220-64653, octubre de 1998

Ref. Viabilidad para que una entidad sin ánimo de lucro pueda crear una empresa unipersonal.

Me refiero a su escrito radicado en este Despacho el pasado 9 de septiembre con el número 304,799-0, por medio del cual pregunta si para efectos del artículo 71 de la Ley 222 de 1.995 una entidad sin ánimo de lucro puede conformar una empresa unipersonal.

En atención a que la empresa unipersonal fue uno de los temas polémicos en la reforma al derecho comercial contenida en la ley 222 de 1.995, resulta conveniente detenerse en la evolución del proyecto que dio origen a la referida ley, a fin de precisar el querer del legislador respecto de esta figura y en consecuencia, dilucidar la inquietud que usted formula.

1. Proyecto de ley No. 119 de 1.993 "Por el cual se modifica el Código de Comercio y se expide el régimen general de sociedades y procesos concursales.

En el artículo 420 se definía la empresa unipersonal en los siguientes términos:

> "Artículo 420. CONCEPTO. Mediante la empresa unipersonal, una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá afectar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades específicas de carácter mercantil". (Gaceta del Congreso No. 381. 4 de noviembre de 1.993, página 30)

En la exposición de motivos del proyecto de lee:

> "La empresa unipersonal.
>
> Esta nueva institución pretende dotar al comerciante de un mecanismo jurídico que le permita desarrollar su actividad económica sin comprometer en ella los bienes necesarios para su sustento y el de su familia.
>
> De esta forma el **comerciante** mediante un acto público podrá destinar una parte de sus bienes expresamente determinada, al desarrollo de una actividad económica" (negrillas por fuera de texto. Página 48 de la gaceta descrita).

Del contenido del proyecto así como de la exposición de motivos, se colige que si bien el artículo 420 empleaba la expresión "... persona natural o jurídica que reúna las calidades para ejercer el comercio..", que corresponde a la hoy contenida en el artículo 71 de la ley 222 de 1.995, la empresa unipersonal solo podría ser utilizada por el comerciante y no simplemente por aquella persona idónea para ejercer el comercio, habida cuenta que para el proyecto de ley, la empresa unipersonal correspondía a un patrimonio de afectación, lo cual respondía a una de las tesis sobre la figura, que se ha expuesto en derecho comparado. Acorde con ello, la exposición de motivos se refería al comerciante como destinatario de la figura, referencia que aclaraba y precisaba el texto legal y guardaba consonancia con él.

2. Ponencia para el primer debate en la Cámara de Representantes.

En el texto definitivo aprobado por la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, se lee en el artículo 422:

> "CONCEPTO.
>
> Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá afectar parte de sus activos para la realización de una o varias específicas de carácter mercantil" (Gaceta del Congreso No. 111, 5 de agosto de 1.994, página 21)

En la exposición de motivos de la ponencia, se lee:

> "La empresa unipersonal permite que una persona natural pueda dividir su patrimonio para afectarlo al desarrollo de una actividad económica determinada, comprometiendo en ella sólo la parte del patrimonio destinado a tal efecto.

> Con esta figura se permite al empresario desarrollar su actividad sin tener que acudir a la constitución de sociedades donde el ánimo asociativo no existe y cuya finalidad es lograr una limitación patrimonial, con la cual se disminuye de sociedades de papel, a ala vez que se protege el patrimonio familiar". (Gaceta del Congreso No. 85, 22 de junio de 1.994, página 3)

Si se comparan los dos textos, a saber el correspondiente al proyecto de ley y el aprobado por la Comisión Tercera de la Cámara , se concluye que el legislador de primer debate en la Cámara conservó la tesis del patrimonio de afectación, con lo cual mantenía vigencia la interpretación expuesta anteriormente, en el sentido que solo podían hacer uso de la empresa unipersonal quienes tuvieran la condición de comerciantes, aunque en la exposición de motivos empleó la expresión "empresario". De otra parte, se observa que el legislador aquí consideró pertinente restringir la empresa unipersonal a las personas naturales.

3. Ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes.

En la ponencia se lee en el artículo 72:

> "CONCEPTO DE EMPRESA UNIPERSONAL.
>
> Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.
>
> La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica." (Gaceta del Congreso. Año IV. No. 61. 25 de abril de 1.995, página 14)

En la exposición de motivos se lee:

> "9. EMPRESAS UNIPERSONALES
>
> Con la empresa unipersonal se busca corregir aquella situación que se suele presentar y según la cual se utiliza inadecuadamente el expediente de la sociedad mercantil para la explotación de determinados negocios por parte de una sola persona, quien es realmente la dueña del negocio, utilizando a terceras personas que prestan sus nombres para configurar la pluralidad exigida como elemento fundamental para la formación de la sociedad. Ciertamente la utilización de esta figura no tiene discusión. **Sin embargo, su concepción debe ser diferente a la propuesta contenida en el proyecto original y consecuente con ello, se plantea el que la empresa unipersonal tenga personería jurídica y que su funcionamiento se asimile más a la sociedad mercantil**" (Negrillas por fuera de texto. Gaceta citada, página 5)

De la transcripción se evidencia el querer del legislador en el sentido de que la empresa unipersonal no fuera concebida como patrimonio de afectación, sino como persona jurídica. Ahora bien, en cuanto a la cualificación del sujeto que puede constituirla, habrá de tenerse en cuenta que la disposición conservó la expresión "... que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio...", lo cual implica que no se requerirá efectivamente la calidad de comerciante, pues quien habrá de desarrollar el comercio no será el empresario como antaño sucedía con la tesis del patrimonio de afectación, sino la empresa, la cual con identidad jurídica propia y por tanto distinta del empresario. Igualmente se observa que el legislador consideró que la empresa unipersonal no debía ser restringida a las personas naturales, por lo cual dio cabida a las personas jurídicas, sin efectuar restricción o cualificación en cuanto al tipo o clase de persona jurídica que podía constituir empresas unipersonales.

Este planteamiento se conservó tanto en el debate de la Comisión Tercera del Senado, en la plenaria de esta corporación y quedó consignado en el texto legal.

En cuanto a las razones que imponían el mantenimiento de la tesis sobre la personalidad jurídica, se lee:

> "... Otra significativa innovación está en el reconocimiento de la empresa unipersonal como instrumento de desarrollo menos riesgoso para el crédito y para el sector empresarial del país, de manera que se deslindan los diferentes patrimonios que surgen de las variadas órbitas de la vida personal y de las diversas actividades económicas en las que se comprometen los comerciantes. La empresa unipersonal será, de acuerdo con la propuesta, persona jurídica, que es en opinión de algunos, la tesis de la personificación es más práctica, dada la innegable aceptación del concepto y la difusión de desarrollos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios;" (Gaceta del Congreso, martes 13 de junio de 1.995 Ponencia para primer debate)

Sobre este particular el profesor Francisco Reyes Villamizar señala:

> "La empresa unipersonal es, de acuerdo con la nueva ley, persona jurídica. La opinión mayoritaria -que no unánime- de la comisión se apartó de la noción de patrimonio de afectación, por considerarla poco apropiada para la marcha de los negocios. La tesis de la personificación es, ciertamente, más práctica dada la innegable aceptación del concepto y la difusión de sus desarrollos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios.
> ...
> De esta manera, se produce separación entre los bienes del constituyente y los afectados a la empresa. Además de la separación patrimonial aludida, la personificación jurídica de la empresa origina, automáticamente, los atributos de nombre, domicilio, capacidad de goce y ejercicio, representación legal y nacionalidad" (Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Cámara de Comercio de Bogotá. Santafé de Bogotá. 1.996. página 325).

4. Si bien la empresa unipersonal solo puede realizar o ejecutar actos que tengan la condición de mercantiles, el Despacho debe reiterar lo ya expresado, en el sentido que la ley jamás estableció que el empresario debiera necesariamente ostentar la condición de comerciante, sino que simplemente se refirió a que el empresario debía ser "... una persona natural o jurídica que reúna las calidades para ejercer el comercio...", es decir, que de acuerdo con las normas generales del estatuto mercantil sea idónea para el efecto, por no estar incursa en cualesquiera de las inhabilidades o incapacidades particulares establecidas por la ley.

Si el querer del legislador hubiera sido restringir la empresa unipersonal a los comerciantes o impedir que personas jurídicas sin ánimo de lucro pudieran constituir empresas unipersonales, lo habría consagrado de manera expresa. Como quiera que ello no sucedió, no resulta posible por vía interpretativa efectuar restricciones que el legislador jamás contempló.

Sobre este particular, se ha expuesto por parte de la doctrina nacional:

> "... Para poder formar parte de una empresa unipersonal se requiere además que "se reúnan las calidades requeridas para ejercer el comercio", es decir, que se tenga capacidad de acuerdo con las disposiciones generales del Libro Primero del Código del Comercio. De esta manera, podrán constituir empresas unipersonales los mayores de edad, los menores adultos que hayan sido autorizados por su representante, los menores impúberes a través de su representante y las sociedades cuyo objeto social les permita realizar este tipo de actos.
>
> Aunque las corporaciones y fundaciones no persiguen fines de lucro y por tanto no pueden tener la calidad de comerciante, son personas jurídicas capaces para realizar actos de comercio, como sería la constitución de una empresa unipersonal, razón por la cual se consideran incluidas dentro del presupuesto a que alude el artículo 71 de la Ley 222 de 1.995." (Vargas Amaya Jeaneth. La empresa unipersonal en la Reforma al Código de Comercio. La ley 222 de 1.995. Cámara de Comercio de Bogotá y Colegio de Abogados Comercialistas. Santafé de Bogotá. 1.996 Página 186).

5. Con base en los planteamientos anteriores puede concluirse que una entidad sin ánimo de lucro puede constituir una empresa unipersonal, comportamiento que de paso se anota, resulta similar con la participación de tales entidades en la formación de sociedades comerciales .

En los términos anteriores se da respuesta a su interrogante, no sin antes advertir que los efectos de este pronunciamiento son los previstos por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.