

DERECHO DE SOCIEDADES

JESÚS JUSSETH HERRERA ESPINOZA
Profesor Adjunto de Derecho Mercantil,
Universidad Centroamericana, UCA.

I. Teoría General de Sociedades

1. Apuntes Generales

1.1. La especial importancia del empresario social

Uno de los fenómenos jurídicos más relevantes en el tráfico jurídico actual es la unión de personas para el ejercicio de actividades mercantiles mediante la constitución de sociedades. De hecho, la parcela jurídica denominada Derecho de Sociedades es una de las más pujantes dentro del Derecho Mercantil, ello se debe a que cada vez es más común que sean empresarios sociales los que se ocupen de la actividad empresarial, sobre todo cuando se trata de grandes compañías cuyas dimensiones, requerimientos financieros u organizativos dificultan que su titularidad esté en manos personas físicas.

Y es que, en atención a ciertos imperativos de orden económico, se ha ido desplazando al empresario individual del campo de la actividad industrial y mercantil, de tal forma que, hoy en día, buena parte de esas actividades son dominadas por empresarios sociales, es más, existen algunas actividades concretas que, por prescripción normativa, están reservadas únicamente a empresarios sociales (por ejemplo la actividad bancaria).

De todo ello se puede inferir que las sociedades mercantiles se erigen en ágil instrumento para ejercitar las libertades económicas que cada ordenamiento confiere a sus individuos, a la vez que facilitan la concentración empresarial y el poder económico a través de la constitución de grupos y uniones de empresas.

1.2. Nociones elementales del Derecho de Sociedades

Como hemos adelantado, resulta innegable la capital importancia que para el Derecho Mercantil reviste el Derecho de Sociedades. Con todo, en el ordenamiento jurídico nicaragüense esta parcela jurídica se nos

presenta como un conjunto asistemático y confuso de normas civiles y mercantiles, y de cuerpos normativos generales (Código Civil y Código de Comercio) salpicados de leyes especiales.

Ya en sede doctrinal, se nos plantea una doble acepción del Derecho de Sociedades. En *sentido estricto* el Derecho de Sociedades se limita a las sociedades civiles y mercantiles. En contraposición, el *concepto amplio* de esta parcela jurídica, agrega las demás formas jurídicas de empresa, entre otras, las cooperativas, las demás formas societarias de base mutualística y las fundaciones. Nosotros, en esta obra, expondremos un *Derecho de Sociedades en sentido estricto*, circunscrito, sobre todo, al ámbito de las sociedades mercantiles.

Por lo que se atañe al concepto de sociedad, habrá que decir que la doctrina ha elaborado hasta tres distintos conceptos. De modo que, en *sentido estricto*, la sociedad es aquel contrato que celebran dos o más individuos con el afán de realizar una actividad con ánimo de lucro, a saber, con la intención de obtener beneficios que puedan ser repartidos entre ellos.

Siguiendo un criterio distinto, inspirado en la tradición jurídica alemana, otros autores han elaborado una *noción amplia de sociedad*, en la cual vendrían a incluirse todas las *agrupaciones voluntarias de personas para cualesquiera fines comunes, estando caracterizada la sociedad, entonces, por la organización y no por el fin o causa que persigue*. Además, esta línea de pensamiento reconoce un *supraconcepto de asociación*, que recoge a las asociaciones con fines públicos y las sociedades, sosteniendo que la sociedad constituye ejercicio del derecho de asociación (reconocido en el artículo 49 Cn.). Aunque en línea de principio pueda resultar llamativo, nosotros nos plegamos a esta concepción del fenómeno societario.

Finalmente, un último grupo de tratadistas, nos ofrecen una *noción amplísima de sociedad*, según la cual se trata de cualquier *entidad jurídica privada*. Afirmación esta última con la que no podemos estar de acuerdo.

1.3. Concepto de sociedad

Según las voces del artículo 3175 del Código Civil Nicaragüense: “*Se llama sociedad 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 industrias, o los unos y las otras juntamente con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas*”.

Lo primero que merece la pena destacar es que dicho concepto positivo es *único y unitario*. Único, en tanto y en cuanto es común a todo el Derecho Privado Nicaragüense. Unitario, porque se aplica a cualquier forma social.

Ahora bien, de la noción que nuestro legislador elabora de sociedad se pueden extraer los siguientes elementos caracterizadores:

Origen negocial: Cuando el legislador nicaragüense deja patente que la sociedad es un “contrato”, evidencia que toda sociedad tiene forzosamente un origen voluntario que se manifiesta a través de un Negocio Jurídico de Derecho Privado, lo que dejaría por fuera del Derecho de Sociedades a las corporaciones de Derecho Público (Estado, Municipios, etc.).

La nota negocial permite inferir que no existen *sociedades necesarias*. De tal forma que no puede calificarse de sociedad la comunidad hereditaria (misma que se constituye, a la muerte del causante, entre los herederos); la comunidad incidental (constituida entre varios sujetos en razón de la ley) o cualquier supuesto adicional de agrupación forzosa (verbigracia la masa pasiva de la quiebra -artículos 1062ss. Cc.- o el sindicato de obligacionistas -artículos 285ss. LGTV-).

Es importante hacer notar que el tantas veces aludido origen negocial no exige, sin embargo, pluralidad de sujetos, ya que, al menos en otros ordenamientos, se admiten las denominadas *sociedades unipersonales*.

Existencia de un fin común: Toda sociedad se ha de constituir para la consecución de un fin común. El fin común es la idea que vertebrada el concepto de sociedad y que nos permite distinguir el contrato de sociedad de los contratos de cambio (por sólo citar un ejemplo) o, incluso, de las meras situaciones de comunidad o cotitularidad negocial.

El fin común ha de ser de una naturaleza tal que sea capaz de vincular de manera efectiva a los socios (así, no basta con que Usted y yo nos pongamos de acuerdo en ir de compras para que se tenga por constituida una sociedad) y, además, establecerse en interés de todos ellos (razón por la cual todos los ordenamientos conocidos impiden que alguno o algunos de los socios queden excluidos de participación en el reparto de las ganancias sociales).

Este fin común no ha de ser necesariamente lucrativo. Si bien es cierto el precitado artículo 3175 C. señala que el contrato de sociedad se constituye “*con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas*”, lo cual no parece dejar margen para dudar que, efectivamente,

el ánimo de lucro es elemento connatural al contrato de sociedad. No obstante, haciendo eco de la tesis sostenida por una importante línea de pensamiento, todavía minoritaria, nos parece más razonable pensar que *el fin lucrativo sería el fin común usual (el id quod plerumque accidit), pero no el fin común esencial del contrato de sociedad.*

A favor de esta última interpretación se han esgrimido dos importantes argumentos:

En primer lugar, “la “despolitización” del ánimo de lucro connatural al reconocimiento constitucional del derecho de asociación”, ello obedece, en buena medida a que en la época en que se formularon los Códigos en los que se inspiró el Código Civil Nicaragüense (e incluso en el mismo momento en el que dicho Código se elaboró), el asociacionismo no económico era visto con mucha desconfianza, en otras palabras, aquellas asociaciones que no hubieran sido constituidas para hacer negocios representaban, en cierta medida, una amenaza para el Estado liberal y, en consecuencia, debían controlarse férreamente. Por ende se intentaba dejar bien sentadas las diferencias entre la esfera (políticamente peligrosa) de las asociaciones y el contorno (políticamente inofensivo) de las sociedades a cuyo servicio ha trabajado el principio lucrativo. Sin embargo, toda vez que nuestra Constitución Política ha reconocido sin ambages la libertad de asociación (artículo 49 Cn.¹), no existe ninguna razón para continuar delimitando el Derecho de Sociedades en atención al ánimo de lucro.

En segundo término, “la inidoneidad del ánimo de lucro para seleccionar razonablemente la normativa aplicable a los fenómenos asociativos”. De tal forma que, aunque concluyésemos que las agrupaciones que no persiguen fines lucrativos carecen de naturaleza societaria (verbigracia una sociedad colectiva constituida por cuatro entomólogos para llevar a cabo una expedición científica en la Reserva de Bosawás), habría que aplicarles, por analogía, el Derecho de Sociedades. En otras palabras, si seguimos considerando el ánimo de lucro como *ratio* del Derecho de Sociedades no tendríamos más remedio que afirmar que la sociedad no

¹ Artículo 49 Cn.: “En Nicaragua tienen derecho de constituir organizaciones los trabajadores de la ciudad y el campo, las mujeres, los jóvenes, los productores agropecuarios, los artesanos, los profesionales, los técnicos, los intelectuales, los artistas, los religiosos, las comunidades de la Costa Atlántica y los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin de lograr la realización de sus aspiraciones según sus propios intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. Estas organizaciones se formarán de acuerdo a la voluntad participativa y electiva de los ciudadanos, tendrán una función social y podrán o no tener carácter partidario, según su naturaleza y fines”.

lucrativa es nula de pleno derecho (lo que contradice abiertamente el precepto constitucional que hace eco del principio de libre asociación), o bien que ese tipo de sociedad debe reputarse “como mera sociedad de favor o sociedad no vinculante jurídicamente” (lo que contraviene gravemente el principio de autonomía de la voluntad) o bien habría que recalificarla como asociación o como comunidad (situación que resulta discordante con la voluntad de las partes, quienes desean crear una estructura jurídica de distinto tipo).

Contribución de los socios al fin común: Finalmente, la sociedad se asienta en la promoción en común del fin social o, lo que es lo mismo, en la *comunidad de contribución*: todos los socios deberán obligarse a realizar una aportación idónea para alcanzar el fin común perseguido.

1.3.1 Otros requisitos usualmente atribuibles al concepto tradicional de sociedad

No podemos dejar de advertir que un importante sector doctrinario suele exigir la presencia de algunos requisitos adicionales para poder catalogar a un negocio jurídico como contrato de sociedad. La primera de tales exigencias es **el ánimo de lucro** (que, como ya hemos señalado ampliamente, a nuestro juicio sólo es elemento natural).

También suele exigirse el requisito de **la personificación**, sin embargo conviene recordar que son sociedades tanto las que gozan de personalidad independiente como las que no la tienen –las llamadas sociedades internas²–.

Otros autores sostienen que, además, se requiere la existencia de un **patrimonio común**. En una primera aproximación, en nuestro ordenamiento tal exigencia encontraría apoyo positivo en el ya tantas veces citado artículo 3175 del Código Civil Nicaragüense, que deja sentado que los socios “*ponen en común...*”. Empero, si con tal requisito lo que se quiere poner en evidencia es la necesidad de aportación de los socios no estaríamos frente a una exigencia autónoma, más bien estaríamos, una vez más, ante el precitado requisito de *contribución de los socios al fin social*. Por otro lado, si lo que se pretende es hacer alusión a la necesidad de aportar bienes o derechos reales, a fin de constituir un *fondo real*, no parece que vayamos por el sendero correcto; en contra de dicha tesis es preciso dejar sentado que la sociedad, además de que sólo puede fundarse mediante aportaciones de industria, también puede hacerlo, únicamente,

² Sobre dichas sociedades internas volveremos un poco más adelante.

con otro tipo de aportaciones que no permiten constituir un *fondo real* (aportación de clientela, aportación de garantía, etc.).

En fin, si lo que se quiere significar es que la entidad debe poseer un patrimonio autónomo, entonces lo que estamos haciendo es confundir tal asunto con el problema de la personificación: la indisociabilidad del fenómeno *personalidad jurídica* y del fenómeno *existencia de patrimonio social*. En otras palabras, es inaudito hablar de sociedad personificada sin patrimonio separado. No obstante tal afirmación, el patrimonio común, más que un verdadero presupuesto societario, es una consecuencia derivada, necesariamente, de la existencia de la sociedad.

Finalmente, algunos estudiosos han incluido en la noción de sociedad el requisito de la **actividad común**. Dichos tratadistas parten del postulado de que las personas que conforman una sociedad pretenden alcanzar el fin social mediante el desarrollo de una actividad unificada o en común, el *objeto social*. Haciendo eco de tal premisa, parte de la doctrina y de la jurisprudencia, al menos en derecho comparado, afirman que la previsión contractual de una actividad común es indispensable para que exista sociedad, de tal forma que se rechaza el carácter societario de las asociaciones en que no existe explotación común, debido a que los socios desarrollan de forma separada la actividad, arbitrando únicamente los medios para comunicar y repartir resultados.

Si tuviésemos por válida esa doctrina no tendríamos más remedio que no considerar como sociedades a las denominadas sociedades de ganancias; tampoco a las sociedades de medios (verbigracia, los consultorios colectivos de médicos ideados para compartir la infraestructura) y, mucho menos, a todos aquellos tipos societarios que tienen por único objeto la reglamentación de las relaciones entre socios (entre otros, el cártel o una obra colectiva).

Aunque el ordenamiento jurídico nicaragüense diseña la disciplina típica en función de la existencia de una actividad común, no deja escapar fuera del concepto de sociedad las situaciones en que simplemente se prevé la asociación de actividades individuales. La prueba más palpable de esta última afirmación es la regulación de las sociedades universales (artículos 3200 y ss. C.) de la cual se deduce que también es considerada sociedad aquella en que cada uno de los que la conforman realiza de forma individual una actividad con tal que se prevea que los resultados serán comunicados³.

³ En tal sentido puede consultarse el artículo 3200 C. que reza: "La sociedad universal puede ser: 1º De todos los bienes presentes. 2º De todas las ganancias".

2. La Sociedad como Contrato

La distinción existente entre el acto de constitución de la sociedad, por una parte, y el ente que nace de él, por otra, ha permitido que la doctrina mayoritaria afirme que, dicho acto, cuando en éste participan dos o más individuos, tiene *naturaleza contractual*, aunque, eso sí, se trata de un contrato con características peculiares.

Es importante no perder de vista que, al menos en el derecho comparado, el origen de la sociedad no siempre tiene naturaleza contractual. Así, el acto fundacional de una sociedad que se constituye con un solo socio (las llamadas sociedades unipersonales), por hipótesis, no es contractual. Más bien nos encontramos ante un negocio unilateral por medio del cual se pretende dar vida a un ente y proporcionarle la adecuada estructura y organización.

2.1 Teoría General del contrato de sociedad

2.1.1. Naturaleza del contrato de sociedad

Ya hemos dicho que, cuando se constituye una sociedad entre varias personas, el vínculo jurídico que las une es de naturaleza contractual. Tal afirmación encuentra carta de naturaleza en los Códigos de derecho privado actualmente vigentes en nuestro ordenamiento (más exactamente en los artículos 3175 C. y 121 Cc.).

Con todo, hay un sector importante de la doctrina, especialmente Messineo en Italia y la gran mayoría de la doctrina alemana, que **niegan la naturaleza contractual de la sociedad** por las siguientes razones: En primer lugar, porque, en sentido distinto a lo que sucede en los contratos conmutativos, en el acto constitutivo de la sociedad no existen prestaciones de las partes que se crucen como contraprestación, sino prestaciones que saliendo de la esfera patrimonial de cada una de ellas concurren a la formación de un patrimonio social. En segundo término, porque dichos estudiosos afirman que en el negocio constitutivo de la sociedad no existen dos partes con intereses contrapuestos que intentan armonizarse a través de un consentimiento perfeccionador, antes bien existe una sola parte (integrada por todos los socios) caracterizada por la posesión de un mismo interés (crear la sociedad). En tercer orden, en razón de los argumentos antes señalados, se sostiene que no es posible aplicar al negocio constitutivo de sociedad la mayor parte del régimen jurídico de los contratos sinalagmáticos (por ejemplo, la cláusula resolutoria tácita y la anulabilidad por vicios del consentimiento). En fin, se alega que a diferencia de lo que sucede en los susodichos contratos sinalagmáticos, en el de sociedad nace una persona jurídica distinta de los socios.

Debido a tales críticas, algunos autores comparten la tesis de que la sociedad es un **acuerdo colectivo** (negocio jurídico unilateral) cuya nota característica es la de venir formado por varias personas que poseen un mismo interés y por ende actúan como una sola parte, a diferencia de la dualidad de partes que integran todo contrato. En sentido similar, otro sector, especialmente una parte la doctrina alemana, cree que el negocio constitutivo de la sociedad es un **acto complejo**, en el cual varias personas animadas por un mismo interés funden sus voluntades, de tal forma que éstas pierden su individualidad con el afán de integrar una voluntad unitaria común a todas. Por otro lado, no falta quien admita la **naturaleza contractual del negocio constitutivo sólo para algunos tipos de sociedad**, tal sería el caso de las sociedades personalistas (colectiva y comanditaria), afirmación que se rechazaría para las de corte capitalista.

No obstante, otra línea de pensamiento (a la que nosotros nos sumamos) sostiene que, en efecto, el negocio por medio del cual se constituye la sociedad es un verdadero contrato, se trataría en todo caso de un **contrato plurilateral**, distinto del contrato sinalagmático (que posee unas características distintas de las del contrato de sociedad, con el que la doctrina ha intentado erróneamente asociarlo). Así, el contrato plurilateral de sociedad se caracteriza por la existencia de dos o más partes que poseen intereses contrapuestos y una comunidad de fin.

Estos autores han señalado que las críticas proferidas en contra de la concepción contractual de la sociedad son espurias. De tal modo que, respecto a la alegación de falta de *conflicto de intereses* en la sociedad (que por otro lado es característica de los contratos), se ha dicho que la estructura de intereses de aquélla es disímil a la de los contratos de cambio, no en el sentido de que falte un conflicto de intereses sino que al lado de éste hay un interés común. De tal forma que la contraposición de intereses se percibe tanto en lo que entra a la sociedad (la aportación) como en lo que sale de ella (la participación en el resultado). También se ha esgrimido, para apoyar la tesis de la falta de naturaleza contractual de la sociedad, que en ella no siempre se percibe *la naturaleza económica del conflicto*. Si bien es cierto dicha crítica se dirige principalmente a las sociedades no lucrativas, es posible afirmar que tal apreciación no es del todo correcta debido a que se confunde la naturaleza del fin, que perfectamente puede ser no económico, con la naturaleza de la obligación de aportar, que en todo caso siempre es económica o patrimonial.

2.1.2. Efectos del contrato de sociedad

La gran mayoría de la doctrina suele afirmar que la sociedad tiene un aspecto contractual y un aspecto institucional. Sin embargo algunos autores se oponen a esta caracterización argumentando que el aspecto institucional es tan solo un efecto del aspecto contractual. Estos estudiosos prefieren pensar el contrato de sociedad tiene una doble eficacia que le hace peculiar: en primer lugar, los efectos de orden obligacional y, además, aquellos de orden institucional, haciendo la salvedad de que todos ellos tienen su origen en el contrato.

2.1.2.1 La eficacia obligatoria

El de sociedad es un *contrato obligatorio*, de él surgen derechos y obligaciones de contenido patrimonial, que se incardinan perfectamente en el sistema del Derecho de obligaciones.

Como ya hemos tenido oportunidad de adelantar, no nos parece que nuestro contrato sea un contrato sinalagmático, en razón de que la causa de la obligación de aportar no es la recepción de una contraprestación, sino la realización de un fin común. Antes bien, el contrato de sociedad se trata de un *contrato comunitario*.

Como contrato obligatorio el de sociedad determina el nacimiento de un conjunto complejo de derechos y obligaciones que integran la condición de socio. Si bien es cierto este conjunto puede variar en atención al tipo social elegido en cada caso, e inclusive en función de la particular configuración contractual escogida; no es menos cierto que, de manera general, las obligaciones básicas de los socios son las de aportar, administrar, contribuir a sufragar las pérdidas y aquellas derivadas del deber general de fidelidad.

Por lo que atañe a los derechos, pueden distinguirse los de tipo administrativo (aquellos relativos a la gestión y el control –derecho a administrar, a la rendición de cuentas, de información y de voto-) y los de tipo económico (derecho al beneficio, a la cuota de liquidación y al reembolso de gastos).

Finalmente, es menester comentar que el socio también disfruta de importantes privilegios por lo que se refiere a la modificación, continuación y extinción del contrato, a saber: derecho de veto, de separación, de denuncia, entre otros.

Tampoco podemos dejar de advertir que el catálogo de derechos y obligaciones ha de estudiarse a la luz de los dos valores centrales del Derecho de sociedades: *el deber de fidelidad* y *el principio de igualdad de*

trato. Ambos se erigen en sendas manifestaciones del principio de buena fe contractual.

El deber de fidelidad sirve para completar el cuadro de obligaciones, así como para modular el ejercicio de los derechos reconocidos. La máxima fundamental de este deber de fidelidad reside en la prohibición de obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad.

Por su lado, es importante precisar que *el principio de igualdad de trato* no pretende imponer la denominada igualdad formal, sino que prohíbe las desigualdades arbitrarias, es decir, aquéllas que carecen de una razón justificativa.

2.1.2.2 Eficacia organizativa

Hemos señalado que el de sociedad es también un *contrato de organización*: unifica el grupo y le dota de capacidad para tener relaciones externas.

Esto es tanto como decir que el *contrato de sociedad atribuye personalidad jurídica al grupo*. Es, pues, la voluntad de las partes de actuar como un grupo unificado en el tráfico la que atribuye personalidad jurídica a éste. Tal interpretación viene refrendada en nuestro ordenamiento por lo prescrito en los artículos 3188 C. (“La sociedad forma una persona moral distinta de cada uno de los socios individualmente considerados”) y 119 Cc. (el cual establece que “toda sociedad comercial constituye una personalidad jurídica distinta de la de los asociados”).

A manera de corolario, no podemos dejar de afirmar que, al igual que ocurre con la eficacia obligatoria, la eficacia organizativa del contrato se despliega con la perfección del propio contrato.

2.1.3. Elementos del contrato de sociedad

La válida celebración del contrato de sociedad requiere de la concurrencia de los elementos generales de formación del contrato, que a saber son:

2.1.3.1 El consentimiento

El consentimiento ha de versar sobre los elementos esenciales del contrato, es decir, sobre el fin común (o voluntad común como le llaman algunos estudiosos) y sobre las aportaciones que el socio se obliga a realizar.

Como regla general, es preciso que el consentimiento se haya prestado por personas con capacidad suficiente para obligarse, es decir, en el caso particular de nuestro ordenamiento, aquellos individuos que hayan

alcanzado la mayoría de edad y que tengan capacidad de obrar⁴. Por lo que respecta al emancipado, habrá que seguir las reglas de los artículos 271 y siguientes del Código Civil, especialmente cuando éste se obliga a aportar bienes inmuebles⁵.

En fin, resulta obvio que siempre será necesario que el consentimiento se haya formado y expresado libremente, es decir sin vicios de la voluntad.

2.1.3.2 Objeto

Antes que nada conviene distinguir entre el objeto del contrato de sociedad y el objeto de las obligaciones de los socios.

El *objeto del contrato de sociedad* no es otra cosa que las obligaciones que éste genera para los socios. Mientras tanto, el *objeto de las obligaciones de los socios* es la aportación (dinero, bienes, derechos o trabajo) que éstos deben efectuar al patrimonio societario, con la finalidad de que la sociedad pueda llevar a cabo la actividad para la cual se constituye. Necesariamente dicha aportación debe fijarse y delimitarse en el contrato y su naturaleza dependerá del tipo social de que se trate (colectiva, anónima, comanditaria simple o por acciones).

Una vez aclarado lo anterior, podemos afirmar que el objeto del contrato de sociedad consiste, ni más ni menos, en las aportaciones prometidas por los socios para la promoción en común del fin social.

2.1.3.3 Causa

En la sociedad la causa es el *fin común* que se proponen las partes con la constitución de la sociedad. Este fin común personifica el elemento comunitario que diferencia el contrato de sociedad de los demás contratos (especialmente de los de cambio) y lo articula tanto en su dimensión obligatoria, como en su dimensión organizativa.

El fin común se descompone en dos elementos: el fin último o abstracto y el próximo o concreto. Así, el *fin común último* es normalmente, aunque no necesariamente, el ánimo de lucro. Erigiéndose el objeto social en *fin común próximo*, esto es, la actividad que se ha programado desarrollar

⁴ Artículo 278 C.: “La época de la mayor edad se fija sin distinción de sexo en los veintiún años cumplidos. El mayor de edad, puede disponer libremente de su persona y bienes”.

⁵ Artículo 276 C.: “En el caso del artículo 273, si los cónyuges fueren menores de diez y ocho años se les nombrará un guardador que administre sus bienes; pero tendrán el derecho de indicar la persona que deba ejercer el cargo”. Artículo 277 C.: “La guarda a que se refiere el artículo anterior, no priva al menor emancipado de la capacidad de ejecutar por sí todos los actos que no excedan de la simple administración. Para todos los que excedan necesitará del consentimiento del guardador”.

para la consecución del fin común, en otras palabras lo que nuestro ordenamiento y el foro llama “*objeto social*” (por ejemplo, la explotación de petróleo, la fabricación de cervezas, la exportación de café, etc.).

No podemos dejar de advertir que ambos elementos son inseparables, pues ninguno de ellos es capaz por sí mismo de llenar la causa del contrato de sociedad.

Para finalizar habrá que decir que, como no podía ser de otra forma, la sociedad ha de fundarse sobre una causa lícita, de modo que ha de tener un fin común lícito, o lo que es lo mismo, según las voces del artículo 1874 C. no debe ser contraria a las leyes, a las buenas costumbres y al orden público.

2.1.3.4 La forma y la publicidad

Si atendemos al principio general de libertad de forma⁶, *ab initio*, el contrato de sociedad no precisa de ninguna forma especial, o lo que es lo mismo, la forma sólo será necesaria para la validez del contrato cuando la Ley lo exija para algún tipo especial. En este último sentido, al menos por lo que se refiere a la materia mercantil, el artículo 121 del Código de Comercio declara de manera tajante que *todo contrato de sociedad debe constar en escritura pública. El que se estipule entre los socios bajo otra forma, no producirá ningún efecto legal*⁷.

Este requisito de forma viene a ser complementado por el dictado del artículo 19 del mismo Código, el cual impone el *requisito de la publicidad legal* para todos los empresarios, cuya contravención, según el dictado literal de la norma, no le permitirá a las sociedades mercantiles obtener su personalidad jurídica. Sin embargo, como expondremos de forma pormenorizada en el apartado dedicado a la sociedad irregular, la sociedad, incluso antes del cumplimiento de dicho requisito, posee cierto grado de personificación y existe como tal sociedad.

Por último, conviene comentar que tales exigencias de forma y publicidad encuentran su razón de ser en la enorme importancia del contrato de sociedad, del que nace una nueva entidad que será sujeto de derechos y obligaciones frente a terceros.

⁶ Artículo 2449 C.: “Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo que la ley exija alguna otra formalidad; pero en todo caso se tendrá como una promesa exigible”.

⁷ Dicha disposición viene complementada por lo establecido en el Artículo 122 Cc., el cual establece que “cualquier reforma o ampliación que se haga en el contrato de sociedad, debe formalizarse con las mismas solemnidades prescritas para celebrarlo; salvo lo dispuesto para las sociedades anónimas”.

2.1.3.5 La nulidad societaria. La doctrina de la Sociedad de Hecho⁸

La Doctrina de la Sociedad de Hecho (la que no debe confundirse con la doctrina de las *Sociedades Irregulares*), creación de la mejor doctrina francesa, manifiesta que una vez que la sociedad comienza a funcionar y, por ende, se inserta en el tráfico jurídico, ésta, por mucho que sea posible ejercitar la acción de nulidad contra ella, no puede ser sacada sin más, es decir, extraída sin ulteriores consecuencias, del medio en que ha venido actuando.

Dicho de otra forma, en tales situaciones la sociedad nula o anulable será tratada como si no se encontrare viciada, de modo que, se emplearán técnicas que surtan efectos desde ahora (*ex nunc*); por lo que habrá de considerar el motivo de nulidad más bien como causa de disolución, que desembocará, necesariamente, en la liquidación sin efectos retroactivos.

En una primera aproximación podemos afirmar que esta doctrina ha sido medianamente recogida, con exagerado desatino por cierto, en los artículos que van del 125 al 128 de nuestro Código de Comercio. Sin embargo, haciendo un análisis más incisivo sobre el tema, hemos llegado a la conclusión de que si bien es cierto es posible identificar la doctrina de la sociedad de hecho en dicho articulado, también resulta obvio que el legislador ha creído conveniente regular junto con ésta a la sociedad irregular, elaborando, en consecuencia, una especie de cóctel de ambas instituciones. Con todo, aguzando los sentidos me parece que la doctrina de la sociedad de hecho, en nuestra legislación se encuentra principalmente recogida en los artículos 125 y 127 Cc. Prueba de tal aserto es la prescripción del artículo 125, el cual declara que *la omisión de algunos de los requisitos prescritos, es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará a pedimento de cualquiera de los socios*.

De manera condensada, siguiendo en este caso a la doctrina mayoritaria, podemos afirmar que los presupuestos de la sociedad de hecho son los siguientes: **1.** La existencia de un contrato de sociedad viciado⁹. Aquí no importa mucho la naturaleza del vicio (dolo, error, infracción de una norma imperativa, etc.), sino que el vicio subsista, es decir que no haya

⁸ Este y otros temas relacionados han sido tratados muy a profundidad y a la luz del ordenamiento jurídico nicaragüense, en un excelente artículo elaborado por la Profesora Adjunta de Derecho Civil de la Universidad Centroamericana, Dña. Neylía L. Abboud Castillo. El trabajo en cuestión se intitula "De la nulidad negocial a la nulidad societaria. Reflexiones a la luz del Derecho Positivo Nicaragüense" en *Revista de Derecho. Universidad Centroamericana*, número 6, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2003, págs. 11 y ss.

⁹ Artículo 125 Cc.: "La omisión de algunos de los requisitos prescritos en su caso en los artículos anteriores, es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará a pedimento de cualquiera de los socios".

sido convalidado. **2.** Es preciso que la sociedad haya iniciado a trabajar *ad extra*, no siendo suficiente la mera ejecución del contrato en el ámbito interno¹⁰. **3.** Por último, no deben existir intereses de rango superior a los que pretenden satisfacerse a través de la sociedad de hecho, dignos de ser protegidos mediante las normas generales sobre vicios (ejemplo de ello son los vicios de incapacidad, debido a que la protección de los menores e incapacitados ostenta un rango superior a la protección del tráfico).

Concurriendo los precitados presupuestos, la sociedad de hecho se regirá por las siguientes reglas: **1.** La doctrina más autorizada afirma, con sobrada razón, que la sociedad viciada será válida tanto a lo externo (*ad extra*) como a lo interno (*ad intra*). No obstante, al menos por lo que respecta al ordenamiento jurídico nicaragüense, éste parece decantarse por la inaplicabilidad del Derecho de Sociedades a las relaciones internas de la sociedad, en tanto que remite el tratamiento de las mismas al régimen del cuasi contrato de comunidad¹¹, regulado en los artículos 1692 y siguientes del Código Civil. **2.** La mejor doctrina, y los ordenamientos más acordes con ésta, han optado porque los motivos de nulidad sean tratados como causales de disolución. En el caso de Nicaragua el régimen aplicable no resulta del todo claro, incluso llega a ser extremadamente farragoso. A pesar de ello, de la lectura de los artículos 125 y 127 Cc. pareciera desprenderse que el legislador trata de articular la nulidad por los cauces de la disolución, en tanto que legitima a los socios como únicos sujetos facultados para ejercitar la acción de nulidad, de modo que ellos serán quienes puedan solicitar la disolución. Finalmente, en apoyo de tal interpretación, habrá que atender a la regla del artículo 273.3, la cual establece sin ambages que *cuando la sociedad sea declarada judicialmente como no existente por nulidad esencial de su constitución se procederá por el Juez al nombramiento de liquidadores*¹². **3.** Como hemos adelantado, al operar la nulidad como causa de disolución de la sociedad, entonces se deben

¹⁰ Artículo 126 Cc.: "La falta de la escritura pública o de los requisitos que debe contener para su validez, no podrá alegarse como excepción contra un tercero que hubiese contratado con la sociedad. Responderán solidariamente a los terceros los socios que con ellos hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho".

¹¹ Artículo 127 Cc.: "Si la nulidad se declarase estando aún pendiente la sociedad de hecho, los socios procederán a la liquidación de las operaciones anteriores, sujetándose a las reglas del cuasi contrato de comunidad".

¹² Sin embargo, es importante destacar que esta última regla sólo está pensada para el caso de las sociedades anónimas, por lo que su aplicación para los restantes tipos societarios, por vía de analogía, no estará exenta de críticas.

aplicar los preceptos generales sobre liquidación¹³, de modo que ésta la hará desaparecer del tráfico.

En mi opinión, el mayor problema para concebir como aplicable, con total nitidez, la doctrina de la sociedad de hecho en nuestras latitudes, radica en la enorme confusión que introdujo el legislador nacional al entremezclar esta figura con la de la *sociedad irregular*. Tal situación es fruto del pecado favorito de nuestro Codificador, a saber, el “tomar prestado” un *precepto de por aquí y otro de más allá*, actitud que no puede estar desligada del todo de las consabidas antinomias que caracterizan a nuestro vetusto Código de Comercio.

2.1.3.6 La Sociedad Irregular. La sociedad en formación

Asunto distinto del que hemos tratado, aunque no desligado del todo de aquél en nuestro ordenamiento, es el que se refiere a la *sociedad irregular*.

Ésta ha de entenderse como antítesis de la *sociedad regular*, es decir, se trata de aquel contrato social válido (que ha cumplido los requisitos de ley para su constitución) pero que no ha satisfecho el requisito de la publicidad registral, cuyo cumplimiento confiere, según hemos visto, la personalidad jurídica societaria. En tal sentido, una sociedad que no haya sido otorgada en escritura pública no es irregular por carecer dicho requisito, sino más bien por el mero hecho de no haber sido inscrita en el registro competente.

Aquí es prudente aclarar que, de conformidad a lo señalado por el artículo 21 Cc., *los documentos de que trata el artículo 13 deben ser presentados al Registro en el término de 15 días contados desde la fecha de su otorgamiento en el país; y si lo fueren en otra parte, desde aquella en que tales documentos hubieren sido autenticados en Nicaragua*.

En otras palabras, la irregularidad societaria, al menos en nuestro sistema, comenzaría a operar después de transcurridos los 15 días desde el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad (en caso de que fuere otorgada en Nicaragua), o bien después de 15 días contados desde el momento en que se hubiere verificado la autenticación del documento que contiene el contrato social (si hubiese sido otorgado en el exterior). Antes de ese tiempo, estaríamos hablando más bien de la denominada *sociedad en formación*, a la cual también son aplicables buena parte de las soluciones atinentes a la sociedad irregular.

¹³ Tal parece ser también el espíritu del Artículo 3179 C., el cual afirma rotundamente que “si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, cada socio tendrá en todo tiempo la facultad que se liquiden las operaciones anteriores y que se le devuelvan las cosas que haya llevado”.

Ahora bien, no debe olvidarse que el contrato de sociedad no inscrito en el Registro sí que genera eficaces relaciones internas, mismas que vinculan a las partes contratantes entre sí, de modo que éstas quedan obligadas a poner en común lo prometido, así como a cumplir demás condiciones asumidas, entre las que, obviamente, se encuentran las obligaciones de elevar el contrato a escritura pública y a proceder a su correspondiente inscripción en el Registro Público Mercantil competente.

Ahora bien, el problema de la sociedad irregular se plantea sobre todo en los casos en que la relación societaria trasciende *ad extra*. Ello se debe a la “*aparente ausencia total de personalidad jurídica de la sociedad irregular*”, escenario que está llamado a dificultar el régimen aplicable a los contratos concluidos en nombre de la sociedad, en tanto que dichos contratos no serían verdaderamente eficaces, y, por ende, la responsabilidad solidaria de los gestores, de la que habla el artículo 126 Cc., sería tan solo extracontractual.

De hecho el Código prescribe taxativamente que los socios, incluyendo los ocultos, responderán solidariamente a los terceros que con ellos hubieren contratado a nombre y en interés de dicha sociedad. En tal sentido nuestro ordenamiento presume que *existe o ha existido sociedad, siempre que alguien ejecuta actos propios de sociedad y que regularmente no hay costumbre de practicar sin que la sociedad exista*. De esa naturaleza son especialmente: la negociación promiscua y común; la enajenación, adquisición o pago hecho en común; si uno de los asociados se declara socio y los otros no lo contradicen de un modo público; si dos o más personas proponen un administrador o gerente común; el uso del pronombre “nosotros o nuestra” en la correspondencia, libros, facturas, cuentas u otros papeles comerciales; el hecho de recibir o responder cartas al nombre o firma social; el uso del nombre con el aditamento “y compañía”; la disolución de la asociación en forma de sociedad¹⁴.

Con todo, no parece adecuado seguir manteniendo una interpretación exageradamente literal de tales preceptos, ya que ésta conduce al contrasentido de perjudicar a quienes la norma pretende proteger (los terceros que contratan con una sociedad no inscrita en el registro), protegiendo, en cambio, a quienes debería sancionar (los socios). Por ello, parece más coherente sostener, con base en los artículos 119 Cc. y

¹⁴ Artículo 128 Cc.

79 C.¹⁵, y partiendo de una “*cierta personificación de la sociedad*”, la validez y eficacia de los contratos estipulados por la sociedad irregular con terceros, permitiendo a éstos exigir de la sociedad (por ende del fondo común), y no sólo de los gestores, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ésta. Esta “cierta” personalidad jurídica (cuando menos básica) estaría ligada a la “publicidad de hecho”, es decir, a la exteriorización de la sociedad en el tráfico (según la intención declarada por nuestro legislador en el artículo 128 Cc.), y no a la “publicidad legal”.

Si seguimos esta línea de pensamiento, llegaríamos a la conclusión, por demás coherente con el sistema de protección de los bienes jurídicos que trata de tutelar la normativa codicística, de que la irregularidad acarrea tan solo dos sanciones básicas: de una parte, la inoponibilidad frente a terceros de los pactos sociales (quienes, en cambio, sí podrán invocarlos a su favor); de otra, la responsabilidad de los gestores, según lo señalado por el artículo 126, que deberá interpretarse como una responsabilidad añadida y de ningún modo exclusiva.

En fin, siguiendo a la mejor doctrina en derecho comparado, es posible sostener que a las sociedades irregulares debe de serles aplicable el régimen propio de las sociedades colectivas, siempre y cuando su objeto sea mercantil, lo que vendría a ratificar la interpretación arriba sostenida.

3. Los tipos societarios

De manera general todos los tipos societarios, mercantiles o no, suelen clasificarse con arreglo a diversos criterios. No obstante, en tal labor sobresalen dos tipos de juicios fundamentales, de los cuales nos ocuparemos en lo sucesivo: de un lado, el criterio estructural y, de otro, el criterio funcional.

3.1 Ordenación estructural: sociedades de personas y sociedades de estructura corporativa

En atención a su enorme capacidad explicativa, sobra decir que el criterio estructural es, en materia de sociedades, el criterio por excelencia. Con arreglo a éste es posible distinguir entre sociedades de personas y las sociedades de estructura corporativa que son, ni más ni menos, los

¹⁵ Artículo 119 Cc.: “Toda sociedad comercial constituye una personalidad jurídica distinta de la de los asociados”. Artículo 79 C.: “En los casos en que la autorización legal de los establecimientos fuere posterior a su fundación, quedará legitimada su existencia como persona jurídica desde el tiempo en que se verificó la fundación”.

arquetipos universales en esta parcela del derecho, tal y como lo corrobora su permanencia en el tiempo (*consortium y universitas*) y en el espacio (verbigracia: *partnership y corporation; société y association; Gessellschaft y Verein*).

Lo normal, en la doctrina que comparte nuestro idioma común, es hablar de sociedades de personas y de capitales. Aunque dicha denominación no es del todo desacertada, tampoco es completamente exacta, al menos conceptualmente hablando, en tanto que las sociedades de capitales tan solo son un subgrupo de las sociedades de estructura corporativa, caracterizadas por tener una disciplina del capital como cifra formal de garantía (por ejemplo, la sociedad anónima); de cuyo seno escapan, por ende, otros tipos de sociedades pertenecientes al género (verbigracia, al menos en derecho comparado, la asociación o la sociedad agraria de transformación).

Ahora bien, **las sociedades de personas** son las que se organizan atendiendo a un vínculo personal entre los socios y que, en buen grado, dependen de la individualidad de sus miembros. En otras palabras, el *intuitu personae* se erige en presupuesto clave para el nacimiento y puesta en marcha de la entidad, explicando, a su vez, los rasgos básicos de su configuración: en primer lugar, la imposibilidad de transmitir la condición de socio; en segundo término, la personalización de la organización (principio de unanimidad, disolución de la sociedad en caso de muerte, interdicción civil o insolvencia de uno de los socios, etc); en tercer lugar, administración descentralizada (autoorganicismo, falta de separación entre propiedad y gestión, no existe separación de órganos, entre otras); finalmente, comunicación patrimonial (responsabilidad personal e ilimitada de los socios, autonomía limitada del patrimonio social, etc.).

En nuestro ordenamiento los tipos sociales que se corresponden a esta estructura son la sociedad colectiva (o en nombre colectivo), la sociedad comanditaria simple y la sociedad civil.

Las sociedades de estructura corporativa se caracterizan, primordialmente, por la desvinculación existente entre la organización y las condiciones y vicisitudes personales de los socios. Además, las sociedades de estructura corporativa sobresalen: en primer orden, por la amplia movilidad de la condición de socio (libertad de entrada y de salida, libre transmisión de participaciones); en segundo lugar, por la estabilidad de la organización (régimen estatutario, principio mayoritario, objetivación de las causas de disolución, formalización de la organización, entre otras); en tercer lugar, centralización de la

administración (diferenciación de órganos, perfecta separación entre propiedad y gestión, heterorganicismo, etc.); en fin, aislamiento patrimonial (responsabilidad limitada de los miembros).

En el derecho patrio, corresponden a este modelo las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones. Fuera del ámbito mercantil se ubicarían también las cooperativas.

3.2. Ordenación funcional: tipos universales y tipos particulares

Este criterio hace hincapié en la finalidad de la sociedad. Así, bajo tal perspectiva funcional o causal se suelen distinguir entre tipos universales y particulares.

Los tipos universales son aquellos funcionalmente polivalentes, a saber, los que pueden utilizarse para todo tipo de actividad y sin perjuicio de los fines perseguidos (obviamente siempre que se trate de fines lícitos). Entre éstos encontramos la sociedad en nombre colectivo, la sociedad comanditaria y la sociedad anónima.

Por lo que atañe a **los tipos particulares**, han sido creados por el legislador atendiendo a una particular actividad o a la consecución de una finalidad más o menos específica. Ciertamente casi todos estos tipos, por no decir todos (al menos por lo que hace a nuestra legislación), huyen del ámbito estrictamente mercantil; así encontramos tipos pensados sólo para atender a finalidades mutualistas (la cooperativa) o no lucrativas (las asociaciones sin fines de lucro), sólo por citar algunos.

Finalmente, siempre desde la perspectiva funcional, cobra especial relevancia la distinción que hace nuestro ordenamiento entre *tipos mercantiles* y *tipos civiles*, misma de la que nos ocuparemos en lo sucesivo.

3.3. La Sociedad Mercantil. La mercantilidad de las sociedades

La mercantilidad de la sociedad es un asunto complejo que presenta dos vertientes. En primer término, la *mercantilidad objetiva* o *mercantilidad del tipo societario*, es decir, el problema de la sociedad como contrato. Aquí se hace referencia a las normas reguladoras del tipo societario, de tal forma que la sociedad se tildará de civil o mercantil según que su constitución, estructura y funcionamiento queden sometidos a la normativa que tradicionalmente se considera Civil (la contenida en el Código Civil -tipo general de la "sociedad civil"- y en la legislación civil especial -el tipo especial de las "asociaciones sin fines de lucro"-) o Mercantil (la contenida en la legislación mercantil, tanto el tipo general de la sociedad colectiva como los tipos especiales de la sociedad comanditaria, simple y por acciones, y de la sociedad anónima).

La segunda es la vertiente de la *mercantilidad subjetiva o mercantilidad de la sociedad como persona jurídica*. Obviamente, esta última sólo tiene sentido respecto de las sociedades externas o personificadas y nos ayudará a determinar qué sociedades tienen la condición de empresario y, por lo tanto, quedan sometidas a su estatuto. En contraposición, aquellas entidades que no merezcan la calificación de empresarios colectivos serán consideradas como sociedades civiles.

3.3.1 La mercantilidad objetiva

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 118, prescribe de forma categórica que *la Ley reconoce cinco formas o especies de sociedades mercantiles...*¹⁶.

La contundencia del primer precepto parece significar que la mercantilidad de la sociedad atiende, únicamente, al *criterio de la forma social*. Sin embargo, anclarnos en esa conclusión nos llevaría a negar el carácter mercantil de las sociedades que se dedican a una actividad empresarial sin adoptar expresamente un tipo mercantil o bien acogiendo el tipo de la sociedad civil (cuestión que como veremos es inadmisibile).

Por ello lo más sano es completar el criterio de la forma *con el criterio de la materia mercantil*, situación que nos conduce, necesariamente, a confirmar la mercantilidad de aquellas sociedades que tengan por objeto una actividad de corte empresarial. De hecho tal parece ser el verdadero espíritu del Código de Comercio, razón por la cual es posible afirmar que *la adopción de una forma o tipo mercantil se reserva al desarrollo de una actividad mercantil y, recíprocamente, el desarrollo de una actividad mercantil exige la adopción de un tipo o forma mercantil*.

Varios artículos del Código prueban, en efecto, que *la forma mercantil exige la materia mercantil*, en tanto que condicionan la adopción de un tipo social mercantil a la índole industrial o comercial de su objeto¹⁷; a

¹⁶ Pese a la declaración expresa de la norma, en realidad al día de hoy sólo son cuatro las formas o especies de sociedades mercantiles, en tanto que las sociedades cooperativas fueron "arrancadas" del ámbito mercantil, en virtud de lo dictado por la Ley General de Cooperativas de 6 de julio de 1971. La disposición del artículo 118 se termina de rematar con la disposición contenida en el artículo 120 Cc., en la cual se establece con claridad meridiana que *la Ley reconoce además de las sociedades propiamente dichas, la asociaciones comerciales momentáneas y en participación, sin atribuirles, no obstante, personalidad jurídica distinta de la de los asociados*.

¹⁷ En tal sentido resulta ilustrativo el artículo 169.4 Cc. por el cual se prohíbe a los socios de las colectivas "explotar por cuenta propia el ramo de industria en que gire la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquier especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio".

la inversa, otros tantos artículos del Código demuestran que *la materia mercantil exige un tipo mercantil*, en este último sentido resulta especialmente ilustrativo el precitado artículo 118, del cual se infiere fácilmente que las “sociedades mercantiles” (es decir, aquellas que tengan por objeto la ejecución de una actividad empresarial) se constituirán bajo alguna de las “formas o especies” mercantiles (colectiva, comanditaria simple, comanditaria por acciones, o anónima).

3.3.2 La mercantilidad subjetiva

La parte final del artículo 6 del Código de Comercio prescribe que son comerciantes “*las sociedades mercantiles o industriales*”. De nuevo, parece que la norma se inclina por seguir un criterio formal para atribuir la condición de empresario y, por ende, para determinar la mercantilidad subjetiva de la sociedad. Empero, la íntima conexión entre materia mercantil y tipo mercantil, que hemos puesto en evidencia en el ámbito de la mercantilidad objetiva, nos lleva a afirmar que el criterio decisivo para la atribución de la condición de comerciante radica, de igual manera, en el ejercicio de un objeto empresarial.

De hecho, si la norma en cuestión establece que son comerciantes las sociedades constituidas de conformidad a un tipo mercantil es porque presupone que dicho tipo sólo puede adoptarse para la explotación de una actividad “mercantil o industrial”. Únicamente de esta forma el Código asegura la coherencia entre la parte inicial y la final de su artículo 6. A tales efectos conviene tener presente que la primera parte de dicha norma sí que recoge expresamente el criterio material, en tanto que establece que “*son comerciantes los que se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esta industria*”; de tal forma que, dicho criterio coincide con el sentado indirectamente para la persona colectiva en la parte final del mismo artículo. En ambos supuestos, la atribución de la condición de comerciante depende en último término del ejercicio de una actividad empresarial.

En apoyo de la conclusión que aquí ofrecemos acude, en primer lugar, el artículo 20 Cc., cuyo tenor literal predica que “*...se reputan comerciantes, todos los que tienen abiertos almacenes, tiendas, bazares, boticas, pulperías, hoteles o fondas, cafés, cantinas u otros establecimientos semejantes; a las empresas de fábricas o manufacturas; a las empresas editoriales, tipográficas o de librería; a las empresas de transporte, fluvial o marítimo; a las empresas de depósitos de mercaderías, provisiones o suministros y seguros de toda clase; los bancos, casas de préstamo y agencias*

de negocio y de comisiones; y en general, a todos los que habitualmente ejecuten operaciones regidas por este Código”.

Por si no fuera suficiente, el artículo 3194 del Código Civil predica que *“las sociedades que se formen al mismo tiempo para negocios que sean de comercio y para otros que no lo sean, se tendrán como civiles, a no ser que las partes hayan declarado que quieren sujetarlas a las reglas de las mercantiles”*. Como se ve, la norma niega, como primera opción legislativa, el carácter mercantil de las sociedades que comparten dicha actividad con otra de carácter civil, lo que constituye un claro indicio de que la norma civil también da por sentado que la condición de comerciante depende, en última instancia, del ejercicio de una actividad enteramente mercantil.

A manera de síntesis de todo lo que llevamos dicho sobre la mercantilidad societaria podemos sostener que: son sociedades objetiva y subjetivamente mercantiles aquellas constituidas con arreglo a un tipo mercantil (criterio formal), pero únicamente pueden constituirse con arreglo a un tipo mercantil las sociedades que ejerciten una actividad empresarial (criterio material). Es la materia mercantil la que termina por determinar, en última instancia, la mercantilidad tanto objetiva como subjetiva de la sociedad. El sistema, aunque puede tildarse de elemental, es sencillo y directo porque vincula la mercantilidad del tipo y la mercantilidad del sujeto. Así, no puede haber sociedades mercantiles (reguladas por el Código de Comercio) que no sean empresarios (sometidas por ende a dicho estatuto) y, a la inversa, no caben empresarios colectivos que no sean, al menos en principio, sociedades mercantiles. Esta última conclusión habrá de matizarse en ciertos casos especiales.

3.3.3 La postura del Código Civil: apertura de los tipos mercantiles a las materias civiles

El Código Civil, en su artículo 3191, instituye que *las sociedades son civiles o comerciales, siendo comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio, y, por ende, las demás son civiles*. Acto seguido, en su artículo 3192, el mismo Código se encarga de decir que *las sociedades comerciales se rigen por el Código de Comercio; las civiles por el propio, pero podrá estipularse que aun las civiles se rijan por las reglas comerciales*. Como puede inferirse de lo que llevamos apuntado, el Código Civil viene a romper con el sistema instaurado por el Código Comercio, aunque, eso sí, las variaciones que introduce no son tan radicales, en tanto que la norma tan solo pretende poner al servicio del tráfico jurídico civil las estructuras organizativas del Derecho mercantil.

En otras palabras, el Código Civil viene a abrir los tipos mercantiles a la materia civil, de modo que la correlación existente entre la mercantilidad objetiva y la subjetiva se vendrá a romper en una sola dirección, precisamente en la medida en que no se permite que una sociedad mercantil adopte un tipo civil, permitiéndose tan solo que una sociedad civil adopte un tipo mercantil. Por tal razón, las sociedades que decidan acoger un tipo mercantil para el ejercicio de una actividad civil podrán tildarse como *sociedades mixtas*, a saber, sociedades objetivamente mercantiles (sometidas al Código de Comercio en lo que se refiere a la regulación del tipo social elegido) y subjetivamente civiles (en tanto no ostentan el estatuto jurídico de comerciantes).

3.3.4 Las sociedades objetivamente civiles y subjetivamente mercantiles

Un supuesto distinto al planteado por el artículo 3192 C., es el que se presenta con las denominadas sociedades mercantiles con forma civil. Se trata, normalmente, de sociedades constituidas con arreglo a un tipo civil, pero dedicadas a una actividad de corte empresarial. Así, habrá que considerar las siguientes posibilidades:

1. La comunidad de bienes constituida para la explotación de una actividad empresarial. Se trata de una figura jurídicamente imposible, debido a que el ejercicio de una actividad que pretende la consecución de un fin común, necesariamente determina, por mucho y que las partes intenten impedirlo, la constitución de una sociedad. Ahora bien, dado que la "sociedad" en cuestión ha sido concebida para sostener relaciones externas y desarrollar una actividad empresarial, ésta quedará, forzosamente, sometida al régimen de la sociedad colectiva, y no al de la comunidad de bienes, ya que el carácter general de aquél tipo societario, dentro del tráfico jurídico mercantil, lo obliga a absorber las manifestaciones atípicas.

2. La sociedad civil constituida para la realización de fines mercantiles. De nuevo, se trata de una modalidad jurídicamente imposible, ya que el ejercicio de la actividad mercantil no puede efectuarse sin el rigor y garantías de los tipos mercantiles. Como en el caso anterior, no habrá más remedio que considerar como sociedad colectiva a aquella sociedad constituida bajo la forma civil, pero cuyo objeto es mercantil.

3. La asociación civil sin fines de lucro que desarrolla una actividad mercantil. En línea de principio, sólo en este supuesto podemos hablar de una sociedad constituida conforme a un tipo civil para la explotación de un objeto mercantil, ello obedece a que, en estos casos, la realización

de la actividad empresarial tiene un carácter eminentemente instrumental. Pensemos en los abundantes casos de asociaciones civiles sin fines de lucro que se dedican a desarrollar una actividad microfinanciera en favor de aquellos segmentos de población que no tienen acceso a otras formas de financiamiento.

Habrà que apuntar con claridad los dos planos en que se proyecta la mercantilidad en estos casos. En lo que atañe a la mercantilidad objetiva, debe concebirse que la entidad no es de ninguna manera mercantil, sino civil, del tipo asociación y que, por tal razón, se somete a las reglas civiles en lo que tiene que ver con la regulación de su estructura y funcionamiento. Por lo que se refiere a la mercantilidad subjetiva, la solución es distinta, basta recordar lo que ya dijimos en el apartado dedicado al estudio de esta vertiente de la mercantilidad para percatarnos que la asociación ha de calificarse como empresario y, en consecuencia, debe quedar sometida a su estatuto. En apoyo de esta interpretación debe todavía tenerse en cuenta que el concepto positivo de comerciante no exige el ánimo de lucro como requisito *sine qua non*, mismo que, al menos formalmente, le falta a la asociación.

En fin, la asociación disfrutaría de un privilegio injustificado si pudiese ejercer una actividad empresarial sin someterse al estatuto jurídico del comerciante; lo que, como ya sabemos, acarrea ciertos deberes, en especial, por lo que hace al caso concreto, la llevanza de una contabilidad ordenada y la posibilidad de ser declarada en quiebra. Lo que no parece lógico exigir, al menos en el estado actual de nuestra legislación, es el deber de inscripción en el Registro Mercantil, que, en todo caso, requeriría de una habilitación legal expresa.

3.4 La cuestión del *numerus clausus* de los tipos societarios mercantiles

Líneas atrás dijimos que el artículo 118 del Código de Comercio deja bastante bien claro la tipología societaria imperante en nuestra materia, y a tal efecto prescribe que *la ley reconoce cinco formas o especies de sociedades mercantiles* (que en realidad sólo son cuatro por la derogación expresa del quinto tipo de sociedad en virtud de lo dispuesto por la Ley General de Cooperativas de 6 de julio de 1971), a saber: la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones.

La principal inquietud que se nos presenta es la que se refiere a si las partes disfrutan o no de la libertad para crear un tipo distinto a los diseñados por la ley. En otras palabras, si en materia de tipos societarios mercantiles cabe hablar de *numerus apertus* o de *numerus clausus*.

A nosotros nos parece que, en nuestro sistema jurídico, resulta más lógico decantarse por la tesis del *numerus clausus* atendiendo, en primer lugar, a la dicción literal del precepto (*la ley reconoce cinco formas o especies de sociedades mercantiles*) que no deja lugar para pensar que quepa un sistema de *numerus apertus*. A esta razón todavía habrá que sumar las exigencias derivadas de la seguridad del tráfico jurídico, ya que el principio del *numerus apertus* resulta altamente perturbador, en tanto que daría lugar a la proliferación de nuevas figuras societarias que, con toda seguridad, generarían tal suerte de problemas en el tráfico societario (principalmente la dificultad de determinar el Derecho aplicable en los casos no previstos por las partes) que lo colocarían al borde del colapso.

Otra razón adicional, esta vez de tipo sistemático, nos lleva a inclinarnos por un sistema de *numerus clausus*. Tal como está configurado el sistema positivo nicaragüense, lo razonable es interpretar que si las partes excluyen la aplicación de las normas que corresponden a un tipo especial, el tipo nuevo, forzosamente, tendrá que subsumirse dentro de la normativa de la sociedad general. Y como es evidente, resulta un contrasentido predicar la atipicidad del tipo genérico de sociedad, en tanto que sería contradictorio declarar atípica una sociedad que es sociedad. Ahora bien, en el ámbito estrictamente mercantil, en donde la sociedad colectiva es la sociedad general del comercio, la creación de un tipo distinto a los legalmente reconocidos, desembocará, al fin y al cabo, en su reabsorción por la colectiva. Pensar en otra solución llevaría a afirmar que los particulares pueden derogar a su antojo las normas individualizadoras e imperativas de los tipos societarios.

4. La Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles

4.1 Los atributos de la personalidad jurídica

4.1.1 El significado de la personalidad jurídica

Un poco más atrás dijimos que el artículo 19 del Código de Comercio establece la obligatoriedad de la inscripción de los comerciantes en el registro, de modo que los que no lo verificaren quedarán sujetos a una serie de penas, y por lo que hace a las compañías comerciales o industriales no inscritas, éstas no tendrán personalidad jurídica. De ello se deduce, en principio, que la personalidad jurídica de las sociedades nace con la perfección del contrato de sociedad y, además, de la correspondiente inscripción registral.

Sin embargo, también comentamos que esta solución debe ser matizada, al tenor de una coherente interpretación del artículo 119 Cc. (*toda sociedad comercial constituye una personalidad jurídica distinta de la de*

los asociados), que permite pregonar la eficacia de las relaciones internas de la sociedad, amén de una cierta personificación de la sociedad a los efectos de las relaciones externas que sostiene la sociedad irregular.

A ello todavía habrá que añadir que el nacimiento de la persona jurídica no significa que surja un nuevo sujeto de Derecho en sentido estricto, sino más bien de forma metafórica. En puridad, lo que acontece es que se aúna la actuación de las personas físicas que forman parte de la sociedad y se produce el aislamiento del patrimonio común. La personalidad jurídica se convierte así en un *mecanismo de imputación de derechos y obligaciones*, mecanismo que desemboca en los únicos y verdaderos sujetos de Derecho que pueden existir, los hombres, centro final de imputación. Como se observa, el uso del concepto “persona jurídica” simplemente economiza ese complejo proceso de explicación.

4.1.2 La denominación social o razón social

El primer atributo de la personalidad jurídica es la denominación social, los individuos que conforman una sociedad aparecen en la escena jurídica bajo un nombre común. De hecho, la denominación se caracteriza por cumplir una doble función en el tráfico: *identificadora y habilitadora*. Así, la denominación societaria permite, en primer lugar, identificar al grupo y, a la vez, le permite actuar como tal en el tráfico externo.

Por último, conviene recordar que la *denominación social* o *razón social* es cosa distinta al *nombre comercial* que no es más que el “signo distintivo” del establecimiento mercantil, en otras palabras, este último es el nombre con el que se distingue nuestro empresario de los demás empresarios que se dedican a ofrecer idénticos o similares bienes o servicios. Por ejemplo, la sociedad cuya *razón social* es “Pescanica, S.A.” puede explotar un establecimiento mercantil dedicado a la venta de pescados y mariscos al por menor, cuyo *nombre comercial* es “Delifish”.

4.1.3 La nacionalidad

En el ámbito de las personas jurídicas la nacionalidad tiene una significación particular: interviene como mecanismo de selección de las normas aplicables al contrato de sociedad en su doble dimensión, obligatoria y organizativa. Dicho en otros términos, la función de la nacionalidad, en nuestra materia, es la de seleccionar la llamada *lex societatis*, o sea, las normas heterónomas a que va a quedar sometida la sociedad.

De lo anterior se deduce que la nacionalidad no es propiamente un atributo de la personalidad jurídica, más bien se trata de un *prius* que la

antecede. Y es que para comprobar si ha surgido una persona jurídica debe saberse primero qué ordenamiento jurídico ha de determinar si ha sido así.

En general, existen dos principales modelos normativos de atribución de la nacionalidad, el de *constitución* o incorporación de la sociedad, que estima que la sociedad tiene la nacionalidad del estado conforme a cuyo derecho se ha constituido (o incorporado), y el del *domicilio*, que considera que una sociedad tendrá la nacionalidad del Estado en cuyo territorio radique su domicilio principal.

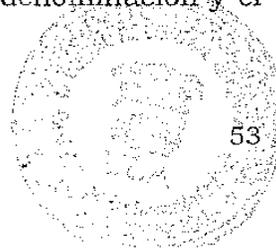
Por lo que respecta a nuestro país, parece ser que el criterio para la atribución de la nacionalidad a las sociedades es el de la constitución. Así se desprende, a falta de una regla más diáfana, de la lectura el artículo 10 del Código de Comercio, el cual deja claramente establecido que *las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que se establezcan en la República, o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio.*

No obstante, esa regla general parece matizarse al tenor de lo señalado por el artículo 339 Cc., el cual ordena que “las sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su comercio principal en la República con la mayor parte de sus capitales levantados en ésta, o que tengan en la misma su Directorio Central y la asamblea de socios, **serán consideradas, para todos sus efectos, como sociedades nacionales sujetas a las disposiciones de este Código**”. En otras palabras, en estos casos nuestro ordenamiento parece acoger el criterio del domicilio para la atribución de la nacionalidad societaria.

4.1.4 El domicilio

El domicilio de las sociedades es el lugar elegido por las partes, por vía contractual, para ubicar su actividad jurídica y a él liga el ordenamiento una serie de funciones, entre otras: es el lugar de reunión de la asamblea o de otros órganos sociales; el lugar de cumplimiento de las obligaciones; y el sitio para llevar a cabo notificaciones.

Como hemos señalado, lo normal es que el domicilio se consigne en el contrato social. Tal es sentir de los artículos 123 (“Las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, deberán contener para su validez: 5. El domicilio de la sociedad”) y 124 del Código de Comercio (“Las escrituras de sociedad anónima y de la sociedad en comandita por acciones, deberán contener para su validez: 2. La denominación y el domicilio de la sociedad”).



Por su lado, el artículo 34 del Código Civil prescribe que *el domicilio de las corporaciones, asociaciones, establecimientos bancarios y demás reconocidos por la ley, es el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que dispusieren sus Estatutos o leyes especiales, con tal que el domicilio que en ellos se determine, esté dentro de la demarcación territorial sujeta a este Código. Asimismo, el domicilio de las agencias o sucursales de compañías o instituciones extranjeras, respecto de las negociaciones verificadas en Nicaragua, será el nicaragüense; y se reputarán como sus representantes legales, los apoderados o agentes constituidos en la República.* De dicho precepto es posible extraer los principios que rigen la determinación del domicilio, los que a saber son: territorialidad, unidad y libertad.

Atendiendo al *principio de territorialidad*, el domicilio estatutario de una sociedad nicaragüense ha de estar localizado en Nicaragua, o como precisa la norma “dentro de la demarcación territorial sujeta a este Código”.

En virtud del *principio de unidad*, la sociedad se ve imposibilitada de establecer varios domicilios. Ello obedece, en primer lugar, a que el tráfico jurídico requiere de certidumbre acerca de la localización de las actividades societarias; y, además, a que las funciones que está llamado a desempeñar el domicilio son incompatibles con la posibilidad de desdoblamiento. Tampoco cabe admitir los domicilios rotatorios (por ejemplo, que durante los primeros seis meses del año el domicilio esté ubicado en León y durante los restantes seis meses se ubique en Chinandega), ya que tal evento contradice el principio de estabilidad que responde a las mismas exigencias de certeza que el de unidad.

Por último, el *principio de libertad* permite que los socios puedan fijar el domicilio social en función de su conveniencia, de modo que no se exige que éste coincida con un centro de intereses efectivos de la sociedad (*domicilio real*). Tal es la intención del precitado artículo 34 cuando establece que *el domicilio es el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que dispusieren sus Estatutos o leyes especiales, con tal que el domicilio que en ellos se determine, esté dentro de la demarcación territorial sujeta a este Código.*

4.2. Límites y abuso de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. La doctrina del levantamiento del velo

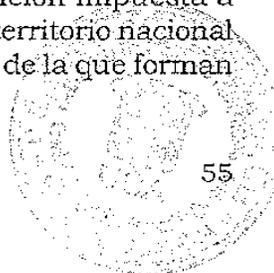
La doctrina habla de *grados de personificación jurídica* para referirse a las diferencias existentes entre las sociedades personalistas (en las que los socios responden, aunque de forma subsidiaria, personal e ilimitadamente por las deudas societarias) y las de capitales (en las que

los socios no responden por dichas deudas). Sin embargo, en todos los casos es posible diferenciar, perfectamente, el patrimonio societario y los patrimonios particulares de los socios, lo mismo que las relaciones jurídicas de la sociedad y las de éstos, situación que da lugar a la separación jurídica entre sociedad y socios.

Empero, mantener a ultranza esa separación entre socios y sociedad puede conducir, en ocasiones, a situaciones contraproducentes. Dicho de otra forma, el "abuso de la personalidad jurídica de la sociedad", para la consumación de algún tipo fraude, podría escudarse bajo la alegación de que los socios son terceros extraños respecto de la sociedad, al gozar ésta de personalidad jurídica independiente. Los ejemplos más vívidos de "abuso de la personalidad jurídica" son: la constitución de sociedades capitalistas mediante "testaferros"; la atribución de gastos personales a la sociedad para eludir la propia responsabilidad fiscal; la constitución de sociedades por personas que tienen prohibición de comerciar o que no desean que se conozca su intervención; la creación de sociedades nacionales por extranjeros con el fin de eludir ciertas normas o la prohibición directa de comerciar; la constitución en cadena de grupos de sociedades con participaciones recíprocas para debilitar sus respectivos patrimonios, entre otros.

Con todo, la doctrina ha reconocido en esos casos la necesidad de "levantar el velo" de la persona jurídica para decidir en función de la realidad sustancial. La doctrina del levantamiento del velo encuentra su fundamento dogmático en el deber de ejercitar los derechos de buena fe, en la prohibición del abuso de derecho, y en el fraude de Ley. Lo que en realidad se procura es penetrar el sustrato de la personalidad jurídica y arremeter contra lo que se esconde detrás, en defensa de los intereses de terceros; guardando en todo caso el carácter de *ultima ratio* que debe tener esta técnica, por sus importantes consecuencias sobre el principio de seguridad jurídica.

Para algunos autores la articulación de los principios generales en los que se funda la técnica del levantamiento del velo no está exenta de una marcada dosis de incertidumbre. Por ello, según esta línea de pensamiento, para solucionar estos casos realmente no hace falta levantar el velo, será suficiente, la mayor parte del tiempo, con analizar la finalidad de la regla externa objeto de aplicación para concluir que resulta extensible a la sociedad. Esto lo que se denomina *extensión de la imputación*, así, por ejemplo, entenderemos que se viola la prohibición impuesta a los extranjeros para comprar determinados terrenos en territorio nacional cuando son adquiridos por una sociedad nicaragüense de la que forman parte exclusivamente tres socios hondureños.



Otras veces, especialmente en el caso de las sociedades de capitales, habrá que acudir a la aplicación de fundamentos autónomos de responsabilidad, frecuentemente vinculados a la contravención de normas internas. Fenómeno conocido comúnmente como *extensión de la responsabilidad*. Así acaece, por ejemplo, en las situaciones de confusión del patrimonio social con el del socio que ejerce como administrador de hecho, es decir, aquél que gira instrucciones que son obedecidas por el administrador formal. En tales casos le serán aplicables a dicho socio las normas sobre responsabilidad de los administradores.

4.3. Sociedades internas

La sociedad interna es aquella en la que los efectos organizativos del contrato de sociedad han quedado excluidos, de modo que la sociedad sólo tiene efectos obligatorios. En otras palabras se trata de una sociedad constituida como un simple vínculo obligatorio sin trascendencia al exterior. En realidad, la eficacia de las sociedades internas se despliega entre quienes la conciertan, de tal forma que como no pretenden sostener relaciones externas unificadas bajo una razón social común, ni tampoco constituir un patrimonio aislado, es lógico que no gozan de personalidad jurídica.

Nuestro ordenamiento reconoce dos tipos de sociedades internas en el Derecho Mercantil, las cuales denomina asociaciones comerciales: *las asociaciones momentáneas* (entidad que guarda importantes similitudes con las conocidas en otros ordenamientos como agrupaciones y uniones temporales de empresas) y *las asociaciones en participación*, "llamadas también cuentas en participación". Ambas son reguladas, muy elementalmente por cierto, en los artículos 329 y siguientes del Código de Comercio.

No obstante el reconocimiento positivo de esos dos tipos de "asociaciones comerciales", en el tráfico mercantil actual abundan variopintas manifestaciones de sociedades internas, basta citar, a manera de ejemplo, los cárteles y los sindicatos de votos, los consorcios de emisión de valores, los créditos sindicados, los *holdings* en forma de copropiedad y las sociedades de comunicación de ganancias. Con todo, en perspectiva eminentemente jurídica, estas sociedades no pueden reputarse como sociedades mercantiles, ya que los tipos mercantiles generales, incluido el de la sociedad colectiva, son tipos de sociedades externas. El carácter interno de este tipo de sociedades las convierte en atípicas y, por ende, activa la función residual de la sociedad civil.

Dicho de otra forma, las sociedades internas, con excepción de las asociaciones momentáneas y las asociaciones en participación, serán, en todo caso, sociedades objetivamente civiles, sujetas por tal razón al régimen societario del Código Civil. Por lo que atañe a la mercantilidad subjetiva esta no pasa de ser una entelequia, en tanto que esta clase de sociedades, al tratarse de un mero conjunto de relaciones obligatorias, no llegan en ningún momento a personificarse.

Por lo que respecta al régimen jurídico general de las sociedades internas, la segunda parte del artículo 3185 declara que *esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes*, lo que vendría a excluir, en el plano obligatorio, la aplicación del Derecho de Sociedades. No obstante, interpretando correctamente el precepto, lo que se quiere decir es que en el sustrato patrimonial la sociedad interna se estructura como comunidad de bienes. Así, el Derecho de Sociedades vendría a aplicarse a este tipo de sociedades, aunque, eso sí, de manera muy selectiva, ya que no podrán aplicarse aquellas normas que presupongan una organización para actuar en el tráfico.

4.3.1. Las Asociaciones Comerciales: Asociación momentánea y Asociación en participación o cuentas en participación

Ya dijimos que el Código de Comercio reconoce dos especies de “asociaciones comerciales”: la asociación momentánea y la asociación en participación, las cuales, según la letra del artículo 120 Cc., no ostentan *personalidad jurídica distinta de la de los asociados que las conforman*, por lo que habrán de tildarse de sociedades internas, según la explicación ofrecida en el apartado precedente.

Los orígenes de la asociación momentánea y de la asociación en participación se encuentran en la antigua *commenda*, institución que suponía la suma de aportaciones y, ocasionalmente, de servicios para participar en las ganancias que se obtuvieran de una actividad o empresa, pero limitando el riesgo de pérdida de cada miembro a lo que hubiese aportado.

La asociación momentánea, según el dato positivo, es una sociedad interna que tiene por objeto ejecutar, sin razón social, una o varias operaciones determinadas de comercio, obligándose solidariamente los asociados para con los terceros con quienes contratan¹⁸.

¹⁸ Artículo 330 Cc.

Por su parte, **la asociación en participación** es una sociedad interna y de colaboración económica, por medio de la cual uno o varios sujetos aportan dinero u otros bienes a otro, con la intención de participar en los resultados de la actividad que éste lleva a cabo, enteramente en su nombre y, al menos de forma aparente, por su única cuenta¹⁹. Esta fórmula asociativa es muy extendida entre empresarios que desean participar en la puesta en marcha de una actividad de gran valor sin exteriorizar su unión o colaboración; o para especular en Bolsa; o como instrumento para la concentración de empresas; o para que un particular emprenda una inversión de rentabilidad superior a lo normal, aportándola a un empresario mercantil; o para mantener oculta la participación, en una actividad empresarial, de personas o entidades que no quieren, no pueden o no deben aparecer externamente en estas actividades.

La asociación en participación es un negocio jurídico de gran utilidad por tres razones esenciales: en primer término, porque permite ocultar la participación de una o varias personas; en segundo lugar, porque permite la participación de éstas en los beneficios que de ella se obtengan; finalmente, porque no precisa de formalidad alguna para su estipulación²⁰. Dicha sociedad interna otorga importantes ventajas respecto a otros contratos análogos: frente a la sociedad externa, permite que la relación de colaboración se mantenga oculta, ya que al no existir una organización colectiva posee un régimen jurídico menos rígido que aquélla; en relación al préstamo, porque en caso de fracaso no obliga a restituir la cantidad aportada, ni a pagar intereses, pero en caso de éxito permite una mayor participación en los resultados prósperos.

Por lo que se refiere al contenido del contrato, este es un negocio consensual, al igual que las asociaciones momentáneas, que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades del gestor y del partícipe, sin que tengan que seguirse ningún tipo de formalidades²¹. El contrato hace surgir complejos efectos jurídicos, por lo que conviene distinguir entre las relaciones internas (sostenidas entre gestor y partícipe) y las externas (entre gestor y terceros).

¹⁹ Artículo 331 Cc.: "La asociación en participación llamada también cuenta en participación, es aquella por la cual se interesan una o más personas en operaciones mercantiles que ejecutan en su propio nombre una o varias, en beneficio de todas. Los partícipes, si el que contrata constituye una sola entidad jurídica, no tienen responsabilidad alguna en relación con el tercero".

²⁰ Artículo 333 Cc.: "Estas sociedades no están sujetas a las formalidades prescritas para la formación, modificación, disolución y liquidación de las otras sociedades; y se pueden probar por todos los medios de prueba admitida para los contratos comerciales".

²¹ Artículo 332 Cc.: "Unas y otras asociaciones se regirán, salvo lo dispuesto en este Capítulo por lo convenido entre las partes".

Las relaciones jurídicas entre gestor y partícipe se rigen por lo pactado por las partes en el contrato de que se trate, y en su defecto, dada la similitud con las relaciones que surgen entre los socios colectivos y comanditarios, cabría aplicar, por analogía, las reglas propias de la sociedad comanditaria.

El partícipe asume dos obligaciones básicas, una de carácter positivo y otra negativa. La primera consiste en realizar su aportación, la segunda lo obliga a no inmiscuirse en la gestión del negocio. Del sistema seguido por la norma positiva, se infiere que lo aportado pasa al dominio del gestor, no creándose un patrimonio común. Ahora bien, una vez satisfecha la obligación de aportación, como en toda sociedad, el gestor no puede exigirle mayores aportaciones. Sin embargo, si el partícipe incumple la aportación prometida, sea total o parcialmente, el gestor puede exigirle su cumplimiento, en tanto que los terceros acreedores del gestor no tendrán derecho a ejercitar acción directa de ninguna clase contra el partícipe, y sólo podrán hacerlo en caso de que el gestor cediese sus derechos en su favor. Por lo que atañe a la obligación del partícipe de no inmiscuirse en la gestión, ésta se desprende de lo señalado en el artículo 331 Cc. Cuando mucho, es posible interpretar que el partícipe podrá ejercitar el derecho de información que corresponde al socio comanditario.

Por su parte, el gestor asume una serie de obligaciones: **1.** Reservar la participación recibida para emplearla en el objeto pactado, sin posibilidad de desviarla de él ni apropiársela para otros fines. **2.** Explotar el acto o actividad pactada con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Todo ello será llevado a cabo por el gestor en su propio nombre y bajo su responsabilidad personal, sin posibilidad de utilizar una razón social común a los partícipes. **3.** El gestor se obliga a hacer participar de los resultados prósperos o adversos obtenidos, debiendo, a tal efecto, rendir cuenta justificada al partícipe. Lo normal es que la participación en los beneficios atienda a lo pactado, y en su defecto al valor de la inversión del gestor y partícipe en el negocio, lo que, como es lógico, no siempre es fácil de averiguar con total exactitud. Por lo que hace a las pérdidas, recordemos que el gestor compromete su patrimonio de forma ilimitada y personal, en cambio el partícipe no se involucra en las pérdidas más allá de su aportación (según se desprende de lo establecido por el artículo 331 Cc. y, por analogía, del régimen jurídico aplicable al socio comanditario). Finalmente, el gestor deberá rendir cuentas al partícipe según lo pactado. Si no hay pacto expreso en tal sentido, y si la relación se circunscribe a un mero acto, deberá rendir

cuentas una vez terminada la operación; en caso de que las relaciones sean largas o indefinidas, lo más lógico es que se rindan cuentas anualmente. 4. Cuando concluya el negocio el gestor deberá devolver la aportación al partícipe, normalmente atendiendo al principio nominalista. Si se pactó que sólo al final del negocio se liquidasen las ganancias o pérdidas, habrá que incrementar o reducir en tal proporción, según el caso, el monto de la aportación.

Hemos dicho en más de una oportunidad, que el Código de Comercio exige que sea el gestor el que explote la actividad, objeto del contrato, en su nombre y bajo su responsabilidad. De modo que, en armonía con su carácter de sociedad interna, la asociación en participación ha de mantenerse reservada, sin exteriorizarse. Así, en el plano de las relaciones jurídicas entre el gestor y terceros, estos últimos no perciben realmente la existencia de dicha asociación, en caso contrario perderá ese carácter, interpretándose, por ende, que nos hallamos ante una sociedad colectiva.

Como puede fácilmente notarse, la administración y representación corresponde al gestor, quien adquirirá la condición de empresario, cuando así resulte de la ejecución del contrato y, además, sólo éste podrá actuar contra los terceros con los que contrató, y por supuesto éstos contra él, sin en que en todo ello tenga intervención el partícipe.

Por lo que hace a la extinción del contrato, éste se tendrá por terminado atendiendo a las siguientes causas: por acuerdo de los contratantes (*mutuo disenso*); por cumplimiento del plazo estipulado; por denuncia del contrato por cualquiera de las partes, siempre que concurra justa causa en los contratos por tiempo determinado, y aun sin la concurrencia de ésta, en los casos en que se celebre por tiempo indeterminado; por muerte o quiebra del gestor; o por imposibilidad o conclusión del objeto para cuya realización se constituyó la asociación en participación.

DERECHO DE SOCIEDADES

BIBLIOGRAFÍA: AAVV, *Derecho Mercantil*, coordinación por Guillermo J. Jiménez Sánchez, sexta edición corregida y puesta al día, Ariel Derecho, Barcelona, 2000; BARRERA GRAF, Jorge, *Temas de Derecho Mercantil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983; BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, 11ª edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, Tecnos, Madrid, 2002; BRUNETTI, Antonio, *Sociedades Mercantiles*, editorial jurídica universitaria, México, 2001; CHULIÁ, Francisco Vicent, *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª edición, tirant lo blanch, Valencia, 2004; GARCÍA RENDÓN, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, Harla, México, 1993; GARRIGUES, Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Volumen 1, Madrid, 1964; GARRIGUES, Joaquín, "Teoría general de las sociedades mercantiles (I)" en *Revista de Derecho Mercantil*, 1974, pág. 7ss.; GARRIGUES, Joaquín, "Teoría general de las sociedades mercantiles (II)" en *Revista de Derecho Mercantil*, 1974, pág. 181ss.; GARRIGUES, Joaquín, "Teoría general de las sociedades mercantiles (III)" en *Revista de Derecho Mercantil*, 1976, pág. 519ss.; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, tercera edición, revisada y puesta al día, tecnos, Madrid, 1995; MARZORATI, Oswaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1993; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil*, Volumen I, Vigésima cuarta edición, McGraw-Hill, Madrid, 2002; URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, vigésimo cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 1997; URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999; VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Tratado de las Sociedades*, editorial jurídica de Chile, Chile, 1995.