

MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO.

Módulo: Derecho de Sociedades I.

Tema: Diferencias entre Sociedad Civil y Sociedad Mercantil.

INDICE:

- I.- Introducción y planteamiento general.
- II.- Planteamiento de la problemática: Criterios diferenciadores entre la Sociedad Civil y la Sociedad Comercial.
- III. Marco normativo y soporte teórico.
 - 1.- La Sociedad Civil.
 - 1.1.-Personalidad Jurídica de la Sociedad Civil.
 - 1.2.-Características del Contrato de Sociedad Civil.
 - 1.3.-Elementos del Contrato de Sociedad Civil.
 - 1.4.-Elementos de validez.
 - 2.- La Sociedad Comercial.
 - 3.- Criterios diferenciadores entre la Sociedad Civil y Mercantil.
- IV.- Ensayo y propuesta de soluciones.
- V.- Conclusiones.
- VII.-Bibliografía.

I.- Introducción y planteamiento general:

I.1.-Introducción.-

En el marco de la Maestría de Derecho Privado, que nos imparten los catedráticos de la Universidad de Barcelona en coordinación con la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, filial León, se nos ha orientado como trabajo de evaluación desarrollar un tema sobre el Módulo "Derecho de Sociedades I", que nos impartiera la Doctora Mariona Gual. De las conferencias impartidas por la Prof. Gual nos llamó poderosamente la atención el tema el concepto amplio y restringido de Sociedad, pero personalmente siempre hemos tenido la duda sobre cuales son los criterios jurídico-doctrinales para diferenciar las Sociedades Civiles y las Mercantiles. En ese contexto decidimos presentar nuestro trabajo de evaluación sobre la temática de las diferencias entre la Sociedad Civil y la Sociedad Mercantil, concientes que esto implicaba un reto mayúsculo por lo profundo e intrincado del tema, la falta de material bibliográfico, la ausencia de un marco teórico y legal, y el desuso de las Sociedades Civil en nuestro país, superadas (en la práctica) por las Asociaciones sin fines lucro, mas conocidas como Organismos no gubernamentales (ONG), que han proliferado a raíz de los cambios políticos de mil novecientos noventa.

I.2.-Planteamiento General:

De previo cabe señalar la antagónica posición de los autores en relación con este interesante tema, pues un grupo bien caracterizado opina que la distinción entre ambas clases de sociedades carece de interés científico, otros consideran básica tal distinción, como que descansa en la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes. Efectivamente en la mayoría de las legislaciones latinas, existen dos codificaciones: una regulada por el Código Civil donde está contenida

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

la Sociedad Civil y otra la del Código de Comercio donde están las distintas Sociedades Mercantiles. Sin embargo, no creemos que este sea el elemento diferenciador entre ambas sociedades. Entonces, si el hecho de pertenecer a distintos cuerpos legales, no es el elemento diferenciador, cuáles son estos elementos?. Ese es el planteamiento general de nuestro trabajo.

Partiendo de un análisis de nuestro marco legal, y de las distintas posiciones doctrinarias trataremos de elaborar un Ensayo sobre los rasgos característicos de ambas sociedades, para llegar a elaborar un planteamiento sobre la importancia científica que tiene conocer los elementos que nos permita diferenciar las sociedades civiles de las mercantiles.

II.- Planteamiento de la problemática:

Podemos hablar de un concepto unitario de Sociedad?. Puede una Sociedad Civil adoptar forma mercantil?. Qué elementos nos permiten diferenciar una Sociedad Civil de una Sociedad Mercantil?

Se ha visto que, con la unidad sistemática que la doctrina advierte en el Derecho de Sociedades, en los ordenamientos con Código Civil o de comercio separados, no se corresponde una sistemática legislativa correspondiente. Las figuras jurídico-societarias en sentido amplio se presentan con cierta dispersión. Por ejemplo en el código civil de Nicaragua, vamos a encontrar en el Libro I relativo a las Personas y la Familia, un capítulo que se refiere a las Personas Jurídicas y dentro del mismo, disposiciones relacionadas con las Sociedades. El autor Girón Tena, al abordar el tema del concepto amplio y restringido de Sociedad, señala que la razón de tal dispersión es histórica: "La Codificación trae un juego de relaciones entre los sectores de Derecho positivo de formación separada que recoge, que se aparta del de relaciones entre esos sectores en el período precedente sin que esas conexiones sistemáticas nuevas vengan especialmente atendidas."

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

En Nicaragua existen dos cuerpos de leyes separados: El Código Civil que data de mil novecientos cinco, aprobado durante el Gobierno Liberal del Presidente José Santos Zelaya, que introdujo importantes cambios en el campo del Derecho. Y el Código de Comercio que data de mil novecientos dieciséis. Por tanto, nuestro país sigue la lógica de la mayoría de las legislaciones latinas. Por lo tanto no podemos hablar de un concepto unitario de Derecho de Sociedad.

III. Marco normativo y soporte teórico.

Para desarrollar nuestro trabajo consideramos necesario desarrollar el concepto de Sociedad civil, sus características, elementos, como un punto de partida, tomando en cuenta que estos mismos aspectos son muy similares a los de la Sociedad Mercantil.

1.-La Sociedad Civil:

El Código Civil de Nicaragua define la Sociedad, como “el contrato en virtud del cual, los que pueden disponer libremente de sus bienes o industrias, ponen en común con otra u otras personas, esos bienes o industria, o los unos y los otros juntamente con el fin de dividir entre sí dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, o solo las ganancias y pérdidas”. (Artículo 3,175). Es falso que el fin de la sociedad sea la división del dominio de los bienes aportados, ya que los socios pretenden, por medio de la unión de sus esfuerzos y sus fines, la realización de beneficios que son los que mas tarde se reparten. La Sociedad Civil tiene como misión jurídica la creación de una persona jurídica, moral o colectiva, es decir un sujeto de derechos y obligaciones, además de servir como medio jurídico para la traslación y adquisición de la propiedad de los bienes (cosas o derechos) o para la transmisión del uso y goce de los bienes de una manera onerosa y derivada.

1.1.-Personalidad Jurídica de la Sociedad Civil:

Las Sociedades no han tenido personalidad jurídica en todos los tiempos, ni en

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

todas las legislaciones. La Personalidad Jurídica, pues no ha tenido aceptación general como elemento accidental; aunque debemos reconocer que en la doctrina y legislaciones, la personalidad goza de arraigo y aceptación.

El efecto primordial de los Contratos de Asociación y Sociedad consiste en la creación de una persona jurídica, moral o colectiva, distinta de los socios, titular de derechos y obligaciones, particularidad de la que se derivan las consecuencias que mas adelante glosaremos.

Kelsen, escribe que: "La persona jurídica, en el sentido estricto de la palabra, no es sino la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos o un punto común de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden".

En conclusión, no hay nada de absurdo, de irracional, en proclamar que la personalidad jurídica es un producto del ordenamiento jurídico que obedece al propósito de ampliar los medios de acción del hombre, asegurando de un modo eficaz el libre desarrollo de la actividad humana.

Savigny, justa y acertadamente señalaba que desde el punto de vista del derecho, las llamadas personas morales o jurídicas son "personas que no existen sino para fines jurídicos"

El Código Civil de Nicaragua, en el artículo 3,188 señala que: "La sociedad forma una persona moral distinta de cada uno de los socios individualmente considerados".

Corolario de la Personalidad Jurídica reconocida a la Sociedad Civil:

1.- Sociedad y socios constituyen sujetos distintos; ni el socio puede obligar a la sociedad, ni la sociedad obliga al socio. Artículos 3,188 y 3,189 del Código Civil.

2.- Es concebible que se constituyan varias sociedades entre los mismos socios; cada una de éstas constituye un centro de intereses con personalidad propia, no obstante la identidad de los socios y ninguna superposición entre ellos es posible. Artículo 3,188 C.

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

3.- Irrelevancia de la persona del socio en lo que respecta a la personalidad jurídica de la sociedad. El cambio de la persona del socio o asociado, no trasciende en una modificación al contrato social.

4.- Nombre y domicilio de la sociedad se desasemejan de los de los socios.

5.- Autonomía patrimonial, de suerte que, el patrimonio de la sociedad y el de sus miembros está separados, de manera que los bienes aportados a la corporación constituyen un patrimonio propio, alejado del de los socios, a su vez esta nota determina:

a.- Los bienes de la Sociedad no están en condominio con los de los socios.

b.- Los créditos del socio no son de la sociedad.

c.- Se dan hipótesis de responsabilidad del socio frente a la sociedad.

d.- Las deudas de la sociedad no son las de los socios.

6.- La Sociedad puede comparecer en juicio por medio de los órganos que la represente.

7.- La sociedad es capaz de adquirir todos aquellos derechos patrimoniales, cuya obtención no se le prohíba en forma expresa por la ley.

1.2.-Características del Contrato de Sociedad Civil:

1.- Es nominado o típico: Está regulado en el código civil del artículo 3175 al 3292.

2.- Principal, independiente o autónomo: Existe por sí mismo, independiente de cualquier otro contrato o relación jurídica. En otros términos, tiene vida jurídica propia y, en consecuencia, una función económica y jurídica que desempeñar.

3.- Definitivo: No precisa de ninguna obligación o relación jurídica preexistente para cobrar vigencia. El Doctor Iván Escobar Fornos, en su libro "Curso de Contratos" señala que el Contrato de Sociedad es "preparatorio", porque el contrato no se agota con la aportación de los socios y creación del ente social,

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

pues está destinado a celebrar otros contratos.

La Doctrina Española, representada por sus mas connotados tratadistas (De Buen, D. en notas a Colin y Capitant; Sánchez R.,F. Estudios de Derecho civil español; Valverde, C., Tratado de Derecho Civil Español) asigna el carácter de preparatorio a los contratos de mandato y sociedad, aduciendo que no se agotan con su otorgamiento, sino que el mandatario como la persona colectiva que crea el contrato de sociedad van a celebrar en lo futuro una serie de actos jurídicos, entre ellos convenios y contratos de toda índole. Efectivamente desde ese punto de vista el mandato y la sociedad resultan preparatorios; empero, en nuestro derecho no lo son, en virtud de que para que el contrato preparatorio sea válido, debe contener los elementos esenciales del contrato prometido o definitivo. En otros términos, el contrato prometido se encuentra englobado dentro de la promesa, como un propósito de esta, lo que acontece con los contratos de mandato y sociedad, en los que resulta imposible consignar los elementos esenciales de todos los actos jurídicos que van a ejecutar en lo futuro el mandatario y los representantes sociales, supuesto que se desconoce completamente cuales serán estos actos.

4.- Bilateral o plurilateral: Todo Contrato es por definición un acto jurídico plurilateral o bilateral, dado que se requieren por lo menos dos voluntades (Artículo 2,435C); sin embargo, cuando se asevera que el contrato es unilateral o bilateral, se atiende al numero de obligaciones que genera. En resumen, el contrato de sociedad civil es plurilateral o de organización, porque dos o mas partes persiguen un fin común. En esta especie de Contratos la ejecución de las obligaciones, o sea el pago de sus aportaciones, constituye la premisa para una actividad posterior, pues la realización de esa actividad posterior es la finalidad del contrato.

5.- Es oneroso: Se asigna esta categoría al contrato de sociedad civil con base a un criterio económico, puesto que las partes estipulan provechos y gravámenes

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

recíprocos. El beneficio estriba en el derecho que se concede a todos los socios de participar en las utilidades que se alcancen. El gravamen descansa en las obligaciones que pesan sobre todo los socios de aportar algo a la sociedad y de colaborar a las pérdidas en la proporción pactada y, a falta de convenio, acorde con sus aportaciones.

6.-Es conmutativo: Por cuanto se puede determinar al momento de celebrar el contrato la extensión o cuantía del aporte. De esta particularidad, se infieren los siguientes apartados: a) Es posible anular el contrato por lesión. b) En materia de vicios se admite la responsabilidad objetiva que consagra el Código Civil. (artículo 3,230C).

7.-Es de ejecución continuada o tracto sucesivo: Por cuanto la calidad de socio, junto con sus obligaciones y derechos, subsiste mientras dure la sociedad. Esto origina diversas consecuencias, entre las que sobresalen: a) La ejecución periódica de las prestaciones no implica la extinción del contrato. b) El contrato se resuelve para el futuro. c) La nulidad del contrato no puede jamás tener efectos retroactivos. d) El problema de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente, solo puede surgir a propósito de los contratos de ejecución continuada.

8.-Es intuiti personae: En virtud de que se trata de negocios jurídicos que se estipulan en atención a las cualidades personales de sus integrantes, moralidad, laboriosidad, capacidad técnica, en suma, todos aquellos atributos en cuya virtud se inspira la confianza recíproca. De esta clasificación, se infieren cinco resultados: a) Es posible anular la voluntad de quien incide en error en la persona. (Artículo 2,467C). b) Se precisa el consentimiento previo y total de todos los socios, salvo estipulación en contrario, para que los socios puedan ceder su cuota social y para admitir nuevos socios. c) Se instituye el derecho del tanto, para el supuesto de que uno de los socios desee separarse de la entidad. c) La sociedad se disuelve por la defunción o incapacidad de uno de los socios.

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

(artículo 3,285 inciso 3°C).

9.-Es relativamente formal: La falta de forma prescrita para el contrato de sociedad solo produce el efecto de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido y, a falta de convenio, conforme a la ley; pero mientras esa liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma. (artículo 3,179; 3196; 3,197C).

10.-Es consensual: Porque generalmente se perfecciona por el solo consentimiento de la partes, sin ninguna otra formalidad. No obstante se exige la escritura pública como solemnidad: cuando su objeto o capital excede de ocho córdobas, y cuando se aportan inmuebles o derechos reales sobre los mismos, aunque no exceda de dicha suma. Lo expuesto se desprende de los artículos 3,182; 3183; 3184 del Código Civil.

Elementos del Contrato de Sociedad Civil:

Los elementos esenciales del contrato de sociedad civil son los de todo contrato: Consentimiento, objeto que pueda ser materia del mismo, y la doctrina añade como peculiares del de sociedad: elemento personal, aportaciones de cada socio, participación de todos los socios en las pérdidas y utilidades, y la animus societatis. Abordaremos brevemente cada uno de ellos:

1.- El Consentimiento: Es elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior. (Artículo 2,435 y 3,175 del Código Civil). En el contrato plurilateral, el consentimiento no se exterioriza instantáneamente, sino de modo continuo y permanente, determinándose la presencia del animus societatis.

2.-Objeto: En el contrato, el objeto es crear o transmitir obligaciones y derechos

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

con respecto a los contratantes. La misma definición (artículo 2435 C.) nos presenta los elementos esenciales de este acto jurídico; es un acuerdo de voluntades (elemento intencional) para crear o transmitir obligaciones y derechos.

La Sociedad Civil tiene por objeto la realización de una finalidad común fundamentalmente económica. Lo que debe de excluirse es que puede haber sociedades con finalidades denominadas ideales (no patrimoniales), puesto que para objeto semejante, la dogmática y la legislación han preparado el esquema de la Asociación Civil. El objeto de la Sociedad es el género de actividades necesarias para realizar la finalidad común para cuya conquista se ha constituido.

3.- Elemento personal: El primer componente esencial, específico del contrato de Sociedad, es el llamado elemento personal que en realidad corresponde a todo contrato, pero que, en materia de sociedades, reviste una asignación excepcional. Por definición, la sociedad es un contrato (artículo 2435 C.), de manera que como todo acto jurídico bilateral o plurilateral implica lógicamente el acuerdo de dos o mas personas sobre un objeto de interés jurídico, para generar consecuencia de derecho. En nuestro sistema no es admisible por consiguiente, la existencia de una sociedad de solo un hombre, como ocurre en el derecho inglés, alemán, y norteamericano.

4.- Aportación de cada socio: Declara la doctrina que es de la esencia de la sociedad que cada socio coopere con algo. La sociedad esta dotada de un patrimonio que tiene una doble misión: la de servir como instrumento para el logro de las finalidades sociales y la de formar una suma de garantías para los terceros que contraten con la sociedad. El conjunto de aportación de los socios conforma el capital social que inicialmente es igual al patrimonio o activo social. En otras palabras, el capital social es la expresión numérica del patrimonio de constitución.

5.- Participación de todos los socios en las pérdidas y las utilidades. En el Código Civil de Nicaragua, se estipula en el título 3187 "que será nula la sociedad

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas pérdidas a otro u otros.

"Utilidad" es, según noción corriente, la diferencia aritmética activa entre el valor del patrimonio social tal y como es el acto de constitución de la sociedad, y el valor sucesivo considerado en un determinado momento. Correlativa es la noción de pérdida que está constituida por la diferencia pasiva entre los dos expresados elementos.

En el Código Civil de Nicaragua, no señala cual debe ser el monto de la participación de los socios en las ganancias y en las pérdidas, en consecuencia, estos tienen un amplio margen para estipular la medida en que se distribuirán las utilidades y cooperarán a los quebrantos. No es forzoso que las ganancias sean simétricas a los aportes ni que la proporción en los quebrantos sea semejante a la de los beneficios, incluso es usual que a algún socio se le conceda una participación superior al importe de su contribución, ya sea porque se hubiere comprometido a dedicarse totalmente a la corporación o porque tenga mayor experiencia en negocios semejantes a los que constituyen el objeto y la sociedad.

En el Código Civil de Nicaragua (artículo 3240 C.) existe una norma que puede servir de referencia en relación a la distribución de las ganancias o pérdidas, la misma señala que la distribución será proporcional a su cuota sino existe estipulación en contrario.

6.- Animus Societatis: Es la intención de constituir una sociedad en miras de un fin común, consistente en la obtención de un beneficio para distribuir entre los coasociados. La esencia, pues, de la sociedad, consiste en la responsabilidad, mejor dicho, en la relación "ligabilidad" por la cual la actividad de la empresa repercute de manera directa en los patrimonios individuales de quienes lo forman; esta responsabilidad, alcanza algunas veces al patrimonio total del socio (responsabilidad ilimitada), otras se limitan a su aportación (responsabilidad

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

limitada); pero, en todo caso, es una responsabilidad directa que los obliga frente a terceros por el resultado de los negocios sociales. Y con este último elemento podemos ya explicar la noción de sociedad: " ésta es la unión de varias personas para la explotación de un negocio cuya gestión produce con respecto a aquellos, una responsabilidad directa frente a terceros.

1.4.-Elementos de validez:

Según nuestro ordenamiento civil, los requisitos de validez de todo contrato son: Capacidad legal de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, objeto, motivo o fin lícito y observancia de la forma prescrita por la Ley. Sin embargo, tratándose del contrato de sociedad, solo tiene vigencia las tres primeras, toda vez que, en este contrato, la ausencia de la forma legal no se sanciona con una nulidad, sino tan solo determina que el contrato sea de carácter temporal. (Artículo 3,179C).

1.- Capacidad legal de las partes: En principio, es suficiente con la capacidad general para contratar y obligarse, salvo que alguno de los contratantes aporte un bien en propiedad, en cuyo caso de tener la capacidad necesaria para realizar la enajenación. La falta de capacidad se sanciona en derecho con nulidad de carácter absoluto o relativo, según sea la falta de capacidad, así se desprende de los artículos 2,471; 2201; 2202; 2204; 2205C.

2.- Ausencia de vicios del consentimiento: A diferencia de lo que acontece en los contratos bilaterales, de permuta o de cambio, en lo que vicio de la voluntad de una de las partes anula el contrato (2460 C.), en los contrato plurilaterales o de organización, el vicio de voluntad de una de las partes solo afecta a la misma. El vicio de una de las manifestaciones que concurrieron para la formación del contrato implica la nulidad o anulabilidad de esa manifestación pero no implica la nulidad o anulabilidad del contrato. Así mismo, tratándose de los contratos plurilaterales o de organización, para que el dolo proveniente de la parte

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

contraria vicié la manifestación de voluntad contractual, debe provenir de todas las demás partes o de quien las represente.

3.- Objeto, motivo o fin lícito: Respecto a este requisito, nos remitimos a lo anteriormente expuesto al tratar lo relativo al objeto de la sociedad.

4.- El Requisito formal: Según el artículo 3182 C., el contrato de sociedad debe de hacerse constar en escritura pública, siempre que su objeto o capital exceda de cien córdobas; y aunque no exceda de esta suma se otorgará escritura pública, cuando se aportan a la sociedad bienes inmuebles o derechos reales. El enunciado de este artículo pareciera indicarnos que el contrato de sociedad es formal, sin embargo, existe otra disposición legal en el artículo 3184 C., en el cual se admite que el contrato de sociedad pueda celebrarse verbalmente, para ello bastará el consentimiento tácito de los contratantes.

2.-Sociedad Comercial: En el Código de Comercio de Nicaragua, promulgado en la Gaceta Diario Oficial Número 248 del 30 de Octubre de 1916, no encontramos concepto alguno de sociedad mercantil, solamente en el título tercero, capítulo primero, se encuentra la clasificación de los tipos de sociedades mercantiles las cuales están enumeradas en el artículo 118 C.C., esta son: Sociedad en Nombre Colectivo; sociedad en comandita simple; sociedad anónima; sociedad en comandita por acciones y sociedad cooperativa. En relación a esta última los artículos 300 y 328 fueron derogados por el artículo 82 de la Ley General de Cooperativas del 6 de Febrero de 1971. En este cuerpo legal no encontramos definición de Sociedad mercantil. Esta deficiencia es similar en la mayoría de los códigos mercantiles latinos, excepto en aquellos países en los cuales se ha promulgado una ley de sociedades mercantiles. En España producto de las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades se han promulgado la ley de sociedades anónimas, la ley de sociedades de responsabilidad limitada, la ley de sociedades laborales y todas ellas el legislador señaló un concepto de sociedad acorde a la naturaleza de la misma.

3.-Criterios diferenciadores entre las sociedades civiles y mercantiles:

De previo cabe señalar la antagónica posición de los autores en relación con este interesante tema, pues mientras un grupo bien caracterizado opina que la distinción entre ambas clases de sociedades carece de interés científico, otros consideran básica tal distinción, como que descansa en la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes.

Entre los que encuentran puramente convencional tal distinción, mencionaremos al civilista **Sánchez Román**, para quien la misma carece de interés "puesto que en rigor falta verdad en los principios a la distinción de los actos de la contratación civil de los que lo sean de la contratación comercial". Comparte esta postura también **José Castán**, conviniendo en su interesante monografía "Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las mercantiles", en la ausencia de interés científico del tema, pero aprovechándose precisamente de su falta de base científica, para buscar, por razones de orden práctico, el criterio adecuado para llegar a distinguir con exactitud ambas formas sociales.

Por el contrario, la mayor parte de los mercantiles encuentran de suma importancia científica y práctica tal distinción, que al decir de Joaquín Rodríguez y Rodríguez, equivale a separar las sociedades mercantiles con formas adecuadas al moderno tráfico de las empresas y las sociedades civiles arrinconadas en la vida actual.

Cuatro criterios fundamentales han sido propuestos para fijar la naturaleza civil o mercantil de las sociedades:

a) Criterio Profesional: Pretende encontrar la solución atendiendo a la condición o profesión de las partes. Inaceptable nos parece este criterio, desde luego que la condición de los socios no determina el carácter de la sociedad. Perfectamente bien se concibe que varios comerciantes constituyan una sociedad civil, así como es perfectamente aceptable la constitución de una mercantil por personas que no sean comerciantes. Además, este criterio ha sido rechazado por la cantidad de

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

problemas a que puede dar lugar, pues puede acontecer que una sociedad constituida por no comerciantes, en cierto momento se transforme en mercantil, al ingresar a la misma comerciantes que superen en número a los socios originarios o viceversa. Además, cabe preguntar: de que naturaleza sería la sociedad, en la que el número de no comerciantes, fuese igual de comerciantes. Con todo, este criterio, fue adoptado por el Código de Comercio de Nicaragua de 1869, rareza legislativa que hoy día solo tiene un interés puramente histórico.

b) Criterio intencional: Atiende a la intención de las partes para escindir el campo de las sociedades civiles del de las mercantiles. Tampoco comulgamos con tal criterio, dado que la simple intención de las partes jamás dará una pauta segura a seguir, sino que mas bien introducirá la arbitrariedad en la determinación de la naturaleza jurídica de las sociedades. Es evidente que no debe atenderse a la disposición de las partes a la sociedad que ellas han creado, dado que no se puede asignar a una sociedad la calidad de sociedad mercantil por un acto mas o menos arbitrario de la voluntad, así como una persona no puede atribuirse la calidad de comerciante calificándose así. Con una solución opuesta, se desconocerán el carácter de las reglas relativas a la quiebra, la liquidación judicial y la competencia civil o comercial. Estas reglas son de orden público y los particulares no pueden derogarlas a su antojo.

La voluntad de los particulares tiene trascendencia nada mas en forma relativa, pues a pesar de que ellos quisieran que fuera sociedad civil la que es mercantil, su resolución no puede alterar la verdadera naturaleza del contrato y, a la vez, aunque no dijeran que se trata de un contrato de sociedad civil, si sus elementos son los esenciales de este contrato, tendría que regirse por las disposiciones legales aplicables a esta figura jurídica, en virtud de que las personas jurídicas (físicas o colectivas) quedan sujetas a un cuerpo jurídico, aun en contra de su voluntad, siempre que concurren los presupuestos previstos en ese ordenamiento. Este criterio es tan subjetivo, que las investigaciones no nos

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

permiten señalar siquiera un solo caso legislativo donde se sancione tal modo de distinguir.

c) Criterio formal: Para este criterio, no hay muchas dificultades que superar, pues basta atender a la forma de constitución de la sociedad para inferir de ella si es de naturaleza civil o mercantil. Aunque la sencillez es quizá su mejor atributo, con todo, no es este el criterio generalmente aceptado por la doctrina ni por las legislaciones, aun cuando no falten numerosos e importantes ejemplos de países que han auspiciado este modo de diferenciar. Ejemplo en el derecho inglés, Suizo, norteamericano.

Thaller (Tratado elemental de Derecho Comercial) criticando este sistema dice: "La situación de una sociedad ha de ser equiparada a la de un individuo; sus formas externas no influyen en su naturaleza jurídica; así como el comerciante es quien ejerce profesionalmente actos de comercio, sociedad mercantil ha de ser la que de igual modo realice operaciones mercantiles".

d) Criterio Objetivo: Considera que para conocer la naturaleza de una sociedad, es preciso atender por encima de todo, al objeto, y a la práctica de actos de comercio en forma habitual. José Castán afirma que aunque este sistema es mas incierto y expuesto por consiguiente a dificultades de aplicación, es tan racional y lógico que merece el gran predominio de que hoy goza en la doctrina científica. Esta pauta, desde el punto de vista teórico y doctrinal, es perfecta e insuperable; sin embargo, no es aceptada por las legislaciones, en virtud de que resulta sumamente arduo discernir legislativamente los actos civiles de los mercantiles, máxime que existen numerosos actos cuya calidad es muy difícil establecer. Vivante auspicia este criterio, sosteniendo que "para determinar el carácter comercial de una sociedad debese tener en cuenta el objeto de su actividad".

Ascarelli que suscribe el criterio objetivo, señala sin embargo, que la diferencia entre sociedad civil y sociedad de comercio, se establece también sobre dos ulteriores elementos, que permiten comprender mejor la razón de la diferencia de

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

regulación: esto es, la necesidad, en la sociedad comercial, de un patrimonio social y la de una manifestación a los terceros de la sociedad.

La doctrina científica española, por medio de sus más señalados representantes suscribe también el criterio objetivo, reputando comerciales aquellas sociedades que se dediquen de modo habitual a la realización de actos que el Código de Comercio tenga como mercantiles, y civiles las que no tengan fin comercial. En igual sentido se pronuncia nuestro Código Civil en su Arto.3191.

Al concluir la exposición de los criterios de distinción, es necesario apuntar las consecuencias prácticas que pueden desprenderse de la separación de las sociedades civiles de las mercantiles. Estando sometidas a distintos regímenes jurídicos cabe considerar:

1ro. Que en cuanto a la personalidad, algunos estiman que esta podría ser la diferencia capital entre ambas sociedades, pues, mientras la sociedad comercial goza de indiscutible personalidad, no sucede otro tanto con la sociedad civil, cuya personalidad es negada por algunas legislaciones y por no pocos autores. En nuestro derecho, al tenor del Arto. 3188 del Código Civil, la personalidad de nuestra sociedad civil es indiscutible. En tal virtud, para nosotros no cabe hacer en este sentido ningún distingo.

2do. En cuanto a la responsabilidad, en las sociedades civiles particulares los socios no administradores solo responden con su haber social. (Artículo 3223C.) En su equivalente mercantil, la sociedad colectiva, la responsabilidad de los socios, es, salvo pacto expreso en contrario, ilimitada y solidaria. (Artículo 137CC).

3ro. En lo referente a la forma, las sociedades mercantiles solo pueden constituirse en alguna de la cuatro formas o especies reconocidas por el Arto. 118 C.C. La Sociedad civil solo esta sometida a la formalidad de la escritura pública siempre que su objeto o capital exceda de cien córdobas; y aunque no exceda de esa suma se otorgara la escritura pública, cuando se aporten a la

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

sociedad bienes inmuebles o derechos reales. Arto. 3182 C.

4to. Las sociedades civiles no están sometidas a la obligación de llevar libros, ni existe para ellas un régimen especial de publicidad, en cambio, para las comerciales, además de la inscripción obligatoria en el Registro mercantil (artículo 19 CC) existen también una serie de prescripciones, como la obligación de llevar libros, conservar la correspondencia, y demás que les incumben por su carácter de comerciantes, del cual carácter se desprende la posibilidad de ir a la suspensión de pagos o a la quiebra; a la sociedad civil cuando no puede satisfacer sus deudas es aplicable lo concerniente al concurso de acreedores.

5to. La sociedad civil se disuelve por la muerte, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios; por la renuncia de alguno de los socios notificada a los demás y que no sea maliciosa ni extemporánea (Números 3o. y 4o. del Arto. 3285 C). Tales vicisitudes, solo producirán la disolución de las sociedades mercantiles colectivas, mas no tienen igual trascendencia tratándose de sociedades por acciones.

6to. La Prescripción de las acciones, se rige tratándose de sociedades civiles por las reglas del derecho común, (905 y 906C), mientras que si se trata de sociedades mercantiles, existen plazos mas breves, para regular las prescripción de sus acciones. Arto.1151 C.C.

7mo. José Castán agrega como una consecuencia mas, la referente a los administradores de la sociedad, pues mientras la sociedad mercantil no puede existir sin administradores designados en la escritura constitutiva, por el contrario, en la sociedad civil puede no haber administradores en el cual caso presume la ley que todos los socios se han concedido recíprocamente la facultad de administrar. Arto.3263 C.

La posibilidad contemplada por nuestro Arto.3192 de que las sociedades civiles, se rijan por las reglas comerciales, afecta a muchas de estas consecuencias, llegando a identificar el régimen jurídico de ambas sociedades.

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

En muchos países, se asiste hoy día a un fenómeno interesante: la aparición de formas sociales híbridas, es decir, de sociedades dedicadas a operaciones no comerciales, pero que adoptan la forma comercial. Los mercantilistas han investigado las causas de este fenómeno jurídico, y parecen coincidir en atribuirlo a las fallas de la sociedad civil, no apta para las actividades económicas de nuestra época. En ese sentido Pic, observa la incertidumbre que pesa sobre la duración del pacto social civil, ya que la muerte de los socios entraña en principio la disolución de la sociedad, siendo además cierto que la sociedad civil no se presta a la reunión de capitales. Todas estas dificultades, condujeron, por una especie de mimetismo jurídico, a la adopción de formas mercantiles, en especial la forma anónima, adoptada y reconocida en muchos países por las sociedades civiles.

La hipótesis contraria, es decir, la adopción de formas civiles por parte de sociedades esencialmente mercantiles es inadmisibles, dado que toda sociedad mercantil por su objeto, debe necesariamente revestir alguna de las formas señaladas por el Arto. 118 del Código de Comercio, entre las cuales no esta la forma civil.

Si se investigan las causas por las cuales la sociedad civil es un instituto jurídico en decadencia, incapaz de acomodarse a las exigencias del tráfico jurídico de hoy, nos encontramos, que la causa fundamental que tiene condenada a la desaparición a esta figuras de derecho, es precisamente su propia estirpe. En otras palabras, estas sociedades nacieron con el germen de su autodestrucción; y la culpa debemos imputársela a los legisladores que por seguir tan de cerca el modelo de la "societas" romana, resucitaron en nuestros días un instituto carente de recursos vitales para subsistir. La concepción romana, se aproxima mas a la simple comunidad de bienes, que a la sociedad propiamente dicha, de donde se desprende la trágica tarea que pesa sobre las sociedad civil, hija de una concepción equivocada o por lo menos anacrónica.

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

Tres caracteres atribuían los romanos a su "societas":

1º. El "intuitu personae", es decir, la sociedad se apoyaba más que todo en la consideración personal de los socios.

2º. El "ius fraternitatis", esto es, que en la sociedad romana imperaba un ambiente de hermandad, de intimidad, basada en el mutuo aprecio, dada la buena fe que se atribuían todos los integrantes del grupo social.

3º. La societas no era un ente frente a terceros, sino que producía más que nada relaciones intersociales, es decir, más que un organismo hacia afuera, era un ente que creaba principalmente vínculos internos entre los socios.

Es así como para autores de la categoría de Ferrara, la societas romana, y la sociedad civil se identifican y a la vez se contraponen a la sociedad mercantil. Es lógico, dice Castan, que los que así conciben la sociedad civil, hayan de considerarla como un instituto falto de solidez y de actualidad, destinado a ser definitivamente sustituido por las formas mercantiles.

Aún siendo cierto que sobre las modernas legislaciones "pesa mucho el lastre de los principios romanos y que la estructura de moderna sociedad civil se resiente mucho como dice Barassi, de su origen romanístico, lo cierto es que hoy día las leyes vienen rectificando su equivocado rumbo, y ya que pueden mencionarse algunos ejemplos legislativos que superando la concepción romana van dando nuevos caracteres a la sociedad civil y acortando cada vez más la distancia que la separa de la mercantil. En este sentido, puede decirse, que los tipos híbridos a que antes nos referimos han facilitado la labor de los legisladores constituyéndose hoy día sociedades de capitales con carácter civil. "Las necesidades prácticas las han renovado y hoy viste el ropaje jurídico de la sociedad comercial, con la cual casi se confunde. La oposición radical que comprende ver algunos entre la sociedad civil y las sociedades mercantiles no es más que la oposición entre la sociedad romana y la sociedad moderna civil o comercial."

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

Autores hay como Rodino, que abogan por superación de la distinción de las sociedades civiles y mercantiles. El hecho, dice, de serles consentidas a las sociedades civiles las formas de las sociedades comerciales, es la mejor prueba de la irracionalidad de la distinción.

Y aún cabe mencionar la aguda observación que hace don José Castan en el párrafo final de la monografía a que tantas nos hemos referido, y que encierra una interrogación en espera de adecuada respuesta: "Sin dar gran importancia a cuestiones de pura forma y sistemática legal y sin desconocer que al derecho mercantil el timbre de gloria de haber creado o desenvuelto los tipos mas progresivos de sociedades, nos permitimos esta interrogación: si las formas de sociedad reglamentadas por los códigos de comercio se han hecho en cierto modo generales y son ya de derecho común, ¿ No es lógico que pasasen al derecho civil, que representa el derecho común de la contratación ? Recordemos que ya el código civil de Chile tuvo el acierto de definir los tipos de sociedades colectivas, comanditarias y anónimas, dándoles así carta de naturaleza en el derecho civil. Al ensanchar su ámbito de aplicación las normas e instituciones del derecho mercantil universalizándose y extendiendo su imperio no solo sobre las relaciones de comercio, sino sobre las relaciones ordinarias, dejan de ser mercantiles. De otro modo se invertirían los papeles, perdería del derecho mercantil su característica de legislación excepcional o singular y se daría el contrasentido de que el derecho privado común pasase a ser un derecho de excepción."

IV.- Ensayo y propuesta de soluciones.

Consideramos que se hace necesario una reforma al Código de Comercio o en su defecto la aprobación de una Ley de Sociedades Mercantiles, a como existe en otros países de América Latina, ejemplo México, Argentina. Partimos del criterio, que nuestra legislación sigue el sistema de las "dos codificaciones". En la práctica

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

forense nicaragüense las Sociedades Civiles han caído en total desuso, siendo el fenómeno de las Asociaciones sin civiles de lucro, la que mas uso practico tiene. Sin embargo, es notorio el uso inadecuado que de las mismas se hace, por cuanto se convierten en verdaderas sociedades civiles y en otros casos en verdaderas sociedades comerciales. Es común ver asociaciones civiles, realizando actos comercios, cuyas utilidades van a terminar en manos de los asociados. En ese sentido se necesita crear un sistema de control de dichas asociaciones, aunque personalmente nos cree cierto temor los abusos políticos, que este control implique.

La necesidad de crear una Ley de Sociedades Comerciales es imperiosa, por cuanto en la actualidad encontramos Sociedades Anónimas con capitales sociales ridículos y en otros casos nunca llega a ser aportado, entonces cómo responden por las deudas sociales?. Unido a este aspecto se hace necesario implementar la obligatoriedad de llevar los Libros Contables conforme a la ley y la publicidad de los estados financieros. Por último es urgente la creación del Registro Mercantil, basado en el sistema del folio personal, por cuanto en la actualidad el sistema es totalmente improductivo, por ejemplo cómo saber cuantas reformas ha tenido una sociedad?, si cada reforma se inscribe en libros distintos atendiendo a la cronología.

V.- Conclusiones.

Si bien es cierto cuando abordamos los criterios diferenciadores entre la Sociedad civil y la Mercantil, hicimos hincapié en las consecuencias prácticas de estos criterios. Sin embargo, creemos que desde el punto de vista doctrinal, conceptual, las diferencias entre ambas sociedades son muy pequeñas, por las siguientes razones:

1).- En ambas encontramos una caracterización contractual de la sociedad, siendo la consecuencia del contrato la formación de un sujeto de derecho. Esto lo

Diferencias entre sociedad civil y sociedad mercantil.

vemos reflejado en los artículos 3188 del código civil y 119 del código comercio.

2).-Respecto al aspecto organizativo, las exigencias de organización de la sociedad civil, suponen un nivel de complejidad comparable a la de diversos tipos de sociedades comerciales.

3).-En relación a la tipicidad, tampoco plantea diferencias entre sociales civiles y comerciales. El elemento distintivo que aparte a la sociedad civil de las restantes, podría consistir en los elementos propios de las restantes tipos societarios, siendo la sociedad civil un tipo residual, en virtud de la amplitud de la definición incluida en el artículo 3175 del código civil.

4).-En materia de aportes tampoco existen diferencias sustanciales entre la sociedad comercial y la sociedad civil, pues respecto de ambas figuras se exige, si bien con distinto lenguaje, su realización por los socios.

5).- Tampoco encontramos diferencias reales en lo que hace al soporte de las pérdidas. Ese elemento se incluye en los diferentes tipos societarios comerciales. En la Sociedad civil lo encontramos en el artículo 3187.

VII.-Bibliografía.

- 1.- Código Civil de Nicaragua.
- 2.- Código de Comercio de Nicaragua.
- 3.- Las Sociedades Civiles en el Derecho Mexicano.
Salvador Ruiz de Chávez y Salazar.
- 4.- Curso de Contratos. Dr.Ivan Escobar Fornos.
- 5.- Concepto amplio y restringido de Sociedad. J.Girón Tena.
- 6.- Derecho Mercantil. Tomo I. Joaquín Rodríguez Rodríguez.
- 7.- Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Joaquín Garrigues.
- 8.- La Sociedad Anónima. Tesis Doctoral. Carlos Tunnerman B.
- 9.- Código de Comercio de España. Edición de 1998.