

JOINT VENTURES
Efraín Hugo RICHARD

Abstract: El nuevo Código Civil y Comercial Argentino regula nuevas formas de negocios en participación: “Artículo 1448.- Definición. El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público”, y Artículo 1531 “Las reglas de este Capítulo (del préstamo o “Mutuo”) se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que: a) la tasa de interés consiste en una parte o porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos; el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuario; c) el mutuariodebe dar a los fondos un destino determinado”. Se estimula así un capitalismo emprendedor, generador de trabajo y riqueza.

Palabras claves: negocio en participación – préstamo participativo – actividad en participación

Abstract: The new Argentine Civil and Commercial Code regulates new forms of joint ventures: “Article 1448. Definition: The purpose of the joint venture is for one or more set transactions to occur by means of joint contributions and in the name of the administrator. The joint venture does not have a denomination, nor is it subject to requirements of form or registration in the Public Registry;” and Article 1531, “The rules of this Chapter (on the loan or “Mutual Agreement”) are applicable even if the mutual agreement contains clauses that establish that: a) the interest rate comprises, in part or percentage, the profit from a business or activity, or is calculated at a variable rate based on said profit; the lender is entitled to interest or to recover its capital only from the profit resulting from a business or activity, but is not entitled to collect on other assets belonging to the borrower; c) the borrower must put the funds toward a predetermined end.” This stimulates entrepreneurial capitalism, thus generating work and wealth.

Key words: joint venture - participation loan - joint activity

1. Ante la promulgación del Código Civil y Comercial que comenzaría a regir el 1° de Enero de 2016 en nuestra República Argentina, formalizamos una breve nota en torno al negocio en participación, antes también llamado sociedad accidental, uno de los que integran los que hemos referido como relaciones de organización.

Las relaciones de organización son aquellas de potencial duración en las que las partes tienen la misma posición (partícipes, socios, etc.) aunque pueden tener diferentes derechos, personificadas o no, respondiendo a disposiciones normativas o a la autonomía de la voluntad, normalmente vinculadas a la actividad empresarial y a la continua creación de técnicas de perfeccionamiento de la gestión, apuntando que la autonomía de la voluntad puede pergeñar nuevas formas dentro de esos marcos.

Lo afrontábamos como parte del “Derecho Privado Patrimonial Negocial”, y la novedad hoy es que la República Argentina ha promulgado la ley que genera ese nuevo Código Civil y Comercial, donde pueden verse importantes avances en esta materia, incluso en la nueva Ley General de

Sociedades¹.

Sigue siendo actual y oportuna la cita de Ascarelli, hecha en 1952 en sus "Studi": "En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales"².

2. Las relaciones de organización tienden a regular relaciones de duración que, aunque convenidas entre dos personas, pueden generar efectos respecto de terceros.

Los contratos pueden ser clasificados (por los efectos entre las partes y por la causa que genera las obligaciones objeto del contrato) entre contratos de cambio y de colaboración³.

El género sería el de los contratos de colaboración, o (como contrapuestos a los de cambio), pues su función es la de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato, ese fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, una utilidad a conseguir y partir (entre estos el contrato normativo, el mandato, licencia, franchising). Este puede ser la forma de identificar la existencia de "finalidad común"⁴.

La expresión "el patrimonio como prenda común de los acreedores" y la idea de un único patrimonio por persona (CCA) sufren serios embates. La sociedad o la empresa unipersonal, los fondos fiduciarios o fideicomisos, y el patrimonio de defensa son prueba de ello. En este último aspecto adviértase que se excluye de esa prenda común al bien de familia o directamente a la vivienda única, los elementos para desarrollar la profesión artesanal y una porción alimentaria de los ingresos.

Las partes pueden tener motivaciones diferentes, pero unifican su acción en la elección de un medio común para satisfacer sus personales necesidades. El nudo funcional, o de fin común, o carácter común de la relación aparece como fundamental⁵.

Tienen especial rol los negocios en participación, como por ejemplo en el moderno derecho italiano –en su reciente reforma societaria- con nueva fuerza configura ese negocio múltiple en

1 RICHARD, Soledad "El régimen de las sociedades no regulares en el Anteproyecto de Reforma", en Doctrina Societaria y Concursal, suplemento especial Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial, Editorial Errepar, Buenos Aires 2012, pág. 71.

2 Citado por FARGOSI, Horacio P., "Derecho comercial del siglo XXI" en Código de Comercio, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 1, página 127.

3 La Exposición de Motivos de la ley 22903 llama a los nuevos contratos de "colaboración", Spota se refiere a ellos como aquellos en los cuales media una función de cooperación para alcanzar el fin que ha de determinar el advenimiento del contrato, entre los cuales se indican el mandato, el contrato de obra, la locación de servicios y la sociedad (Alberto G. Spota "Instituciones de Derecho Civil. Contratos" Bs.As. 1975 T.I p.124, conforme el punto de vista de la clasificación de la función económica y social). Dentro de los contratos de cooperación parece adecuado la finalidad de organizar grupos o categorías, o estructuras.

4 PEDROL, Antonio Pedrol La Anónima Actual y la Sindicación de acciones, Madrid 1969, en torno a su naturaleza, refiriéndose al contrato plurilateral asociativo, tratando la sindicación de acciones, determina como género el contrato con más de dos partes en el que las prestaciones de cada una están dirigidas a la obtención de un fin común (art. 1420 C.C.I.), y como especies, por una parte los contratos de asociación u organización, y dentro de ésta especie, como una sub especie el de sociedad, y como otra subespecie el de sindicación.

5 FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, Luis La atipicidad en derecho de sociedades, Ed. Pórtico, Zaragoza; p. 298 y ss., específicamente p. 304. Nto. Organización Asociativa cit., pág. 136.

sociedad anónima para posibilitar diversos emprendimientos, lo que era ya posible en Argentina⁶, y que el CCC refuerza en las modalidades del mutuo en su art. 1531.

3. LOS CONTRATOS DE COLABORACION, como en las sociedades, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, no existiendo disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica, aunque se generan fondos comunes operativos, centros imputativos especiales.

El contrato asociativo (como se decidió llamarlo en el CCC) es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad.

En esa posición aparecen los contratos en participación. Se destacan los de colaboración o cooperación y los de cambio con cláusulas de resultado, contratos "con" participación o "de" ("en") participación⁷. En este último hay participación en las utilidades sin configurarse sociedad. El primero es el negocio parciario, donde se genera co-interés en el resultado del negocio, como por ejemplo en la aparcería donde no hay aportes comunes ni participación en las pérdidas y el resultado no surge de la actividad coordinada sino de la actividad de una sola de ellas. Así un préstamo puede convertirse en un negocio participativo, determinándose el interés por la utilidad del negocio a que se aplicó (art. 1531 CCC). Ello no es negocio en participación donde puede perderse el capital, sino negocio parciario⁸, aunque los motivos hoy pueden condicionar, según el pacto, la propia devolución del capital, conforme al texto reproducido en el sumario introductorio.

4. El Cap.16, denominado Contratos asociativos, en su Sec.1ª contiene disposiciones generales. Contrastando con la definición de sociedad, no se definen estos contratos, que son encasillados por la "comunidad de fin que no sea sociedad", por lo que "no se les aplican las normas sobre la sociedad" ni las de "personas jurídicas", en norma repetitiva y de carácter docente (art. 1442 CCC), descartando su aplicación a "las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria", a las que también se excluye aplicar las normas "de la sociedad".

El informalismo es aceptado en el Art. 1444 CCC, aunque en la realidad debe descartarse la posibilidad de inexistencia de base documental. La actuación de hecho impone hoy, frente a disposiciones impositivas, ciertas declaraciones o formalizadas, como la obtención de un CUIT⁹ – analizado para las UTE, al descartar la personificación de las mismas por normas impositivas-¹⁰. El Art. 1445 CCC dispone la previsión de representación voluntaria descartando personalidad jurídica

6 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo ponencia al XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA "Algunas aportaciones a la problemática de la financiación; acciones relacionadas, acciones vinculadas o tracking stocks."

7 Nto. Organización Asociativa Editorial Zavalía, pág. 136, Buenos Aires 1994.

8 Cfr. "Negocio en común en la Unificación del Derecho Privado: los Contratos de Participación y las Sociedades" en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, nº 1 Vol. I año 1993, nueva serie, pág. 47 y ss..

9 Clave unificada de identificación tributaria, necesaria para iniciar cualquier actividad.

10 Relaciones de Organización. Sistema de contratos de colaboración, cit. ; ESPER, Mariano "Las uniones transitorias de empresas como sujeto pasivo de obligaciones tributarias. Una cuestión espinosa", en SUMMA SOCIETARIA cit. tomo IV pág. 4743, reproduciendo RDCO 2006-B-473.

(art.342 CCC¹¹), permitiendo la posibilidad de pactar que se vinculen los partícipes con terceros, a través de un representante común de cada uno de ellos o de la “organización común”, impidiendo una legitimación pasiva o activa de los partícipes.

La realidad de los negocios y la inventiva empresaria no puede encorsetarse en los negocios típicos de organización que se prevén –que no son distintos a los disponibles actualmente, aunque se perfeccionan las figuras, por lo que en el ARTÍCULO 1446, se autoriza la “libertad para configurar estos contratos con otros contenidos”. Se rescata el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual, sin que ello afecte derechos de terceros, basados en los arts. 1197 y 1199 CCA.

5. Apuntamos “SOBRE EL NEGOCIO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN (association commercial en participation)¹², que en diversos países se consideró a la asociación en participación, un contrato especial o de colaboración, como cuentas en participación, sociedad accidental o momentánea, contrato de colaboración, negándoles siempre categoría societaria personificada. Esta orientación fue generada por el Código de Comercio Francés de 1807, el Español de 1829 que emplea las expresiones socio y sociedad para referirse al gestor, al partícipe o a las propias cuentas, al que lo reemplazó en el año 1885 donde ya formaliza una regulación específica al margen de la regulación general de las sociedades mercantiles¹³, el Portugués de 1889. De aquella influencia no excluimos al Código de Comercio Argentino de 1860 (arts. 395 al 402) para la Provincia de Buenos Aires y luego en su publicación de 1889 para toda la República.

Durante la etapa anterior al Código Francés de 1807, en ese país ya existían sociedades “ocultas o no ostensibles” que se denominaban “sociedades anónimas”, antecedentes de la que se denominó en ese Código “association commercial en participation”¹⁴, pero que ante la falta de normas muchas veces se confundía con la sociedad en comandita, y la relatividad de la responsabilidad o no de los socios o partícipes¹⁵.

Aparecían difusamente cuatro variedades: 1. la cuenta en participación correspondiente a la relación en virtud de la cual un negociante recibía una mercancía y otro participaba en los beneficios o pérdidas que resulten de su venta; 2. la relación entre varios negociantes para importar y vender mercancías en circunstancias excepcionales, encargándose uno de ellos de realizar las operaciones, el cual es el único conocido por el público; 3. la sociedad formada en las ferias para no hacerse concurrencia en las ofertas de precios y repartirse las mercancías en una proporción convenida; y 4. un acuerdo entre comerciantes que han acaparado diversos productos

11 CAPÍTULO 8 Representación SECCIÓN 1ª Disposiciones generales ARTÍCULO 358.- Principio. Fuentes. ... La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.

12 Publicado en y con el título: “Sobre el negocio de cuentas en participación”, en el libro AAVV “Bicentenario del Código de Comercio Francés” Editado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Coordinadores Alfredo Morles Hernández y Irene de Valera, Caracas 2008, pág. 1081 a 1136.

13 GUAL DALMAU, María Asunción Las cuentas en participación, Editorial Civitas Madrid 1993, pág. 90.

14 LEVY-BRUHL, Henry Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles. París 1938, págs. 40 y ss..

15 El A. citado en nota anterior refiere una decisión de la Corte de Casación de 28 Germinal, año XI, admitiendo que un acreedor acciones y haga condenar a un socio de la “société anonyme” con el cual no había contratado (pág. 179).

para cederlos a un precio convenido entre ellos¹⁶.

Sin duda son las dos primeras formas las que dan origen al negocio de cuentas en participación.

Lo que aparece como caracterizante de esta *société anonyme* es su carácter de oculta o que no se manifiesta ante terceros como tal sociedad, sin nombre por no ser conocida de nadie y porque no interesa al público, no representando los negocios obligaciones para los socios sino exclusivamente para aquél que contrataba. La Ordenanza francesa de 1673 no menciona la referida relación ni ninguna otra forma equivalente, pero al no prohibirlas seguían existiendo en la práctica.

El texto original del Código de Comercio Francés de 1807 fue reformado por la ley del 24 de junio de 1921 reconociendo explícitamente a estas asociaciones el carácter de sociedades (art. 40 del Código de Comercio). Allí se inició otra discusión sobre la participación era únicamente para unas operaciones determinadas o podía ser para un negocio permanente, admitiendo ambas eventualidades la jurisprudencia y doctrinas recientes.

Ese reconocimiento del carácter de “sociedad” impone referirse a dos criterios de “sociedad”.

Esa concepción genérica es tanto mayor cuanto menos requisitos se exigen para configurar la relación societaria, los que -en esa concepción amplia que engloba a la sociedad anónima o sociedad en participación- podrían concretarse como:

1. fin, finalidad u objeto común o autónomo,
2. actividad negocial u origen negocial, no legislativo¹⁷.

Se corresponde este criterio a aquellos que denominan como sociedad a lo que el mismo Vélez Sársfield ya descartaba en su nota referida y transcripta al art. 1648 C.C.A. (Código Civil argentino vigente hasta el 31 de diciembre de 2015)

El nudo funcional, o de fin común, o carácter común de la relación aparece como fundamental¹⁸. Ese fin común no es sólo el medio o sociedad, sino la actividad funcional y el resultado, la participación en el beneficio a alcanzar con determinado negocio. Son los llamados negocios participativos, sociedad en participación, etc., que algunos involucran como asociativos. En ellos pueden darse modalidades de explotación de derechos de propiedad industrial, formas de edición, subparticipaciones o sociedad con el socio, comunidades de intereses convenidas en relaciones de coordinación de empresas, algunas figuras de explotación agrícola y ganadera, en actividades de gestión, arrendamientos, explotación de empresas ajenas¹⁹.

Se deja así la advertencia que el uso de la palabra sociedad abarca, normativa o doctrinariamente, supuestos no personificados. Así, en nuestro comentario se entrecruzarán, reiterativamente, la distinción entre sociedad en sentido estricto y en sentido lato, con cierta equivalencia entre la sociedad persona y una simple relación contractual, con las consideraciones

16 SAVARY *Le parfait negociant* 2ª parte pág. 25, citado por SOLÁ de CAÑIZARES, Felipe *El contrato de participación en el derecho español y el derecho comparado*, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, pág. 7.

17 Nto. *Sociedad y contratos asociativos* Ed. Zavalía, Buenos Aires 1989., pág. 124.

18 FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, Luis *La atipicidad en derecho de sociedades*, Ed. Pórtico, Zaragoza; p. 298 y ss., específicamente p. 304...El tema de la identidad causal del acto constitutivo de sociedad pone en juego, en primer término, el problema de la validez dogmática del fin común como medio de individualización de los fenómenos asociativos en sentido amplio y, dentro de éstos, del contrato de sociedad.

13. Nto. *Organización Asociativa* cit.

en torno a la naturaleza del acto constitutivo de una sociedad, y los intereses contrapuestos con la finalidad común.

Vélez descarta el criterio amplio de sociedad sostenido por Durantón, abriendo campo así al concepto de contrato asociativo.

Debemos recordar que desde Ascarelli se distinguía entre el contrato de sociedad y la sociedad persona.

B. La sociedad en sentido estricto.

Contrato la concepción de sociedad en sentido lato con el criterio estricto de sociedad, que podría caracterizarse por los siguientes elementos:

1. la manifestación externa,
2. la constitución de un patrimonio común o autónomo,
3. la durabilidad,
4. el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación.
5. actividad u origen negocial.
6. organización o forma organizada,
7. reconocimiento legal de personalidad,
8. que se agregan, obviamente, al fin u objeto común.

Estos son los aspectos centrales para determinar cuando una relación configura sociedad de hecho, sociedad en sentido estricto y no una "sociedad" accidental o negocio en cuentas en participación.

Para que exista sociedad en el derecho argentino (sentido estricto) debe existir una relación de duración, exteriorizada, con pluralidad de personas, de origen negocial, con aportes que constituyan un patrimonio separado del de los socios (principio de división patrimonial), con una organización diferenciada aunque fuere mínima²⁰ y actuando en "forma organizada" conforme las figuras reconocidas que permitan contraer derechos y obligaciones imputables diferencialmente a ese patrimonio autogestante, a través del cual los socios podrán pretender se generen utilidades, soportando el riesgo conforme a la forma jurídica²¹.

Y si bien Vélez (con Acevedo) incluyó la terminología "sociedad" en torno a la sociedad en participación, no tenemos duda que ello representó una tendencia en la época, y que el Codificador si bien usó asistemáticamente la denominación de sociedad, en forma contraria a la normativa que luego incorporaría en el Código Civil, pero con normas muy ajustadas que no

20 No configura sociedad la mera actuación con finalidad común (sociedad en sentido lato).

21 SPOTA Instituciones de Derecho Civil-Contratos Vol. I, Depalma 1975, p. 126. Nº 101. V. Sociedad. "Entre los contratos de colaboración, debemos citar el contrato de sociedad, en el que varias personas -dos o más- se ponen de acuerdo para lograr, mediante la mutua obligación de efectuar aportes (consistentes en prestaciones de dar o de hacer), utilidades y dividírselas. El C.C. concibe tal convención como contrato (art. 1648). Lo mismo cabe aseverar con respecto a la sociedad mercantil según la regulación que el decr.ley 19550 (art. 1) efectúa de ese contrato de organización para brindar al cambio productos o servicios, debiendo las partes del contrato subsumir su convención en uno de los "tipos" que el texto legal reglamenta, a diferencia de la sociedad civil, cuya organización queda librada a la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de las normas de alcance imperativo (v.gr. responsabilidad de la sociedad y de los socios frente a los acreedores sociales).

desdibujaban la naturaleza de contrato asociativo (no sociedad) del negocio en cuentas en participación.

La que siguió el CCC fué la dirección determinada, en seguridad jurídica por la Comunidad Económica Europea donde se reserva a la expresión sociedad a las relaciones societarias personificadas²². En igual sentido el art. 1842 del C.Civil Francés que dispone, de acuerdo a la reforma del año 1978, que la personalidad se adquiere con la matriculación.

6. Las cuentas en participación han mostrado la posibilidad de nuevos usos a través de la incorporación en derecho italiano a modalidades de financiamiento de negocios específicos por las sociedades por acciones.

Frente a expectativas generadas por la reforma italiana en torno a ese financiamiento formalizamos un paralelo con similares posibilidades en el sistema asociativo nacional actual. La doctrina se ha interesado en la reforma del sistema societario en Italia por Decreto Legislativo nº 6 del 17 de enero de 2003, que refiere expresamente a la posibilidad de generar patrimonios afectados a un negocio en particular, cuantitativamente hasta el diez por ciento del patrimonio neto de la sociedad por acciones.

No tenemos dudas que esa forma de financiamiento es posible en nuestro país (República Argentina), particularmente ahora con la sanción del CCC.

Las sociedades anónimas –y porque no una sociedad cooperativa- pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso.

Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor.

Como forma de financiación para la sociedad gestora, el negocio ofrece evidentes ventajas, en relación por ejemplo, al préstamo participativo. En efecto, mientras en el préstamo parciario el deudor está obligado a restituir el capital, lo que necesariamente implica que –de resultar perdido el negocio- la sociedad deberá recurrir a otros fondos sociales para restituir el capital prestado, lo que agrava la pérdida. Mientras, en el negocio en participación, el aportante padece los quebrantos conjuntamente con la asociante.

Resulta claro que al distribuir el riesgo, el costo financiero para la sociedad gestora tenderá a disminuir radicalmente.

Para el aportante, la inversión es de alto riesgo, toda vez que arriesga íntegramente el capital. Evidentemente, para éste, el análisis de rentabilidad del proyecto de inversión debe compensar no sólo el costo de oportunidad de inversión, sino también cubrir la prima de riesgo al que se ve sometido. Aunque, justo es reconocer también, la rentabilidad que ofrezca el negocio es prácticamente pura, toda vez que su simpleza evita o disminuye notoriamente los costos ocultos del proyecto (entiéndase: gastos de administración, de envíos de resúmenes, etc.).

22 LOY, Odette Le marché unique et les sociétés en «Droit et pratique du commerce international», 1989, p. 249 y ss..

La alternativa puede llegar a ser una opción óptima para que pequeños inversores, de tendencia no excesivamente conservadora, puedan llegar a tener participación en negocios de alta rentabilidad y altos requerimientos de capital, a los que, de no existir este negocio, no tendrían ninguna posibilidad de acceso.

En el art.3 inc.b) de la Ley aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación se derogan las normas de la indebidamente llamada sociedad accidental o en participación (Secc. IX, Cap. II Ley 19.550, arts. 361 a 366), consolidándose en un régimen unificado y contractual de negocios de colaboración con comunidad de fines estructurado en el CCC., disponiendo “Art. 1442.- Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. - A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho...”. Se respondió así a nuestra preocupación de atender a los contratos participativos, noción que es circunscripta a los contratos bi plurilaterales de organización que posean comunidad de fines según se indica expresamente en el artículo, excluyéndose aquellos negocios parciarios o con participación en los resultados que se estructuren como contratos de cambio (p. ej. mutuo, si bien el art. 1531 CCC se interpola en una de sus modalidades), facilitando unión de esfuerzos o prestaciones que convergen para la satisfacción de fines comunes normalmente en forma organizada, perdurable o no, que genéticamente pueden ser de dos partes, tienen aptitud para incluir a otras

La jurisprudencia ha tipificado esta relación: “El convenio por el cual una de las partes asume la dirección y administración de una obra encargada por un tercero, y la otra se obliga a ejecutarla con su personal y equipos repartiéndose a su finalización los beneficios por partes iguales, no puede ser calificado de mandato, sino que se trata de un contrato de colaboración empresaria, no necesariamente societario, al que cabe aplicar las normas contractuales comunes.”, CNCom., Sala A, 12/02/1987, Colva S.A. v. Concisa C.I.S.A., RDCO 1987-493.

Sin duda se omitió modificar el art. 35 LS que se mantendrá en la Ley General de Sociedades, en cuanto dispone “Socio del socio. Cualquier socio puede dar participación a terceros en lo que le corresponda en ese carácter. Los partícipes carecerán de la calidad de socio y de toda acción social; y se les aplicarán las reglas sobre sociedades accidentales o en participación”. Se trata sin duda de otro negocio en participación, y por ello debe entenderse que en tal caso no hay sociedad sino un negocio en participación, siguiendo la doctrina y jurisprudencia, aplicándose las normas previstas en el Capítulo 16 Sección 2ª. Artículos 1448 y ss. CCC.

7. En cuanto a la prueba del contrato la jurisprudencia ha dado algunas precisiones: “ ... las denominadas "aportaciones" no se destinan a un patrimonio social autónomo, sino que se entregan al socio gestor, que es quien asume la responsabilidad frente a los terceros (art. 362 LSC.), con lo cual para demostrar la existencia de esa denominada sociedad, resulta necesario acreditar la efectiva realización de esos aportes, o bien que medie reconocimiento de los socios de su calidad de tales. (del voto del Dr. Arecha al que adhiere la mayoría)” (C. Nac. Com. , sala E, 25/10/2002, JA 2003-III-801, Abeledo Perrot Nº: 20032140).

La Corte ha tenido oportunidad de referirse a la prueba de este contrato “La demostración de la sociedad accidental requiere principio de prueba por escrito”, CSJN, 19/12/1986, JA 1988-III, 404. En la misma línea en el voto del Dr. Guerrero del fallo citado anteriormente , respecto de los medios para acreditar la existencia de este negocio, se resolvió: “El hecho de que sea típico de las

sociedades accidentales que puedan permanecer ocultos los socios no releva, a quienes invoquen el carácter de tales, la carga de probar su integración. La amplitud de los medios de prueba admitidos en estas circunstancias tiene, sin embargo, las limitaciones propias señaladas en el art. 361, in fine, LS.” (C. Nac. Com. , sala E, 25/10/2002, JA 2003-III-801, Abeledo Perrot Nº: 20032140), aludiendo a la necesidad de principio de prueba por escrito prevista en el art.209 C. de Com. (Ver en el mismo sentido C. Nac. Com, Sala E, 23/02/2009, Sumario Abeledo Perrot Nº: 8/21565).

La prueba se regirá por el principio amplitud de medios en los términos del art.1019, 1º párr. CCC, sin las limitaciones del segundo párrafo del mismo artículo al no ser un uso uniforme la práctica de instrumentar estos contratos.

“La responsabilidad de la sociedad en los supuestos de inejecución de las obligaciones asumidas con terceros sólo alcanzaría al socio gestor, salvo el caso previsto por el artículo 363 de la ley 19550, aunque el contrato de sociedad accidental las partes hubieran establecido que el socio gestor quedaba obligado a efectuar las ofertas y contrataciones a nombre de ambos socios, con pena de responder por los daños y perjuicios que tal actitud ocasione. El hecho de que aquel haya hecho las ofertas a su nombre, carece de la suficiente gravedad y significación para declarar la rescisión del contrato por su culpa, toda vez que su actitud era lógica y legal dentro del ámbito de este tipo de sociedades, máxime cuando en ciertos casos esa conducta podría serle favorable al socio oculto.” (C. Nac. Com., Sala B, 31-8-76, ED 70-259).

“La obligación de rendir cuentas no requiere la caracterización jurídica de la relación que liga a las partes o la ubicación de ella en alguno de los contratos típicamente preceptuados en la ley; basta a ese fin la existencia de negociaciones en las cuales se hayan administrado bienes, gestionado negocios total o parcialmente ajenos, ejecutado un hecho que suponga manejo de fondos ajenos o de bienes que no le pertenezcan en propiedad o involucren un interés ajeno - conf. "Togs S.A. s/quiebra v. Indumenti S.A. s/sumario" , LL 1990-A-571, del 4/2/1988; y, en igual sentido, "Gavial S.A. v. Sosa Montepagano, Alberto s/ordinario", esta sala, el 13/11/1991-, bastando por ende que se invoque la participación que en el mismo le correspondía al peticionante. (del voto en disidencia parcial del Dr. Guerrero)” (C. Nac. Com. , sala E, 25/10/2002, JA 2003-III-801, Abeledo Perrot Nº: 20032140)

“La rendición de cuentas final o definitiva (art. 364, segunda parte LS) consiste en un informe amplio explicativo y descriptivo, con la prueba y documentación correspondiente, y debe contener todas las explicaciones y referencias que sean necesarias para dar a conocer los procedimientos y resultados de la gestión. Es decir, debe ser una demostración detallada, exponiendo ordenadamente los ingresos y egresos, con los comprobantes respectivos. Supone una cuenta formal con la doble serie de partidas que constituyen el debe y el haber, justificada documentalmente (arts. 68 y 70 Cód. Com.), que permita la posibilidad de examinar, inspeccionar, vigilar, verificar. ... Si la rendición de cuentas final arroja un saldo positivo, el socio tendrá derecho a su ejecución, es decir, a su percepción, aún coactiva, oportunidad en que también se determinará la carga de los gastos de rendición.” (C. Nac. Com., Sala A, 15-2-99, LL, 1999-F, 419; LL 2000-C, 528, con nota de Molina Quiroga, Eduardo; DJ 2000-1-739; IMP 1999-B, 2778)

8. Analicemos ciertos riesgos contractuales.

El concurso preventivo no afectará a estos contratos, que recién quedarían resueltos con la declaración de quiebra. O sea que se mantiene el negocio, la obligación de mantener la gestión por la concursada y de rendir cuentas, debiendo sin duda ser informado en la presentación.

El negocio en participación no genera dificultades frente a la quiebra. La quiebra de la sociedad gestora no afecta a los socios partícipes conforme resulta de la expresa previsión del art. 151 LCQ, aunque obviamente posterga los derechos de los partícipes que “no tienen derecho sobre los bienes sujetos a desapoderamiento, sino después que se haya pagado totalmente a los acreedores y los gastos del concurso”. Si el negocio hubiere concluido y se les hubiere liquidado su participación y utilidad conforme a rendición de cuentas en forma anterior a la quiebra no se verán afectados, pues el negocio habría concluido. La declaración de quiebra del socio gestor, si el negocio no estuviera concluido, “produce la disolución de la sociedad accidental o en participación” con los efectos indicados. Conforme a esa conclusión deberá formalizarse la rendición de cuentas y si resulta acreedor el partícipe tendrá derecho a verificar su crédito como quirografario subordinado. Si el partícipe hubiere entregado un bien de su propiedad para el cumplimiento del negocio en participación, y el mismo no fuere fungible –salvo que se tratara de un contrato conexo de maquila –art. 138 LCQ-, tendrá derecho a la restitución del mismo, como indirectamente resulta del texto de la norma.

La quiebra del gestor no se extiende a los partícipes en los términos del art.160 LCQ, hoy menos que nunca atento la falta de toda asimilación del negocio en participación a la sociedad. No obstante, los terceros frente a los cuales se haya exteriorizado la actuación en común podrán exigir sus créditos contra los partícipes en cuanto obligados solidarios e ilimitados, sin que ello implique la necesaria extensión de la quiebra.

La quiebra no puede extenderse a los socios si su solidaridad se impuso sólo respecto de determinadas operaciones en los términos del actual art.1450, antes art. 363 LSC. La inexistencia de sociedad impide cualquier duda respecto de la aplicación del dispositivo a los partícipes de un negocio en participación, en cuanto alude expresamente a la quiebra de una sociedad (art.160 LCQ), que tampoco existía frente a terceros en el viejo régimen.

La continuación de la empresa en la quiebra de estos contratos es coherente con las disposiciones de la ley 25.422 de Concursos y Quiebras, y con la teleología actual de mantener la empresa no por corresponder al patrimonio de una persona humana o jurídica, sino en la cautela del empleo y del impacto de su funcionalidad en la comunidad donde se inserta su actividad. Obviamente que esa continuidad esta ligada a la viabilidad de la empresa conforme la reforma al art. 100 LGS, congruente con la posición doctrinal dominante. Así en estos contratos será factible la llamada “continuación inmediata” prevista por el art. 189 LCQ pues de la interrupción de la actividad “pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio...”, sin perjuicio de atender, conforme el art. 190 LCQ “el pedido formal de los trabajadores” bajo la forma de una cooperativa de trabajo.

Un contrato en situación similar es el de maquila regulado por la ley 25113, que –como el de aparcería- no aparecen regulados en el CCC.

9. Los negocios en participación pueden resolver los problemas de financiamiento frente a crisis transitorias o durante el trámite de un concurso o en la operatoria post concursal por la restricción del crédito de proveedores y particularmente financiero.

Distinguimos las diferencias entre préstamos a interés, incluso participativos –donde el riesgo se limita a la remuneración del préstamo-, y participaciones en negocios (estos últimos referidos muchas veces como Joint venture o Venture capital, pues asumen el riesgo del negocio con la totalidad del aporte.

En muchos casos, para generar negocios participativos, la planificación no corresponde a los administradores sociales que requieren ese tipo de fondos, sino a terceros (instituciones o técnicos), que por lo menos auditan aquella si existe, pues la propia sociedad puede haber requerido a esos terceros especializados el estudio del negocio e inclusive atraer a participantes, determinando la viabilidad del negocio y la rentabilidad de la inversión.

Cabe preguntarse ¿las cooperativas de trabajo que la ley concursal argentina intenta organizar ante la liquidación de la fuente de trabajo, pueden asociarse con otras entidades o sociedades para asegurar la gestión empresarial, generando negocios en participación, consorcios de cooperación contratos de explotación tambera (ley 25.169), joint ventures con una sociedad comercial o con una persona física que no sea trabajador de la concursada (por ejemplo, profesionales)?

Esas contrataciones no aparecen prohibidas²³; salvo que sea una forma de burlar la ley, pues el art. 5 de la ley 20337 de cooperativas, permite que “pueden asociarse con personas de otro carácter jurídico a condición de que sea conveniente para su objeto social y que no desvirtúen su propósito de servicio”. Por ejemplo podrá intervenir en agrupaciones para exportación.

La respuesta es afirmativa.

Frente a expectativas generadas por la reforma italiana en torno al financiamiento de sociedades por acciones deseamos hacer un paralelo con similares posibilidades en el sistema asociativo nacional actual. El legislador italiano ha introducido dos diversas formas de separación patrimonial. El art. 2447 bis C.C., además de consentir la constitución de patrimonio destinado a operaciones determinadas (1.a), similar a nuestro negocio en participación, concede la facultad, mediante la previsión de 1.b de “convenire che nel contratto relativo al finanziamento de uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo sino destinati i proventi dell'affare stesso o parte di essi”²⁴, que encuentra su correlato en el art. 1531 del CCC.

Ambos negocios son posibles en nuestro país en el derecho actual. Así lo venimos sosteniendo desde el Congreso de Derecho Societario de 1977. Uno es un negocio participativo, venture capital, y el otro es un préstamo participativo²⁵. La jurisprudencia también los ha reconocido “En las prácticas empresariales argentinas se ha dado en denominar joint venture -siguiendo la terminología utilizada en Estados Unidos de América- a la coparticipación de dos o más sociedades en operaciones civiles o comerciales, con división del trabajo y de responsabilidades según los casos y, por extensión, a los acuerdos regulatorios de la misma. En esta coparticipación las sociedades pueden conservar su individualidad -no se fusionan- llevando a cabo directamente las operaciones, o bien constituir nuevas sociedades subsidiarias regulares y tipificadas, sea por escisión o meramente con aportes de capital. Excepto la eventualidad de que den nacimiento a estas sociedades subsidiarias, tales acuerdos o uniones ocasionales son contratos atípicos que

23 STEMPELS, Hugo J., “En la continuidad de la explotación de la empresa -regulada en el art. 190 LCyQ- puede utilizarse el contrato de colaboración empresarial como instrumento técnico de vinculación jurídica entre el quebrado (sujeto unipersonal o sociedad) y sus trabajadores en relación de dependencia (en actividad o acreedores laborales) quienes deberán actuar bajo la forma de una cooperativa de trabajo”, ponencia presentada ante el XXXVIº Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 5 y 6 de Diciembre de 2002.

24 BALZARINI, Paola – STRAMPELLI, Giovanni “I finanziamenti destinati ad uno specifico affare” en Rivista delle società, 2012 pág. 78 y ss.. (anno 57ª gennaio-febbraio 2012, fasc. 1º).

25 Nto. “Contratos asociativos o de colaboración. Clasificaciones” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, too IV pág. 4695.

entran en el amplio marco que ofrece el art. 1197, CCiv. y tienen por causas más comunes la magnitud de las actividades a encarar, sus requerimientos tecnológicos, la necesidad de complementar sus esfuerzos y la conveniencia de dividir los riesgos.” (C. Civ. y Com. Córdoba, 5ª, 03/03/2008, LLC 2008-9-991). En similar posición, se calificó una relación como joint venture rechazando una acción por la que se pretendía la remoción de la demanda como administradora y su exclusión como socia por aplicación analógica de las normas societarias, argumentándose que “... la estructura del negocio del modo en que fue concertado determina la improcedencia de tal postura, toda vez que se trata de un vínculo contractual (lato sensu) antes que societario, que se rige inter partes por sus cláusulas o disposiciones, o en su defecto -para el caso de configurarse situaciones no previstas- por la normativa de los códigos de fondo relativa a los contratos (conf. Richard-Muiño, ‘Derecho Societario’, ps. 806/9). En consecuencia, no es el estatuto societario invocado el que debe aplicarse a las relaciones internas en los joint venture no formalizados mediante la constitución de una sociedad comercial típica (conf. Le Pera, Sergio, ‘joint ventures y otras formas independientes de cooperación entre empresas”, LL 1977-D-908; íd. ‘joint venture y sociedad’, 1984, Ed. Astrea).” (CNCom., Sala C, 18/02/2005, JA 2005-II-171).

Ninguna de las leyes tributarias argentinas, ni sus decretos reglamentarios, contienen cuestiones vinculadas a los aspectos tributarios del negocio parciario. Si bien existen interpretaciones referentes a negocios participativos específicos que -por extensión- podrían aplicarse, resultaría conveniente que la legislación contemple de manera expresa regulaciones al respecto, o bien que la propia AFIP emita dictámenes de carácter vinculante para despejar todas las dudas que pudieran suscitarse y unificar criterios²⁶.

Como forma de financiación para la sociedad gestora –en el caso la cooperativa-, el negocio ofrece evidentes ventajas, en relación por ejemplo, al préstamo participativo. En efecto, mientras en el préstamo parciario el deudor está obligado a restituir el capital, lo que necesariamente implica que –de resultar perdedor el negocio- la sociedad deberá recurrir a otros fondos sociales para restituir el capital prestado, lo que agrava la pérdida; en el negocio en participación el aportante padece los quebrantos conjuntamente con la asociante.

Para el aportante, la inversión es de riesgo –típica del capitalismo productivo-, toda vez que arriesga íntegramente el capital. Evidentemente, para éste, el análisis de rentabilidad del proyecto de inversión debe compensar con creces no sólo el costo de oportunidad de inversión, sino también cubrir la prima de riesgo al que se ve sometido. Aunque, justo es reconocer también, la rentabilidad que ofrezca el negocio es prácticamente pura, toda vez que su simpleza evita o disminuye notoriamente los costos ocultos del proyecto (entiéndase: gastos de administración, de gestores, etc.).

La alternativa puede llegar a ser una opción óptima para que pequeños inversores, de tendencia no excesivamente conservadora, puedan llegar a tener participación en negocios de alta rentabilidad y altos requerimientos de capital, a los que, de no existir este negocio, no tendrían ninguna posibilidad de acceso.

26 Quizá bueno sería adherir a las recomendaciones de las Terceras Jornadas Nacionales Tributarias, Previsionales y Laborales de Rosario del año 2005 del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Rosario (área Agropecuaria, Tema: Operaciones específicas de la actividad frente al cumplimiento de las normas tributarias y de respaldo documental) quienes, si bien para un área específica de la economía, recomendaron “Promover el dictado de una norma de carácter legal respecto de la actividad del Contratista rural en los casos que su operatoria encuadre dentro del negocio parciario...”. Lo contrario sume en un estado de inseguridad jurídica a los operadores económicos que pueden ver afectada la evaluación del negocio por una interpretación diferente a la sostenida por nosotros en este trabajo.

No podemos soslayar la comparación con el contrato de fideicomiso –pese a que la cooperativa podría ser fiduciario-. Sin perder de vista los elementos comunes con este contrato (naturaleza fiduciaria del negocio, patrimonio de afectación con diferentes efectos), debemos tener presente que –a diferencia de lo que ocurre con la figura que nos ocupa- el fideicomiso tiene un importante tratamiento y desarrollo en la Ley de Procedimientos Tributarios (al convertirlos en responsables por deuda propia), en la Ley de Impuesto a las Ganancias y en la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, a la vez que tiene algunos costos más elevados. En el caso concreto del Fideicomiso ante el Impuesto a las Ganancias, es oportuno destacar que tributan directamente el 35% de la ganancia neta, de modo similar a las sociedades anónimas (excepto fideicomisos en los que el fiduciante tenga el carácter de beneficiario y no se trate de fideicomisos financieros ni el fiduciante sea residente en el exterior), lo que eleva considerablemente el costo impositivo del proyecto, lo que no se daría en el negocio bajo análisis, en especial cuando el aportante sea un residente en el exterior.

Pero al mismo tiempo, aseveramos que una cooperativa de trabajo de construcción o similar podría asumir el carácter de fiduciario en un contrato de fideicomiso o ser contratada por el fiduciario para llevar adelante la obra.

Por otra parte, en el negocio en participación, o venture capital, el partícipe –cuyos derechos y licitud del contrato se reconoce expresamente en la quiebra, como hemos visto-, deberá exigir cuidadosas rendiciones de cuentas ante el riesgo de desaparición de los libros de la sociedad gestora, ante su eventual convocatoria. Los riesgos no son legales sino de las conductas de los hombres.

11. Estas ideas sobre nuevas formas de contratación y de financiamiento –y sus condicionamientos-, particularmente para el éxito de las sociedades sin capital operativo suficiente. Hemos intentado aportar algunas ideas. Parece que es actual y oportuna la cita de Ascarelli, hecha en 1952 en sus “Studi”: “En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”²⁷.

La problemática en torno al capital operativo de las sociedades y en particular de las cooperativas de trabajo frente a la modificación de la ley concursal abre nuevas expectativas en torno a estas posibilidades, a lo que se unen normas del Proyecto de Código Civil y Comercial.

Cerramos así mostrando modalidades operativas y contractuales por las que el capital financiero puede generar un capitalismo emprendedor en beneficio de la generación de puestos de trabajo y una mayor estabilidad económica.

27 Fargosi, Horacio P., “Derecho comercial del siglo XXI” en Código de Comercio, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 1, página 127.