).

A tenor de las elaboraciones de la doctrina científica y de los textos normativos, que han abordado las posibles soluciones a esta necesidad social del mundo económico, del funcionamiento de la empresa y del mercado, cuatro son las líneas experimentadas: a) la separación objetiva de un patrimonio autónomo; b) la atribución de personalidad a la empresa como ente diferenciado; c) la limitación subjetiva de la responsabilidad del empresario individual; y, d) el recurso a la sociedad mercantil, conforme a los tipos conocidos y una vez remodelada para restar importancia a la contractualidad en la fundación.

1.2. El patrimonio separado como categoría jurídica autónoma.

La limitación de la responsabilidad a un bloque patrimonial diferenciado del empresario individual, o la personalización de aquél, es defendida por la corriente doctrinal que tiende a la objetivación de la empresa como realidad patrimonial autónoma, como señala SÁNCHEZ RUS (vid. bibliografía, comentario al art. 35.1 del CCo.), aunque no debemos olvidar que la cita se refiere a las “cuentas anuales” del empresario y se advierte en su redacción un lenguaje impregnado de matices económico-contables, que no jurídicos. En esta dirección, puramente objetiva, la responsabilidad limitada se logra mediante la distinción de un “patrimonio separado” o destinado a un fin. Esta hipótesis objetiva surge como reacción a las múltiples elaboraciones de formas jurídicas que, para solventar el problema, conducen a un doble mecanismo subjetivo: la sociedad de un solo socio y el empresario individual de responsabilidad limitada.

Ambas soluciones legislativas se contemplan en Liechtenstein, en el Código Civil de este Principado de 1925 (arts. 834 y 896), creador del concep-

to de la *autonomía patrimonial* en coexistencia con la sociedad de un solo socio. Su defensor doctrinal ha sido Carry, en un trabajo de 1928, reelaborado por el mismo autor unos treinta años después para la Asociación Henri Capitant (1955). Afirmaba este autor, que la responsabilidad limitada vía exclusión de cierto patrimonio, o lo que es lo mismo, mediante la adscripción del patrimonio empresarial al cumplimiento de las obligaciones y la exclusión del personal o familiar, es una reacción contra las sociedades de garantía limitada y, en especial, contra la evidente deformación de la sociedad anónima, que ha dado origen a “prácticas reprobables que todo legislador debía cortar”.

Resulta curioso observar la atención que en el Ecuador de este siglo ha merecido el fenómeno para los tratadistas latinoamericanos, tales como Organy (Buenos Aires, 1948), Marcondes Machado (San Paulo, 1958) y Mora Rodríguez (Montevideo, 1952), entre otros, que han inspirado numerosos proyectos de ley aparecidos en países de Sudamérica en los últimos cincuenta años con la finalidad de admitir la empresa individual de responsabilidad limitada. Ello ha suscitado gran interés y ha transmitido esta inquietud a la literatura jurídica española y portuguesa. Así, en España se ocuparon por entonces de este problema: García Álvarez (La “O.I. persona jurídica mercantil de fisonomía unipersonal”, 1944), Marín Lázaro (“La Sociedad de un socio y el problema de la limitación de responsabilidad en la empresa”, 1947), Trías de Bes (“La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales”, 1948), Valls Taberner (“Hacia la limitación de la responsabilidad de la empresa individual”, 1952), Vicente y Gella (“La responsabilidad limitada en la empresa individual”, 1953), Jordano Barea (“La sociedad de un solo socio”, 1964), Langle (“Manual de Derecho Mercantil Español”, 1950) y Aparicio Ramos, (“Para un estudio de la sociedad anónima unipersonal”, 1961), entre otros.

Posteriormente, esta opción práctica –que parece más sencilla– ha quedado frenada por las dificultades para admitir el instituto de la responsabilidad limitada del empresario individual sin acudir a la ficción o ropaje societario, si bien la doctrina italiana ha venido considerando nuevamente la oportunidad de recurrir a la limitación de la responsabilidad empresarial individual con la creación de una figura a propósito. Para ello se parte de la autonomización de un patrimonio de destino, alternativa que no está exenta de dificultades por la necesidad de delimitar previamente el concepto patrimonio, utilizado unas veces en el sentido de abarcar a un complejo o suma de derechos y deberes que tienen como titular a la persona e, impropriamente en otras, como conjunto de bienes (tal es el sentido del art. 2.740 del “Codice” italiano; de los arts. 1.056, 1.389 y 1.911 del Código Civil español, y 19 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria).

Otra cuestión a resolver es si resulta admisible la existencia de varios patrimonios que pertenezcan a un mismo sujeto. Dice Ripert al efecto, que cada persona no puede poseer más de un sólo patrimonio (“...chaque personne ne peut avoir qu’un seul patrimoine”). El patrimonio se entiende así como una unidad y universalidad; en cambio, para admitir el patrimonio separado o de destino, y delimitar su afección a la responsabilidad por el ejercicio de la actividad empresarial, es necesario reconocer la “sub specie universitatis” del mismo, tal cual ocurrió con el art. 509 del Código Civil italiano de 1865 que regulaba el usufructo de un patrimonio o parte de él. Así, una vez superada la concepción del patrimonio como proyección del sujeto, surgen hipótesis referidas a situaciones encuadrables en la modalidad de los conjuntos de bienes de destino, tal cual sucede con el del ausente y la herencia yacente o patrimonio sin titular.

Afirma GRISOLI (vid. bibliografía), que el recurso a la “universitas” no sirve de mucho para explicar el fenómeno de varias masas patrimoniales que tienen como titular a una misma persona. Propone analizar el problema bajo otra perspectiva, como hace COSTI (*op. cit.*). En esta depuración del concepto patrimonio separado, se evidencia que no existe unanimidad en la doctrina ni identidad conceptual entre figuras afines, con ejemplos significativos en el derecho alemán que difieren de la idea de patrimonio separado elaborado por la doctrina italiana, como es el conocido por “Sondervermögen”, que engloba supuestos con matices diferenciales. En la doctrina alemana, este patrimonio separado puede referirse a un núcleo de bienes y derechos sustraído a la administración de su titular, a los reservados para responder ante determinados acreedores, y a aquellas relaciones jurídicas pecuniarias que provienen de un sujeto distinto del actual titular, cuales son los bienes hereditarios.

La tesis del patrimonio como materialización de la limitación de la responsabilidad del empresario está ligada al conjunto de bienes que se afectan en garantía de los acreedores. Así, cabe hablar de patrimonio separado “*strictu sensu*”, o cerrado, y patrimonio abierto. El primero de ellos implica la exclusión de los restantes bienes y derechos del sujeto a la acción de los acreedores; en cambio, en la segunda acepción, el patrimonio no afecto responde, en ciertos supuestos e ilimitadamente, en vía subsidiaria.

Distintas corrientes doctrinales admiten la existencia del patrimonio separado, contemplado en diferentes ordenamientos influenciados por el Derecho Romano y que ponen acento en la finalidad, disponibilidad y garantía especial. Así, Pugliatti (cita de Grisoli, *op. cit.*) exige que para que haya separación ha de existir una finalidad distinta cada vez que se

produce el hecho que la motiva: quiebra, patrimonio del ausente y otros. Según PINO (“Il patrimonio separato”, Padua, 1950), para que el intérprete pueda identificar el patrimonio separado se ha de partir de la disponibilidad del mismo y de la garantía ilimitada que signifique para los acreedores; así, cabe considerar: la dote, el patrimonio familiar, el naval, el patrimonio del quebrado, la herencia renunciada y los bienes dados en garantía real. MESSINEO (“Le società di commercio collegata”, Padua, 1932) considera existente un patrimonio separado cuando un determinado núcleo patrimonial esté limitado en cuanto a la garantía o afección frente a terceros.

De lo expuesto se desprende que no existe unidad en cuanto a la naturaleza del patrimonio separado, encontrando plurales situaciones y alusiones al concepto en régimen de heterogeneidad. Depende del criterio de individualización que se escoja para darse cuenta, en cada caso, de que la base dogmática para apoyar la limitación de responsabilidad de la empresa individual no es ciertamente satisfactoria, a tenor de los estudios realizados en el pasado reciente. La limitación de responsabilidad en atención a la realidad objetiva de un patrimonio separado o de destino tropezaría con grandes dificultades en el ordenamiento jurídico; de modo que, sería más sencillo atribuir personalidad jurídica a la empresa como ente subjetivo distinto del empresario, aspecto que contemplaremos a continuación.

1.3. La empresa como ente subjetivo: problemática que plantea.

Los estudios sobre la atribución de personalidad a la empresa con independencia de la del empresario, basado en la estimación de viabilidad de los patrimonios separados o de destino, se inician a partir de los estudios de PISKO (1910) que sirvieron de modelo al legislador de Liechtenstein, en los cuales se diferencia la responsabilidad patrimonial de la empresa y se objetiva el concepto, para deslindarlo de la realidad subjetiva del empresario, construcción en la que la afección solamente queda reducida a parte del patrimonio del mismo. La puesta en marcha de un proyecto de tal calibre, que pretendía limitar la responsabilidad patrimonial del empresario individual como tal sujeto, tropezó con grandes obstáculos, por la difícil incardinación del concepto entre los principios generales de responsabilidad individual y la dificultad que encierra el deslindar las distintas masas patrimoniales. Este es el criterio sustentado por los autores que realzan el concepto empresa ante el que, a su juicio, cede el concepto empresario o titular de la empresa.

Así, en el proyecto de Pisko, el peticionario debía presentar al Tribunal en cuya circunscripción se hubiera solicitado el registro, una “declara-

ción de destino” respecto del patrimonio que compone el conjunto de relaciones de la empresa, dentro de los tres meses contados desde la petición, cuyo valor debía ser equivalente al capital mínimo exigible. De este modo, el mercantilista austríaco parte de un patrimonio separado (tesis objetiva), al no aceptar la atenuación de la responsabilidad del sujeto empresario y renunciar a la construcción del patrimonio como ente provisto de personalidad jurídica.

A diferencia de este criterio, Carry (1928) introdujo por primera vez la personalización de la empresa individual, aportando nuevos elementos de discusión. Mientras el autor austríaco negaba la justificación de la posición subjetiva, éste plantea, de manera pragmática, la creación de una institución a propósito, cual puede ser el atribuir personalidad jurídica al patrimonio o al establecimiento para combatir las prácticas comerciales reprobables y abusivas de las sociedades ficticias. En igual tesitura se hallaba VIVANTE (“Contribución a la reforma de las Sociedades Anónimas”, 1934), si bien difería en los instrumentos técnicos a elegir, al partir de la sociedad por acciones con algunas adaptaciones para adecuarla a las necesidades de la práctica, sin acudir a la creación de una institución nueva.

El mecanismo de recurrir a la personalización del patrimonio lo encontramos, con otros fines y salvadas las distancias, en ciertos entes fundacionales como pueden ser los fondos de inversión o de pensiones.

1.4. La responsabilidad limitada como alternativa a las sociedades de un solo socio.

El interés de algunos autores en distinguir la responsabilidad limitada del empresario como alternativa a las sociedades de un solo socio no guarda relación con las medidas concretas adoptadas por los ordenamientos jurídicos de los distintos países (J. DUQUE, pág. 249, bibliografía), con algunos ejemplos de proyectos de ley que no han cristalizado en nada positivo en el propósito de sustituir la responsabilidad del empresario sin acudir a la vestimenta societaria.

Es evidente el escaso éxito de la empresa individual de responsabilidad limitada, que no ha conseguido relieve legislativo en contraste con la implantación de las sociedades unipersonales. Existen evidentes intereses que han aconsejado esta posición, como sucede en las empresas familiares en las que subyace el propósito de garantizar su continuidad más allá de la vida del fundador; prevaleciendo, en otros supuestos, el deseo de movilizar financieramente el capital invertido a través de las acciones de la sociedad. En las grandes empresas pueden ser otros los propósitos: organizativos y de autonomía interna en razón de las distintas actividades.

En este estado de cosas, algunos autores estiman que la empresa individual de responsabilidad limitada es un instrumento inútil o, al menos, inadecuado; considerando que no aporta ventajas respecto de las sociedades simuladas. Puede afirmarse que esta cuestión ha pasado de moda en Europa, donde originariamente fue muy discutida; hecho constatado a través de los trabajos de la Asociación Henri Capitant, en cuyo seno se ha debatido la limitación de la responsabilidad de las empresas comerciales y los medios de impedir los perjuicios.

A pesar de su antigüedad, la salida para esta cuestión, según esta posición, sigue siendo la de crear un nuevo instituto que considere la limitación de la responsabilidad, que sólo se generalizará, con toda seguridad, cuando el sistema societario actual de las acciones y participaciones en una sola mano presente deficiencias o flaquezas en la aplicación práctica. En este sentido, DE CASTRO (*op. cit.* pág. 38) se muestra contrario a una derogación del principio de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CCv.) y prefiere a la sociedad simulada o falsa, con pluralidad aparente de socios, posibilidad que considera menos repelente.

No obstante, la sociedad de un solo socio no siempre ha llevado aparejada la limitación de responsabilidad. De este modo, en la década de los cincuenta dominaba en Gran Bretaña una idea contraria a la limitación de la responsabilidad del empresario individual, incluso para los supuestos de adopción de formas societarias que sirviesen de pantalla a los intereses unipersonales ("Companies Act", 1948). Cuando el número real de socios era inferior al mínimo legal (siete para las "public companies" y dos para las "private companies") y la situación se prolongaba durante más de seis meses, se extendía a los socios la responsabilidad ilimitada. Se manifiesta esta tendencia a través de la transcripción de conceptos y formularios recogidos por algunos autores británicos, como Atiyah ("Thoughts on company Law Philosophy", *The Lawyer*, 1965) y Rice ("Company or one man company", *Journal of Business Law*, 1964). En la misma época, el *Codice* italiano de 1942 dispuso que en el supuesto de concentración de capital en una sola mano (art. 2.362), las obligaciones nacidas bajo esa situación acarreasen la responsabilidad ilimitada.

En Francia, la Ley 85/697 (11.7.85), después de diez años de gestación, introdujo la denominada "Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada" (EURL, sociedad de un solo socio) y la "Explotación agrícola de responsabilidad limitada" (EARL, sociedad civil). Al plantearse el legislador la técnica jurídica a utilizar, escogió el mecanismo societario en lugar del "patrimonio de afectación", con la consiguiente modificación del Código Civil (art. 1.832) para dar cabida a la sociedad de un solo socio.

LAS SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO

1.- Concepto y clases.

Se nos presenta la sociedad de un solo socio como alternativa a la limitación del capital-riesgo del empresario individual o social y, a partir del concepto enunciado en el artículo 1 de la Ley 2/95, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), podemos definirla como : *Sociedad de capital en la que, según el tipo societario, éste está dividido en acciones o participaciones que, desde el instante de la suscripción o aportación originaria, o por adquisición derivativa, pertenecen a un socio único, sea persona física o jurídica, quien no responde personalmente de las deudas sociales salvo en los supuestos de sanción legal.*

Del enunciado anterior podemos extraer las siguientes notas características:

a) Se aplica la unipersonalidad a las denominadas sociedades capitalistas, con exclusión de las llamadas personalistas (colectivas, comanditarias simples) en las que las relaciones entre socios y la responsabilidad ilimitada acentúan el carácter contractual de la sociedad, a la par que no dan solución a la pretensión limitativa de la responsabilidad.

b) Cabe optar por el modelo societario por acciones o el de responsabilidad limitada en régimen de participaciones.

c) La unipersonalidad puede manifestarse desde el acto constitucional, en cuyo caso la fundación no tiene carácter contractual sino institucional, o en momento posterior de situación devenida, voluntaria o involuntaria.

d) Se admite la unipersonalidad del socio persona física y también cuando sea persona jurídica, sin limitación, directa o indirecta, en número y objeto social.

e) La responsabilidad por las deudas sociales es la que corresponde al tipo societario adoptado, salvo en los supuestos de sanción contemplados en la norma para los casos de contravención de diversas obligaciones, de publicidad formal o por ventajas indebidas del socio con perjuicio de la sociedad.

f) La limitación de la responsabilidad del socio como tal no opera en el supuesto de que él mismo se constituya en órgano de administración, instante en el que asume las obligaciones y responsabilidades que le corresponden en tal concepto.

Esta situación de unipersonalidad del socio puede estar, pues, presente desde el momento fundacional, en cuyo caso podemos hablar de *unipersonalidad originaria* (art. 125 LSRL), por el hecho de la constitución merced a la voluntad de una sola persona, física o jurídica; mas, también puede alcanzarse la unipersonalidad por la reunión, en un momento posterior, de la totalidad de las acciones o participaciones en una sola mano, de manera *voluntaria* (adquisición por acto inter vivos) o *involuntaria* (ejecución forzosa, sucesión mortis causa, separación de otros socios) supuesto al que podemos calificar de *unipersonalidad sobrevenida* (art. 125 LSRL). En el mismo sentido, la titularidad en una sola mano es reversible si se produce la diversificación de titulares por la transmisión en un momento posterior, al tiempo que puede existir sucesión en la unipersonalidad por cambio del sujeto titular.

A su vez, la unipersonalidad puede ser: *material*, cuando todas las acciones o participaciones correspondan a un sólo socio quien, no obstante, puede no serlo en sentido *formal*, por haber constituido algún derecho de prenda o usufructo en el que se hubiera atribuido el voto al acreedor prendario o al usufructuario. Por el contrario, la titularidad formal puede concurrir en un socio que ostenta parte del capital en virtud de mandato de terceros, con lo que se produce un supuesto de unipersonalidad formal (por acumulación de votos) y no material, al ser los socios diferentes personas.

2. Cuestiones en torno a su naturaleza.

2.1. La doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

Como respuesta a un recurso notarial, contra una calificación registral territorial que denegaba la inscripción de una escritura de modificación de estatutos sociales decidida por el socio único de una sociedad anónima, se dicta la Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1990. El núcleo central de la denegación de inscripción gira en torno al hecho de que la modificación estatutaria no tenía por objeto superar lo que, entonces, se consideraba como situación anómala de las acciones en una sola mano. Además, se añadía el incumplimiento de los requisitos de la LSA de 1951 (art. 48), en cuanto se requería que la decisión fuera adoptada en Junta y no mediante la actuación unilateral del socio único en acto ajeno al órgano soberano.

El recurrente adujo que el socio único no adopta acuerdos sino que toma decisiones sociales y que en tal caso no cabe la Junta General; he aquí el centro de la cuestión debatida. Al contestar el recurso, el Registrador mantuvo que el otorgante debió constituirse en Junta General y no actuar en nombre de la sociedad por cuanto, como accionista (a tenor de los arts. 48 y 84 de la LSA de 1951), carecía de facultades representativas y

de modificación de las normas que organizan el régimen jurídico de la sociedad. Es evidente que el giro que da la resolución a su anterior línea doctrinal, al admitir el recurso, se produce precedida de un cambio normativo fundamental, representado por la 12ª Directiva de Sociedades del Consejo de la CEE. Así, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 y diversas resoluciones de la DGRN (de 20 de julio de 1957, 20 de junio de 1963 y 3 de octubre de 1972) no admitían la Junta General de un solo socio, se ha producido un cambio de criterio con posterioridad.

En la reciente resolución que comentamos la DGRN establece las siguientes pautas fundamentales:

a) Revisa su propia doctrina anterior y, en particular, la contenida en las resoluciones de 7 de julio de 1980, 13 y 14 de noviembre de 1985, a tenor de las cuales se exigía la pluralidad de socios como postulado inherente a la naturaleza societaria, que vedaba los acuerdos sociales adoptados por el socio único si no se encaminaban a la reconstrucción de la normal pluralidad de socios en la compañía.

b) Para revisar su criterio anterior, parte -a la luz de los nuevos aires procedentes de la UE- de la consideración de que en las sociedades personalistas se produce realmente un verdadero contrato de sociedad, generador de derechos y obligaciones entre los socios, de tal suerte que su entramado sólo es posible en un sistema de pluralidad de socios. En cambio, establece que este argumento no puede extenderse a las sociedades de capital pues, en éstas, el contrato (que puede ser un acto unilateral, caso de la sociedad de capital público) tiene un carácter netamente organizativo y no va dirigido a establecer relaciones directas entre los socios, hasta culminar en una objetivación de la sociedad separada e independiente de los socios que la hayan constituido, bajo el principio de unidad y con un capital divisible y acumulable en el que la reunión de todo él en una sola mano o sociedad unipersonal constituye, afirma, una “*contradictio in terminis*” pero no una “*contradictio in substantia*”. Este criterio se sustenta en el silencio legal en cuanto a la omisión de la reunión de todo el capital en una sola mano como causa de disolución de la sociedad (art. 150 LSA de 1.951 y 30 LSRL de 1953), mientras que en las sociedades personalistas tal supuesto determina el fin de la sociedad (arts. 116 y 222 CCo.).

c) El segundo argumento, en favor de la subsistencia de la sociedad devenida a unipersonal, gira en torno al concepto de persona jurídica. Bajo el prisma conceptualista tradicional, su existencia carecería de sentido una vez perdida la pluralidad de socios; más, la DGRN acude a las tesis ficcionistas e

instrumentalistas apoyadas en la subsistencia de la “universitas”, al considerar que se requiere la pluralidad de socios en la constitución –ni siquiera entonces, a partir de la 12ª Directiva– pero una vez creada, por la vocación de permanencia y naturaleza supraindividual de sus fines, queda independizada de sus miembros, sin que la ley declare su disolución en tal circunstancia ni señale término para poner fin a esta situación transitoria (otras legislaciones si lo han hecho).

d) El tercero y cuarto argumento, utilizados para admitir la situación devenida de la sociedad de socio único, se apoyan en la tesis clásica de la responsabilidad universal establecida por el art. 1.911 del Código Civil y la incompatibilidad entre la responsabilidad limitada de una parte y el poder de gestión contrapuesto a tal correspondencia, de la otra. La DGRN sostiene que la responsabilidad limitada en la sociedad de capital se justifica en cuanto dispone de un capital propio e independiente y no por la estructura interna societaria de uno o más miembros. Por otra parte y a la luz del art. 38 de la Constitución Española, la sociedad unipersonal no significa la exención de responsabilidad, porque mantiene el binomio poder de organización-responsabilidad a cargo del órgano de administración, aunque sin determinar el “quantum”, debiendo vincularse el patrimonio que sea suficiente para responder de la actividad que se realice.

e) Abundando en el seguimiento de las tesis instrumentalistas, el fundamento sexto de la resolución se refiere a razones prácticas, al admitir que la sociedad unipersonal es un medio adecuado para el correcto funcionamiento del sistema económico, pues permite la conservación de la empresa más allá de la vida del socio único y preservar el patrimonio social de las demandas de los acreedores personales del empresario. Acaba por estimar inútil el esfuerzo en negar esta posibilidad por cuanto habitualmente crecen las sociedades instrumentales y es muy sencillo burlar una norma impeditiva. Eso sí, considera la resolución que deben guardarse las normas de procedimiento y, por ello, el socio único debe constituirse en Junta o dar al acto de la comparecencia ante Notario el carácter de tal (hoy, la nueva LSRL ha superado este criterio).

Con todo lo expuesto, el recurso fue estimado y declarada la validez de la actuación del socio único en la ampliación del capital decidida como acto societario y, aún a pesar de que puedan ser discutibles algunos de los principios enumerados por la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la existencia de la sociedad unipersonal, es obvio que se ajusta a la corriente actual del mundo capitalista y liberal, pues se trata de evitar la existencia de sociedades vacías y la figura del testaferro como socio instrumental para, en el orden práctico, admitir como justa la preservación del

patrimonio familiar y personal del empresario ante las vicisitudes de una gestión correcta de la empresa.

2.2. La responsabilidad limitada y el desdoblamiento de la relación titularidad-administración de la empresa.

Del principio tradicional que identifica a la sociedad en relación con una pluralidad de socios, se ha derivado en el pasado la disolución de la sociedad uan vez producida la concentración de las participaciones en una sola mano. Este drástico postulado ha sufrido posteriormente importantes atenuaciones, hasta llegar al estadio de negar, conceptualmente, el carácter contractual de ciertos tipos de sociedad.

El problema no es tan virulento en las sociedades personalistas, en las que el socio que concentra el capital y la responsabilidad limitada se confunden, situación en la que, lo normal es que la unipersonalidad haya conducido a la disolución, salvo en etapas posteriores en las que se ha previsto el desdoblamiento de la titularidad en las sociedades de capital. La unipersonalidad puede manifestarse en la práctica como consecuencia de una concentración accidental de todas las participaciones sociales en una sola mano, o bien mediante la constitución expreso de una sociedad “de favor”, con figuras interpuestas de por medio, o abiertamente mediante la constitución de sociedades de un solo socio. Se ha afirmado (Ferrer Correia, “Sociedades ficticias e unipessoais”, Coimbra, 1968) que para la solución de los diversos problemas planteados por la concentración de todas las participaciones sociales en una sola mano no ha de servir la incompatibilización conceptual entre la unipersonalidad y la noción jurídica de sociedad. Son exigencias prácticas las que han hecho que legisladores y autores hayan obviado la “affectio societatis” como elemento estrictamente necesario para la creación y conservación de la sociedad en determinados supuestos. Se ha planteado la necesidad de precisar si la reducción de socios a uno sólo ha de conducir a la disolución en los diversos tipos societarios.

En este caso, la línea prevalente de la doctrina española ha tomado partido por la conservación de la sociedad cuando esta deviene en unipersonal, según opinión de OLIVENCIA (“La sociedad de un solo socio en derecho español”). En otros supuestos, según comenta FERRARA Jr. (Rev. BBTC, vol. XVII, p. 576, 1954) refiriéndose a una sentencia del Tribunal de Brescia, ello no ha servido para eludir los riesgos de la actividad empresarial, al extenderse la responsabilidad ilimitada a los socios que se han colocado tras el escudo de la forma societaria en un supuesto de transformación de sociedad personalista en sociedad capitalista. Con ello se plantea la superación del esquema protector de la personalidad jurídica y, como señala VICENT CHU-

LIA (*op. cit.*), se ha producido una “rápida evolución desde el contrato de sociedad a la institución de la sociedad, que puede prescindir del contrato”.

Los nuevos aires que la 12ª Directiva ha traído al conjunto de los países miembros de la UE, han dado lugar a que el fenómeno de la sociedad de un sólo socio haya sido regulado en el Ordenamiento Español. La carencia anterior ha significado un quebranto para la seguridad del tráfico mercantil; pero, aún sin el debido tratamiento legal, se ha dicho que nuestro marco normativo ha sido un auténtico “paraíso de lo unipersonal” (Auriolés Martín, *op. cit.*), al haber dado cobijo al nacimiento de muchas sociedades anónimas con vocación de accionista único, pese a que, en sus inicios, haya estado presente o representada la terna de socios exigida como número mínimo. La realidad es que, ante la sociedad ficticiamente plural, el ordenamiento ha podido asumir dos posiciones: la de declarar la nulidad del negocio jurídico societario o la de legalizar su situación hasta lograr adaptarla a un esquema racional.

El Derecho español se ha decantado tradicionalmente por considerar nulo el esquema que se aparte del legal, e inexistente la separación patrimonial entre la sociedad y su accionista. Por ello, la interpretación jurisprudencial ha seguido la dirección de la llamada “jurisprudencia de intereses” en materia contractual, con indagación de la verdadera realidad negocial y levantamiento del “velo de la sociedad” en algunas ocasiones.

Las leyes anteriores de Sociedades Anónimas (1951) y de Responsabilidad Limitada (1953) no habían contemplado la disolución de la sociedad en el supuesto de reducción a la unidad del número de socios y, por ello, se ha admitido la provisional detentación de todas las acciones o participaciones en una sola mano. Tampoco existe tal previsión en los textos que han seguido a la Ley 19/89, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil española a las directivas de la Comunidad Europea.

Como fundamento que justifique la responsabilidad limitada del único socio, se utiliza la regla implícita de los distintos sistemas jurídicos vigentes, con cuya justificación se limita la responsabilidad del “dominus negotii” en aquellos supuestos en que se viera obligado a servirse de terceros para la gestión de sus asuntos, conforme a lo apuntado con anterioridad. Este caso es evidente en la responsabilidad atenuada del naviero por los actos realizados por el capitán del buque; así, los arts. 587 y 590 de nuestro Código de Comercio permiten eximirse de aquélla hasta el valor del buque, sus pertenencias y fletes devengados en el último viaje, haciendo abandono en favor de los acreedores. Ello se admite por la razón de que el naviero pierde el control sobre el buque desde que éste inicia la navegación (Ferrara Jr. RTDPC, 1949). Los sistemas anglosajones, a diferencia de los latinos, tienen establecido una limi-

tación de responsabilidad en relación al valor del buque (norteamericano) o a su tonelaje (inglés, holandés).

En la misma línea, la limitación de responsabilidad del socio de las compañías mercantiles se ha conformado en torno a la idea de su no intervención en la gestión, reforzándose la responsabilidad de los gestores; dejando a salvo, eso sí, el “levantamiento del velo”, en protección de otros intereses igualmente dignos de tutela. En este orden ha tenido gran trascendencia las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (RJ 2800/1984) y 27 de noviembre de 1985 (RJ 5904/85); especialmente la primera de ellas que, con relación a una sociedad anónima de capital municipal, sienta la doctrina que por su interés reproducimos:

“CDO: Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3) se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CCv.), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino de fraude (art. 6.4 CCv.), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CCv.) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de la personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CCv.), lo cual no significa que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe, cual sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal, y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad “ex contractu” o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes y menos cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad”.

Con posterioridad, esta doctrina se ha consolidado (STS. 16.7.87; 25.1.5.10 y 24.12.88; 16.10.89); para, en las STS de 15 de abril de 1992 y 12 de febrero de 1993, abundar en que “en ciertos casos y circunstancias, es permisible penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a

las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino de fraude”.

2.3. La falta de coordinación normativa.

Para la debida adecuación de la evolución doctrinal respecto la naturaleza contractual de la sociedad, en virtud de cuyos criterios más recientes la nueva legislación permite la sociedad unipersonal desde el instante fundacional o de creación organizativa, se requiere la debida armonización de nuestro Ordenamiento. Se echa en falta una adecuación del artículo 1.665 del Código Civil que aún mantiene que “la sociedad es un contrato entre dos o más personas, que ponen en común bienes o industria para repartir entre sí las ganancias” cuando hoy no es así en todos los casos, salvo para las sociedades conocidas como personalistas en las que sí se cumple el postulado contractual, por cuanto el contrato de sociedad despliega sus efectos y genera derechos y obligaciones entre los socios, creando un conjunto de relaciones que tiene su fundamento en la pluralidad de partes y esferas de interés patrimonial, con obligación de aportar, hacer o no hacer, y repartir. Por el contrario, ello difiere en las sociedades de capital, pues en éstas el contrato puede faltar y verse sustituido por un acto unilateral de carácter organizativo, tanto para algunas personas jurídicas públicas (art. 14.2 LSA) como privadas (art. 311 LSA y 125 LSRL), en las que no existe una pluralidad de esferas de interés, ni es prevalente la puesta en común bienes o industria con ánimo de repartir las ganancias. Esto es lo que ha acontecido, según comentaremos, con los enunciados de los códigos francés y belga.

Otro tanto cabe afirmar del artículo 116 del CCo., en el cual se mantiene solamente la visión contractualista, al expresar que “el contrato de Compañía, por el cuál dos o más personas se obligan a poner en común..”, cuya inmediata adecuación resulta de una obviedad que refleja un descuido censurable.

3. Regulación legal.

3.1. La sociedad de un solo socio en la legislación Europea. La XII Directiva de Sociedades.

Vamos a analizar en este apartado los sistemas que admiten la limitación “ab initio” de la responsabilidad del empresario individual, en los que, con anterioridad a la 12ª Directiva, podemos distinguir tres grupos de textos positivos, anteriores:

a) Las sociedades de un solo socio reconocidas en las legislaciones belga, francesa, alemana y británica.

b) a empresa individual de responsabilidad limitada, regulada en Portugal.

c) La normativa comunitaria a la que nos referiremos más adelante.

El modelo societario es el seguido por la legislación francesa (Ley 85/697, 11.7.85), belga (14.7.87) y alemana (Gesetz, 4.7.80):

– La ley francesa se produce para establecer la limitación de la responsabilidad personal en la empresa unipersonal y en la explotación agrícola, lo que ha conllevado la modificación, según se ha dicho, del art. 1.832 de su Código Civil que refuerza el aspecto institucional. Así, anteriormente el precepto enunciaba que la sociedad estaba instituida por dos o más personas (“La société est instituée par deux ou plusieurs personnes..”) y, después de la nueva ley se enuncia diciendo que la sociedad de responsabilidad limitada está instituida por una o varias personas (“.. est instituée par une ou plusieurs personnes..”).

– La ley belga (art. 2º) modifica igualmente el art. 1.832 de su Código Civil y expresa que: “una sociedad puede ser constituida por dos o más personas que convienen en poner en común alguna cosa con intención de repartir el beneficio que pudiera resultar de ello o, en los casos previstos por la ley, por acto de voluntad de una persona que afecte bienes al ejercicio de una actividad determinada”. Su regulación se contrae a la sociedad de responsabilidad limitada -y no a la sociedad por acciones-, en la que limita la posibilidad de que una misma persona física pueda ser socio único de más de una sociedad, salvo en la sucesión hereditaria; solución que veda a las personas jurídicas, con excepción de los supuestos de transitoriedad en los que cobra vigencia la responsabilidad ilimitada si en un año no se deshace la unipersonalidad.

– La Ley alemana acepta la unipersonalidad pero exige el desembolso de la parte de capital pendiente de aportación, aspecto que no ha sido previsto por la legislación española.

– En el Reino Unido, con la modificación de la “Company Act” de 1985 y la “Insolvency Act” de 1986, que permiten la sociedades unipersonales referidas a las pequeñas compañías (“limited private companies”) y no así a las grandes (“public companies”), con eliminación de la responsabilidad ilimitada y simplificación administrativa de su régimen jurídico.

– La fórmula escogida por el Código de Sociedades portugués determina la disolución cuando el número de socios sea inferior al legal (art. 142) y regula al propio tiempo el “Establecimiento Individual de Responsabilidad Limitada” (DL 248/86, 25 de agosto).

La 12ª Directiva del Consejo en materia de Sociedades, de 21 de diciembre de 1.989, ha sido dictada al amparo de los artículos 54,39 y 58 del TCEE (DOCE núm. L395, de 30/12/89, modifica la propuesta COM, DOCE 20/06/89) y surge en el contexto armonizador de la legislación societaria para hacer equivalente la regulación en atención al interés de los socios y de terceros, cual contempla el Tratado de Roma (art. 54, 3 g). Hace referencia a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, con lo que aborda su enfoque a partir de la pequeña empresa, cuando las directivas precedentes se circunscriben casi totalmente a la sociedad anónima. Establece la posibilidad de que tal figura societaria nazca ya con socio único desde su constitución, o se produzca tal situación con posterioridad por concentración de todas sus participaciones en una sola mano. Deja para posterior ocasión la coordinación de las sanciones y medidas nacionales vigentes, en cuanto a la persona física titular de varias sociedades unipersonales y a los supuestos en los que el socio único sea otra sociedad, aspectos que sí estaban contemplados en el proyecto inicial.

Merecen ser destacados los siguientes particulares de la norma Comunitaria:

i) En su Exposición de Motivos, considera necesario crear un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual, salvo excepciones, y que se restrinja el acceso a la sociedad unipersonal. Por esta vía de responsabilidad excepcional se permite cohonestar este principio limitativo con otras normas comunitarias que afectan a la protección de los consumidores y usuarios en determinados supuestos.

ii) La propia Directiva muestra cierta desconfianza y enuncia ciertas cautelas respecto de la limitación de la responsabilidad, motivo por el que acepta determinadas restricciones y sanciones a las personas físicas que sean único socio en diferentes sociedades y en los casos de sociedades unipersonales cuyo socio sea una persona jurídica. En el mismo sentido prevé que se garantice la liberación del capital suscrito y se dé publicidad a la persona social mediante un registro accesible al público, con la exigencia añadida de que las decisiones del socio único adopten la forma escrita.

iii) La Directiva declara, de manera específica, su aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 1º) e, incluso, a la sociedad anónima, las que pueden constar de socio único desde su constitución por la posterior concentración de todas las participaciones en un solo titular (art. 2º).

iv) Por propio principio de la limitación de responsabilidad, se puede regular en el Derecho interno la restricción de la multiplicidad de sociedades de este tipo pertenecientes al mismo titular o en las que una de ellas sea socio único de otras sociedades a su vez (art. 2º).

v) La posterior concentración de participaciones ha de gozar de la debida publicidad legal, con manifestación de la identidad del socio en la propia documentación societaria, en sus anuncios y correspondencia o a través de registro público (art. 3º).

vi) Atribuye al socio único las competencias de la Junta General, cuyas decisiones habrán de constar por escrito (art. 4º).

vii) Salvo disposición contraria en la legislación interna de los Estados miembros, habrán de consignarse en acta o en documento escrito los contratos que el socio concierte con su sociedad (autocontratación, art. 5º).

viii) Admite la opción no societaria de empresas individuales cuya responsabilidad quede limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada. Se refiere especialmente al programa de acción para la pequeña y mediana empresa (PYME) conforme a la resolución del Consejo CEE de 3 de noviembre de 1986, y contempla así la posibilidad de que el mecanismo jurídico limitativo de la responsabilidad se produzca sin necesidad del vehículo societario, siempre que se prevean las mismas garantías establecidas en favor de terceros (art. 7º). Este precepto hace una apertura en favor del empresario individual de responsabilidad limitada, dejando abierta la vieja polémica y permitiendo constituir un patrimonio separado con lo cual, bajo esta fórmula, se mantiene la pureza de la idea societaria y de la "affectio societatis" sin ampliar el espectro de las sociedades. Esta fórmula ha sido acogida por el Código de Sociedades portugués, según se ha dicho con anterioridad.

ix) Los Estados miembros han debido dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva antes del 1.1.92 (art. 8), con apertura de un período transitorio de adaptación de un año para las sociedades existentes a dicha fecha.

Se aprueba esta Directiva en un momento importante para el devenir de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en España, por cuanto la Ley de 25 de julio de 1989 (nº 19/89) modifica determinados artículos de su texto regulador (LSRL 17.7.53) y encomienda al Gobierno la publicación de un texto refundido (D. final 1ª,4) en el que habría de tener cabida la adaptación a la Directiva.

Han procedido a la transposición de la Directiva, además de España, el Reino Unido (15.7.92) e Italia (RDLeg. 88/93, de 3.3.93). En el Reino Unido, después de la modificación de la "Company Act" de 1985 y la "Insolvency Act" de 1986. En Italia, también por medio de la sociedad limitada, se deja al margen a la sociedad por acciones y se limita la responsabilidad del socio (salvo excepciones). En España, según veremos a continuación, se amplía el

espectro y se permite la sociedad unipersonal, tanto limitada como anónima, a cuya finalidad crea (D. ad. 2ª, ap. 23, LSRL) un nuevo capítulo (XI) en la LSA bajo el título “De la sociedad anónima unipersonal”, con un único y último artículo, de conexión con la LSRL, de 23 de marzo de 1995.

3.2. La sociedad unipersonal en el Derecho interno.

En nuestra legislación, el artículo 14.2 de la LSA (antes, el 10.2 de la LSA 1951) ha permitido, con anterioridad a la nueva LSRL, la constitución de una sociedad unipersonal para el supuesto de fundación por un ente público. En los restantes supuestos, hasta ahora no ha sido posible constituir una SA con menos de tres fundadores o una SRL con menos de dos socios; pero, en cambio, ni el CCo. ni las leyes de SA o SRL han contemplado la nulidad por reunión posterior del capital en una sola mano (art. 221 y 222 CCo. o 260 LSA) ni cuando alguno de los dos o tres fundadores resultara ser un incapaz (14.1 LSA).

Del mismo modo, el artículo 250.1 LSA ha recogido el supuesto de absorción en el que la sociedad absorbente reúne la titularidad del capital de la absorbida, supuesto también contemplado en la Ley 76/80 sobre beneficios fiscales por fusión, todo ello a partir de la 3ª Directiva de Sociedades.

La Ley 2/95, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 71, 24.3.95), regula (cap. XI, arts. 125 a 129) la “sociedad unipersonal de responsabilidad limitada”, referida tanto a la sociedad limitada propiamente dicha como a la sociedad anónima; esta última, por la incorporación del nuevo artículo 311 de la LSA que remite a las disposiciones sobre aquélla y la simultánea modificación del artículo 14 que exigía la presencia fundacional de un mínimo de tres socios.

Su unipersonalidad puede tener lugar desde el acto constitucional, conforme a lo anteriormente comentado (art. 125 LSRL); o puede ser sobrevenida, porque si bien puede haber sido fundada por dos o más socios, con posterioridad resulta acumulada en una sola mano la titularidad de todas las participaciones y, en su caso, acciones. La fundación puede tener lugar en acto unilateral o plurilateral y por voluntad de una o varias personas físicas o jurídicas, con lo cual se ha ampliado el espectro que pudo restringirse para las personas jurídicas, conforme a lo apuntado por la Directiva traspuesta.

Tal cual plantea la propia Exposición de Motivos, se hace una apertura general a cualquier dimensión empresarial, con lo que se opta por dar una determinada solución al conflicto conceptual en el que se alinean dos posiciones: la primera, que sólo admite la unipersonalidad en favor de la empresa pequeña o mediana; en tanto que otra acepta que el nuevo derecho debe ser-

vir también a la gran empresa, de ahí que, en su decantación por la segunda posición, la Ley admita la unipersonalidad de la sociedad anónima, al servicio de toda clase de empresas y titulares, sean personas físicas o jurídicas, extendiendo la unipersonalidad al supuesto de que la propia sociedad constituida sea titular de parte de su propio capital, según veremos seguidamente.

III. TRATAMIENTO DIFERENCIAL DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

1. Atribución de la autocartera.

Con relación a la titularidad única del capital, la LSRL (art. 125, b) realiza una declaración que aclara la cuestión de la titularidad material de la autocartera, cual es la de disponer que las participaciones propias de la sociedad unipersonal se atribuyan al socio único; pues de lo contrario, resultaría la existencia de una sociedad en la que éste tendría la titularidad formal y no la material de todo el capital de manera directa, al figurar la propia sociedad detentando el resto de las acciones o participaciones. Todo ello con la repercusión que esto tiene, que habrá de producirse con excepción a lo regulado para la autocartera directa e indirecta (arts. 39 a 42 LSRL).

De todos modos, mostramos nuestra discrepancia por la ventana abierta a la participación indirecta de unas sociedades en otras, sin ajustarse a la pretensión teleológica de proteger al empresario individual que asume una responsabilidad patrimonial universal, al igual que tampoco se justifica que no se haya establecido un límite en el número de sociedades unipersonales de un mismo sujeto, que habría de guardar relación con los grupos de actividad y establecimientos a separar, pues, en ningún caso ha debido quedar abierta la fórmula adoptada que comenta en el apartado IV de la Exposición de Motivos: "se admite expresamente que la sociedad unipersonal pueda ser constituida por otra sociedad..". Por el contrario, algunas legislaciones, (las francesa y belga, también conforme al artículo 2.2 de la Directiva) han establecido restricciones al acceso a la unipersonalidad (arts. 36 y 123 de las leyes reguladoras de los países citados, respectivamente) y a la responsabilidad ilimitada por deudas sociales (art. 140 de la ley belga y 2.497 del Código Civil italiano).

2. La publicidad legal y otros deberes formales.

La información y la publicidad son aspectos básicos propios de la transparencia con la que debe conducirse la actividad económica, los cuales se

hacen presentes ya en la reforma de la legislación mercantil iniciada con la Ley 19/89. En todo caso, la constitución de un patrimonio separado de afectación a la actividad empresarial, o la solución de la sociedad unipersonal, exigen una adecuada reglamentación de su publicidad legal respecto de los balances, correspondencia, anuncios, valoración del patrimonio empresarial especialmente afectado, responsabilidad por saneamiento y evicción; de suerte que permita la subsistencia del conjunto y la renovación del material consumible, fungible y amortizable, aspectos sobre los que la nueva Ley adopta criterios correctos en paralelismo con la sociedad anónima.

En esta línea, el artículo 126.1 de la LSRL dispone que la unipersonalidad originaria o sobrevenida, la pérdida de tal situación, por transmisión de algunas o todas las participaciones y el cambio del socio único, ha de ser objeto de publicidad legal con inscripción en el Registro Mercantil, previa manifestación en escritura pública. En todo caso, se hará constar en la inscripción registral la identidad del socio único; con ello se vincula la limitación de responsabilidad a su constancia pública, cual acontece con el naviero como empresario individual. Además, en tanto subsista la unipersonalidad, la sociedad lo deberá expresar así en su documentación, correspondencia, notas de pedidos, facturas y anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria (art. 126.2 LSRL).

Las sociedades unipersonales existentes a la entrada en vigor de la Ley deberán presentar en el Registro Mercantil para su inscripción, antes del 1 de enero de 1996 (D. transit. 8ª LSRL), una declaración suscrita por persona con facultad certificante y firma legitimada en la que conste la identidad del socio único; luego, no se exige escritura pública sino una declaración en documento privado con firma legitimada notarialmente para los supuestos de unipersonalidad preexistentes.

El artículo 129 de la LSRL penaliza la omisión registral de la existencia de la unipersonalidad, una vez transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad de tal carácter sin que ello conste en el Registro Mercantil. En tal caso, el socio único responderá personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad no inscrita, situación que desaparece producida la inscripción respecto de las deudas posteriores.

La D. ad. 5ª exime a las sociedades propiedad del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y de Organismos dependientes de todas ellas, del cumplimiento de estos deberes formales en materia de publicidad, al igual que la constancia de la unipersonalidad en la documentación mercantil, anuncios legales o estatutarios (art. 126.2).

3. Régimen de las aportaciones sociales.

Una vez se exige que se manifieste en escritura pública y se inscriban en el Registro Mercantil (art. 126.1 LSRL) las distintas situaciones que conducen a la adquisición o pérdida de la unipersonalidad (en la constitución, adquisición posterior, enajenación parcial o vuelta a la pluripersonalidad, y sustitución del socio único por transmisión de todo el capital), se hace evidente que la situación sobrevenida, la vuelta a la posición pluripersonal y el cambio de socio único van a determinar que las enajenaciones consten en escritura pública, aún cuando, con carácter general, se prevea la transmisión en documento público que no habría de ser necesariamente notarial (art. 29,e] LSRL).

A la aportación de unidades económicas autónomas hechas por el socio único-empresario individual, le será de aplicación lo dispuesto para las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria de ramas de actividad y canje de valores, en la Ley 29/1991 (título I, por remisión de la D. ad. 2ª de la misma), de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de la Unión Europea, siempre que lleven su contabilidad conforme al CCo. (D. transit. 5ª LSRL). El tratamiento fiscal que se les da es el de los incrementos y disminuciones de patrimonio del Impuesto de Sociedades (art. 3º, Ley 29/91, 16.12), con separación de las posiciones del transmitente y entidad adquirente, en base a la diferencia entre el valor real y el valor neto contable de los bienes y derechos transmitidos; si bien, en este caso, no se integrará en la base imponible del Impuesto de Sociedades o del IRPF del transmitente, según proceda, las aportaciones de bienes situados en territorio español por parte de residentes (id., art. 4 y 8); y, respecto de la entidad adquirente, sólo se excluirán de la base imponible los incrementos y disminuciones patrimoniales de aquellos elementos que contribuyan a la generación de rentas a tributar por el Impuesto sobre Sociedades.

4. La toma de decisiones y las relaciones con el socio único: la autocontratación.

Para el Gobierno de la Sociedad unipersonal, el artículo 127 LSRL atribuye al socio las facultades de la Junta General, quien, sin necesidad de simulacro de asamblea -como han venido exigiendo en el pasado las resoluciones de la DGRN comentadas-, adoptará las decisiones que corresponda, con la única obligación formal de consignarlas en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores. De ello se desprende que la facultad del socio no es personalísima y puede ser delegada en favor de un representante con

facultad bastante, como apoderado singular o general para la administración del establecimiento de que se trate.

En el mismo sentido, esta situación no implica alteración alguna en la estructura de gobierno societario, permaneciendo independiente el órgano de administración, que puede ser asumido por el socio o por terceros designados al efecto y que actúa (formaliza y ejecuta) sus propias competencias (art. 63 LSRL), con la salvedad introducida por la nueva Ley (art. 43.2) de permitir el sometimiento a autorización determinadas decisiones del órgano de administración, salvo previsión contraria de los estatutos sociales.

Con antelación a la reforma legal que comentamos, la constancia formal de las decisiones del socio único ya había sido abordada por la Resolución de la DGRN, de 5 de enero de 1993 (La Ley, 28.9.93) para las sociedades devenidas unipersonales. En ausencia de norma específica, se afirma en ella, esto no significa que siempre hayan de aplicarse literalmente las formalidades exigidas por los arts. 97 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil (RD 1597/89), pues su fundamento radica en la colegialidad de los acuerdos de las sociedades pluripersonales, sin que de manera imperativa se requiera un acta previa que sirva de base a la ulterior documentación pública de los acuerdos sociales. Considera que las actas de los órganos societarios colegiados no constituyen forma "ad substantiam", sino una garantía para constatar voluntades ya declaradas, especialmente en beneficio de los socios disidentes y ausentes. Tales requisitos formales pierden virtualidad y sentido cuando las acciones o participaciones han pasado a mano de un solo socio que, además, es administrador; pues lo importante en estos casos es constatar que a la decisión del único socio se le atribuya el carácter de voluntad social equivalente a un acuerdo de junta general, por lo que no existe inadecuación de la forma documental en el hecho de que la decisión del único accionista y administrador social se otorgue directamente ante notario, sin necesidad de previa aparición de junta y de que la actuación quede reflejada en acta previa para la posterior ejecución de los acuerdos. Este parecer había sido precedido de la denegación por parte del Registrador Mercantil quien no admitía la posibilidad de que el único accionista diera a su comparecencia ante el fedatario el carácter de junta universal y adoptara determinados acuerdos sociales, que posteriormente sí han de quedar reflejados en las actas sociales (art. 103.2. RRM).

A su vez, la contratación entre el socio único y la sociedad deberá constar por escrito o en la forma documental que exija la Ley de acuerdo con su naturaleza (escritura pública, póliza mercantil). A dicha finalidad, la sociedad deberá llevar un libro-registro legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas, en el que se transcribirán los contratos de esta naturaleza

que se otorguen, de los cuales se hará referencia individualizada en la memoria anual, con indicación de su naturaleza y condiciones. La expresión “transcribirán” utilizada por el precepto legal (art. 128 1 y 3 LSRL) no deja duda de que se pretende un registro del texto y no simples referencias a su contenido.

Con relación a dichas relaciones contractuales y durante dos años contados desde la celebración de cada contrato (128.3), el socio asume la obligación de responder de las ventajas con las que se haya favorecido en perjuicio de la sociedad, directa o indirectamente, lo cual viene a considerar las conductas dolosas o culposas que alteren la regla del equilibrio de prestaciones (“rebus sic stantibus”) contenida en el Código Civil.

La falta de transcripción de los contratos en el libro registro, así como su falta de referencia en la Memoria anual (o que la transcripción conste en memoria no depositada con arreglo a Ley), dará lugar a sanción, en virtud de la cual los contratos no registrados no serán oponibles a la masa en los supuestos de insolvencia provisional o definitiva del socio o de la sociedad (art. 128.2). Como excepción, la Disposición transitoria 5ª exime de responsabilidad y sanción a las sociedades de capital público por la falta de constancia y registro de los contratos entre el socio y la sociedad (arts. 128 y 129).

5. Determinación de la responsabilidad en la sociedad unipersonal y consecuencias de la infracapitalización.

La Ley reguladora no hace ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad, pues de lo que se trata es el limitar la del socio único por la vía de colocarlo bajo el manto protector de un tipo societario que limite la responsabilidad al capital aportado o comprometido. Conforme hemos visto con anterioridad, esta no es la solución adoptada con carácter general en el Derecho comparado y, según hemos comentado, la utilización de este esquema no siempre implica la responsabilidad limitada. Es cierto que a raíz de la 12ª Directiva (art. 2.2) se pretende reducir la responsabilidad del socio único que cumpla las exigencias de la norma, que ha de estimarse imperativa, especialmente en lo concerniente a la inscripción de datos en el Registro Mercantil; no obstante, en vía de sanción ha de someterse a la disciplina de la regulación general establecida para el tipo societario.

En nuestro caso, la Ley 2/95 sólo contempla la responsabilidad por incumplimiento de los deberes de publicidad legal (registral) y comercial y por la adquisición de ventajas respecto de la sociedad en las situaciones de autocontratación, conforme hemos comentado anteriormente. Ahora bien, no podemos olvidar la cuestión ya apuntada del binomio capital-

administración de la sociedad, y si bien ha sido prevista la limitación ordinaria para el socio único, hemos de analizar qué acontece con la administración.

Hemos visto que la reforma iniciada por la Ley 19/89 refuerza la responsabilidad de los administradores sociales a tenor de dos obligaciones básicas: el deber de secreto sobre las informaciones de carácter confidencial y el desempeño de su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal; de su incumplimiento deriva la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del órgano de gestión social por faltar a ciertas obligaciones legales (art. 74, 127, 132.2, 133 y 262 LSA; 21, 65 y 105 LSRL, entre otros), estatutarias y de las realizadas sin la debida diligencia, dejando a salvo a quienes no intervinieron en la adopción y ejecución o desconocían su existencia, o conociéndola hicieron lo conveniente para evitar el daño. En lo concerniente a la responsabilidad de los administradores sociales, la Ley 2/95 (art. 69) remite a la regulación de la SA y, habida cuenta de que la unipersonalidad no altera la estructura del tipo societario, el órgano de administración puede ser desempeñado por el socio en calidad de administrador único, en cuyo caso la limitación de responsabilidad puede quedar difuminada respecto del propósito inicial de quedar a cubierto bajo el manto de la sociedad.

Con independencia de la posición en que pueda quedar situado el socio único que asuma la administración social, también puede derivarse responsabilidad por el "levantamiento del velo" que pueda tener lugar conforme a la doctrina jurisprudencial comentada (art. 7.2 CCv.), particularmente en el supuesto de infracapitalización material al que se refiere PAZ ARES (pág. 9 y ss., *op. cit.*), cuando expresa: "si los socios quieren disponer de responsabilidad limitada tienen que pagar el precio del privilegio" y este privilegio "no es otro que una dotación de capital suficiente y adecuada al logro social".

Para la correcta capitalización de las empresas no existen procedimientos apriorísticos fiables, por cuanto inciden diversos parámetros tales como: el objeto social, sector de la actividad productiva, índices de rotación del activo circulante, montante de la inmovilización requerida, coste de oportunidad y otros aspectos; de ahí que, salvo extrapolaciones de cierta relatividad, no es conveniente -por ello el legislador no ha entrado en esa dinámica- establecer ratios rígidos de estructura de capital. Sin embargo, en sectores muy sensibles como el bancario y el de los seguros sí que se ha previsto en la normativa sectorial la obligatoriedad de mantener una cierta adecuación del capital propio mínimo. Téngase en cuenta que los acreedores financieros y proveedores importantes, que disponen de una adecuada información, pueden evaluar sus riesgos y, además, exigir del socio único el afianzamiento solidario a la sociedad; por el contrario, el consumidor y otros pequeños acreedores pueden

verse burlados, incluso si se obra de buena fe, y más aún si se predispone la sociedad unipersonal para las actividades de mayor riesgo y se separa de ellas el patrimonio y actividad más estable y generadora de beneficios. Por todo ello, cada vez adquieren mayor vigencia los principios del abuso del derecho y de su ejercicio antisocial (art. 7.2 CCv.), con respaldo en la ilustrativa sentencia parcialmente transcrita anteriormente (epíg. 2.2).

IV. CONCLUSIÓN

Desde la aprobación de la 12ª Directiva Comunitaria es un hecho irreversible la admisión de la responsabilidad limitada del empresario unipersonal, desvirtuando así lo establecido en el art. 1.911 del Código Civil, el cual deberá sufrir la correspondiente modificación armonizadora. Tal limitación se conduce a través de la fórmula societaria unipersonal, originaria o como circunstancia sobrevenida, al ser esta la única opción elegida por el legislador español, que ha descartado la limitación de responsabilidad mediante la constitución de un patrimonio separado en el seno de una empresa individual.

No obstante, si bien la responsabilidad del socio como tal queda limitada al constituir un patrimonio o persona jurídica diferenciada, no por ello la limitación ha de ser absoluta, por cuanto, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente citadas, se requiere el equilibrio del binomio “accionista gestor-responsabilidad limitada”, aun cuando sea de manera matizada. Como consecuencia de la reforma introducida por Ley 19/89, de 25 de julio, se ha endurecido el régimen de los administradores, no solo en términos generales sino en una serie de supuestos especiales contemplados en la LSA. Es esta vía la que permite mantener la responsabilidad por daños a la sociedad y a terceros, merced al poder de gestión y correlativa responsabilidad por la que el socio único gestor se ve afectado más allá de la limitación atribuida a su condición de socio.

Ahora bien, determinados agentes económicos con cierto poder fáctico en el mercado podrán exigir del empresario social la constitución de fianzas u otras garantías complementarias que amplíen su responsabilidad más allá de un patrimonio separado más o menos reducido, tal es la situación de los bancos y otras empresas proveedoras en operaciones de cierta cuantía; pero, al propio tiempo, habría de contemplarse la protección de los intereses de los acreedores no contractuales y de los consumidores, éstos con base en su ley protectora (26.7.84), por cuanto la gran masa de destinatarios finales de los productos y

servicios puede verse desamparada ante una conducta irresponsable del empresario que dé lugar a cuantiosas indemnizaciones -recuérdese el problema de la colza- que resultarían ilusorias tras el parapeto de la sociedad unipersonal e interpuesta de responsabilidad limitada.

Conceptualmente se produce todo este proceso innovatorio en una época en que está en crisis la personalidad jurídica de la Sociedad, en tanto que se usa y abusa de ella, especialmente bajo la forma anónima como pantalla, con real divergencia entre la apariencia y la realidad (Serick, De Castro), sin olvidar la constitución en serie de grupos de sociedades con participaciones recíprocas que debilitan sus respectivos patrimonios, razón por la que se está produciendo un cierto movimiento doctrinal y jurisprudencial contra algunos supuestos de abuso de la personalidad jurídica.

Hemos de insistir en la necesidad de reducir las alternativas numerosas para erigirse en socio único de una pluralidad de sociedades, posibilidad de la que deberían quedar excluidas las personas jurídicas societarias, en evitación de cadenas y ventanas abiertas a la ocultación patrimonial a través de la estructura de grupos cuya posibilidad, al menos, ha debido tener una cierta regulación.

En un último análisis más global de la LSRL, en determinados pasajes se excede en la prolijidad descriptiva y enumerativa (vid., art. 87.1) adquiriendo un tono reglamentario y casuístico que nos recuerda en exceso a las disposiciones administrativas de rango menor. Habría sido preferible optar por una Ley General de Sociedades que contemplara de manera unitaria los aspectos comunes a las sociedades de capital, en lugar de regular las mismas cuestiones en dos textos que repiten las mismas menciones, con remisiones supletorias y recíprocas entre la LSA y la LSRL.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, A.: *La sociedad unipersonal*, AAVV, La reforma del derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1.987.
- Id. *La 12ª Directiva Comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, Doctrina y Jurisprudencia Española, con particular consideración de la RDGRN de 21 de julio de 1.990*, Derecho Mercantil de las Comunidad Económica Europea, 1.991.
- ARAUJO BOYD, M.: *La adaptación del derecho español a la 12ª Directiva del Consejo en materia de derecho de sociedades relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único*, La Ley, año XIII, núm. 2924, 1.992.
- AURIOLES MARTÍN, A.: *La sociedad anónima unipersonal en la reciente Jurisprudencia*", RDM, 1.985.
- BROSETA PONT, M.: *La sociedad anónima pública unipersonal como instrumento de la actividad económica del Estado*, VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, 1.966.
- Id. : *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 8ª edición, 1.990.
- COSTI: *La titolarità di piú imprese*, Archivo Jurídico de la Universidad de Modena, vol. XXXV, 1.964.
- DE CASTRO, F.: *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, ADC, 1.949.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *La 12ª Directiva del Consejo ...*, AAVV, "Derecho Mercantil de la CEE. Estudios en homenaje a J. Girón Tena", Civitas, Madrid, 1.991.
- FERRARA Jr.: BBTC, vol. XVII, 1.954.
- GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, trad. J. Bisbal, 1.980.
- GRISOLI, A.: *Las Sociedades de un solo socio*, EDERSA, 1.976.
- IGLESIAS PRADA, J.L.: *La Sociedad unipersonal y el Proyecto de Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 1.994.
- JORDANO BAREA, J.: *La sociedad de un solo socio*, RDM, nº 91, 1.964.
- LANGLE, E.: *Manual de Derecho Mercantil especial*, Vol. I, 1.950.
- PAZ ARES, C.: *La infracapitalización*, Gaceta de los Negocios, 1.993.
- QUINTANA CARLO, I. (y otros): *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Trivium, Madrid, 1.989.

- RIVERO ALEMÁN, S.: *El empresario individual de responsabilidad limitada*, Rev. El Foro Canario, Las Palmas G.C., 81, 1.991.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 13ª ed., EDERSA, 1.988.
- SÁNCHEZ RUS, H.: *La sociedad unipersonal*, Edit. La Gaceta de los Negocios, 1.993.
- VALLS-TABERNER, F.: *Hacia la limitación de responsabilidad de la empresa individual*, RJC, 1.952.
- VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª. ed., T.1, vol.1, Bosch, Barcelona, 1.991.
- VICENTE Y GELLA, A.: *La responsabilidad limitada en la empresa individual*, RDM, nº 47/48, 1.953.