

SOBRE EL NEGOCIO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN (association commercial en participation)

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.

Efraín Hugo Richard[1]

Respondemos a la invitación del distinguido Profesor Dr. Alfredo Morles Hernández a escribir una nota en torno a una figura regulada en el Código de Comercio Francés de 1807 para el libro colectivo que ha organizado en conmemoración a los 200 años de dicho Código.

I - LA ELECCIÓN DEL TEMA.

Reflexionaremos en torno al negocio en participación, que originariamente generó una cuestión dogmática aparentemente profunda: si era o no sociedad -que desveló también a los argentinos en la década del 1970-. Aquella regulación de 1807 importó recoger el primer negocio organizativo dentro de un método de empresa[2], que ahora es recogido en la reciente reforma de la legislación societaria italiana, con aparentes nuevas aplicaciones.

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 mercantiles[3], 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.

II - LOS ANTECEDENTES DEL CÓDIGO FRANCÉS DE 1887. 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"[4], 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 partícipes[5].

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 para cederlos a un precio convenido entre ellos[6].

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 Código de Comercio de 1807 las reconoció y reglamentó denominándolas "asociaciones en participación".

Inmediatamente se plasmó una discusión dogmática sobre si eran o no sociedades[7].

La cuestión esta vinculada a dos concepciones de lo que es "sociedad".

III - REFLEJOS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.

En épocas en que el análisis de un sistema de los contratos asociativos no se había iniciado, ni se había ahondado en el concepto amplio o estricto de "sociedad", Vélez Sársfield fue contundente en no limitar la autonomía de la voluntad en la formalización de formas atípicas de relaciones asociativas, de colaboración o participativas, al igual de lo referido respecto a la Ordenanza francesa de 1673.

Hemos sostenido la asistematicidad actual de las relaciones de organización, partiendo de la base que la estructura del sistema de derecho privado en el mundo fue ordenando a través de las relaciones de cambio, incorporándose aluvionalmente normas para las relaciones de organización primero en las leyes sobre sociedades por acciones, y luego en leyes de sociedades.

Recién se advierte la configuración de un sistema en torno a la personalidad jurídica que supere las disgregadas sobre sujeto de derecho, persona ideal, moral o jurídica, refiriendo la personalidad jurídica como una técnica, por la cual ciertas legislaciones la atribuyen a simples supuestos de división patrimonial autogestante, mientras otras las reservan a fenómenos de división similares pero donde se agrega la limitación de responsabilidad de los socios.

Aún ahora persisten las diferencias de criterios confundiendo, en el derecho argentino, la sociedad persona jurídica, de la mención como sociedad de lo que es un mero contrato asociativo no personificado, como la sociedad accidental o en participación, que junto con otros contratos de organización merece una especial sistemática[8].

Vélez en el art. 1648 del Código Civil, concretamente en su nota, distingue el criterio amplio del estricto de sociedad, para diferenciar relaciones participativas de la sociedad: ". Cód. Francés 1832. La simple comunidad de intereses, resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisición hecha en común, no forma una sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio, o un resultado cualquier que dividirán entre sí. Así, los seguros mutuos, en los cuales cada uno de los asociados se obliga a soportar su contingente en los siniestros, que los otros pueden sufrir, no ofrecen ni la esperanza, ni la posibilidad de un beneficio, sino sólo evitarse un mayor daño, no forma la sociedad del derecho civil. Lo mismo decimos de las convenciones tan comunes, de hacer aprovechar a los sobrevivientes de lo que hubiesen puesto los que primero murieron, pues no hay entre los asociados división de beneficios. Lo mismo sería el contrato por el que dos vecinos comprasen en común un terreno para proporcionarse un lugar de paseo, o una máquina para explotarla privadamente cada uno a su turno[9]. Troplong sostiene que en esos casos hay sociedad porque hay un beneficio

apreciable en dinero (Societé nº 13). Pero ese beneficio no es divisible entre los partícipes de la cosa, tal como se entiende la división entre los socios, condición esencial de toda sociedad". La prestación puesta en común, societariamente, para dividir los resultados parece ser el concepto de sociedad dentro del derecho argentino.

El art. 1143 del C.C. da más muestras de lo que el legislador entendía como sociedad, al citar a Duranton para justificar la división entre contratos nominados o innominados, según que la ley los distinga o no, bajo una denominación especial: "Duranton sostiene la división diciendo: que en cuanto a la acción, los efectos son los mismos en los contratos innominados que en los que tienen nombre; pero que la diferencia entre unos y otros, en cuanto a sus efectos posibles y a la extensión de la obligación, no puede existir", luego encomilla "Suponed, dice, que dos vecinos, cada uno de los cuales no tiene sino un buey, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo, y que este último le dará el suyo a su turno la semana siguiente. Esta convención no es un alquiler, porque el precio no es dinero, no es tampoco un préstamo, porque tal contrato no es a título gratuito de una y otra parte; tampoco es un cambio, porque la propiedad no es traspasada; ni sociedad, porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado. Suponed ahora que el buey del uno ha perecido en poder del otro por una culpa levísima. En tal caso no se puede aplicar los principios ni del comodato, ni del mutuo, ni de ninguno de los contratos que tienen nombre; y aquél en cuyo poder el buey ha perecido, no será responsable de la pérdida, sino en el caso de una culpa que traiga responsabilidad en los contratantes interesados por una y otra parte".

Vélez no es extraño a la discusión sobre si la cuenta en participación es o no una sociedad. Se anticipa a los contratos de colaboración empresaria, no personificados: también en el Código de Comercio que concibió con Acevedo, pese a nominar como sociedad a un contrato asociativo como es la "sociedad accidental o en participación", no se le ocurre hacer remisiones en su articulado como normas supletorias a la sociedad colectiva, porque no era un régimen o sistema análogo, ni vincular el tema al del socio oculto del régimen general, ni a la quiebra.

Recién la ley 19550 en el año 1972 genera esa remisión a la sociedad colectiva (art. 366), si bien enfatizando que no se trata de un "sujeto de derecho" y que "su prueba se rige por las normas de prueba de los contratos" (art. 361) y no las de sociedades (art. 25), y no existe posibilidad de aplicar el régimen del socio oculto al partícipe de esta "sociedad" que es un "contrato asociativo", que no es sujeto de derecho, o sea que configura una sociedad en sentido lato, no sociedad para la ley de sociedades en los términos de su art. 2º. Sin duda fue la influencia de la reforma del año 1921 al Código de Comercio Francés.

La cuestión sobre si era sociedad o no corresponde a la discusión histórica pero no a criterios sistemáticos. Así la terminología e inclusión corresponde a Vélez Sársfield y Acevedo, pero la misma no se compadece, a nuestro entender, con el pensamiento esbozado por Vélez en el Código Civil y el criterio de Sociedad Comercial, por lo que -a esa fecha- era lógica la asistematicidad de su denominación como sociedad, rompiendo el criterio dogmático sostenido en otras normas del Código Civil y Comercial que las sociedades eran sujeto de derecho, introduciendo criterios de otras legislaciones en un aspecto que aún divide a la doctrina: el concepto amplio de sociedad confundido con los contratos asociativos y el concepto estricto de sociedad sujeto de derecho.

IV - LA CUENTA EN PARTICIPACIÓN Y EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN VÉLEZ SÁRSFIELD COMO FORMA DE VER LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS Y LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA SOBRE SI EL NEGOCIO EN PARTICIPACIÓN ES O NO SOCIEDAD.

Con anterioridad a las disposiciones del Código Civil, por ley 15 el Código de Comercio de Vélez y

Acevedo, en el art. 387 expresaba "La compañía o sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas con ánimo de partir el lucro que pueda resultar".

La definición descarta como tal a la "Sociedad" accidental o en participación, lo que ratifican normas como las de los arts. 389 y 395 incs. 2º y 3º. El Código original, además de normas generales, regulaba los tipos sociedad anónima, sociedad en comandita, capital e industria, colectiva y en el capítulo V del Título III "De las sociedades accidentales o en participación", donde en el art. 444 se especifica "trabajando uno, algunos o todos en su nombre individual solamente, sin firma social y sin fijación de domicilio", enfatizando el art. 446 "Estas sociedades no están sujetas a las formalidades prescriptas para la formación de las otras sociedades".

Sin duda se correspondía a la influencia del Código Francés del año 1807 que no hacía referencias a este contrato como sociedad, sino como asociación.

Obviamente que es imposible considerar sujeto de derecho a una relación contractual de colaboración, incluso en el supuesto de sociedad accidental o en participación (art. 450 y 451), previéndose el caso de "quiebra del socio gestor, es lícito al tercero con quién hubiera contratado con él saldar todas las cuentas que con él hubiese aunque estén abiertas bajo distintas designaciones, con los fondos pertenecientes a cualquiera de esas cuentas", excluyéndose la posibilidad de quiebra de la sociedad interna. Ello así se mantuvo en la reforma de 1921 al Código Francés.

Entendemos que para merituar esas disposiciones es fundamental el concepto de Lisandro Segovia: quién señala[10]: "O en cuenta en participación, como dice el final del 401. En el lenguaje ordinario son conocidas con el nombre de sindicatos. Y los mejores Códigos, visto que no constituyen una personalidad jurídica ni existen para los terceros, les llaman asociaciones, y reservan el nombre de sociedades para los demás... Suele llamárseles también cuentas en participación y sociedades momentáneas (vé ley belga, 14), en razón á que su vida es, á veces, tan efímera, que mueren el mismo día que nacen...". Remite a la nota 1088 donde analiza la disposición sobre el socio oculto del art. 298 in fine del Código de Comercio del año 1889 comparándolo con la disposición distinta del art. 1669 del Código Civil, coherente con la asociación accidental.

Aún hoy se discute sobre la amplitud del término "sociedad" y si la misma debe ser sujeto de derecho para configurar tal relación, o si debe estarse a la nominación "sociedad" para considerar que se está frente a una relación de tal tipo.

El punto tiene interés práctico en el derecho argentino por otras razones: el alcance de la prohibición del art. 30 LS, como por el error de confundirla con una sociedad de hecho, puntos que cobran importante trascendencia en cuanto se acepte un concepto amplio o estricto de sociedad, pero sobre los que no entraremos en esta oportunidad.

A. La reforma del Código de Comercio Francés de 1921. Sociedades amplias y sociedades en estricto sensu.

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 anómala o sociedad en participación- podrían concretarse como:

1. fin, finalidad u objeto común o autónomo,
2. actividad negocial u origen negocial, no legislativo[11].

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.

El nudo funcional, o de fin común, o carácter común de la relación aparece como fundamental[12]. 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 ajenas[13].

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 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.

También lo hace Vélez y, desde ese punto de vista, recorramos el articulado del Código Civil.

El art. 1648 reconoce a la sociedad, nunca discutida sujeto de derecho, y al contrato a través de "dos o más personas que se hubieran mutuamente obligado". El art. 1650 se refiere al contrato de sociedad.

No obstante, siguiendo a Videla Escalada en su libro de 1962[14], anterior a la reforma del Código Civil del año 1968, la sociedad civil sería, en el peor de los casos, personas susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, y su personalidad entra en la categoría de las personas de existencia ideal que no son personas jurídicas[15]. Obviamente que, como cita el mismo Videla Escalada, la solución no es la misma en el derecho francés "donde los textos del Código Napoleón no permiten llegar a una conclusión tan definida como en nuestra ley" donde la jurisprudencia a la postre las considera "persona moral, propietaria del fondo social", sujetos de derecho dentro de la contemporánea terminología.

En similar sentido, en el Derecho español, el art. 1665 del Código Civil establece que "la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común bienes, dinero o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias", atribuyendo a la expresión "poner en común" un requisito estricto frente a un concepto genérico de sociedad "de consecución por los socios del

fin social"[16].

Es posición doctrinaria -y normativa- que es requisito esencial la existencia de un patrimonio social para que exista sociedad, cuya titular es la propia sociedad conforme a la personalidad jurídica que se le atribuye a la misma[17], como resulta de nuestro propio Código Civil.

Esto no importa negar la posibilidad -evidente en nuestra ley de sociedades al referirse a las sociedades en participación- que pueda hacerse referencia a una sociedad en sentido lato, no personificada y fuera del sistema del art. 33 inc. 2º del C.C., arts. 1º y 2º LS. y art. 1648 C.C.. Obviamente estamos refiriéndonos a relaciones contractuales de tipo asociativo internos, como lo es la "sociedad accidental o en participación".

El punto tiene especial interés para determinar qué es sociedad de hecho, sea civil o comercial, que no dudamos lo debe ser dentro del criterio de la sociedad en sentido estricto, y no en el lato o literario.

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 mínima[18] 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 jurídica[19].

No obstante la terminología es siempre ambigua. Así Alegría[20] formula una referencia a la actuación de la sociedad en participación, que debe entenderse como un giro literario, pues una actuación con imputación jurídica a la sociedad implicaría aceptar la existencia de un sujeto de

derecho.

C. LA PRESUNCION DE EXISTENCIA DE SOCIEDAD.

Afirmando nuestra interpretación, Vélez y Acevedo en el art. 401 expresaban "Se presume que existe o ha existido sociedad siempre que alguien ejercite actos propios de sociedad, y que regularmente no hay costumbre de practicar, sin que la sociedad exista", enumeran una serie de actos que hacen suponer la negociación promiscua o a nombre colectivo. Imponen la responsabilidad del socio oculto, que ya hemos visto que se excluye en la asociación en participación. Aquellas presunciones fueron luego recogidas por el ex art. 298 del Código de Comercio.

Vélez en el art. 1648 del C.Civil, concretamente en su nota distingue el criterio amplio del estricto de sociedad, como lo venimos haciendo para distinguir relaciones participativas de la sociedad, eliminando así toda posibilidad de confusión, subrayando -como lo hicimos inicialmente-: "La simple comunidad de intereses, resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisición hecha en común, no forma una sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio, o un resultado cualquier que dividirán entre sí... Lo mismo sería del contrato por el que dos vecinos comprasen en común un terreno para proporcionarse un lugar de paseo, o una máquina para explotarla privadamente cada uno a su turno. Troplong sostiene que en esos casos hay sociedad porque hay un beneficio apreciable en dinero (Société n° 13). Pero ese beneficio no es divisible entre los partícipes de la cosa, tal como se entiende la división entre los socios, condición esencial de toda sociedad". Ya se advierte la discrepancia.

El tema de la personificación de las sociedades (p.ej. de hecho), como la extensión de la idea de sociedad, sigue dividiendo a la doctrina con un conceptualismo peligroso para la seguridad jurídica. La prestación puesta en común, societariamente, para dividir los resultados parece ser el concepto de sociedad dentro del derecho argentino.

Ya nos hemos referido a la previsión de Vélez en la nota al art. 1143 C.C., el Codificador no sólo se anticipa a los contratos de colaboración empresaria, no personificados, pues regula la "sociedad" accidental o en participación con un régimen impermeable, alejándola de toda remisión -como normas supletorias- a las de la sociedad colectiva, como lo hizo un siglo después asistemáticamente- la ley de sociedades.

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

O sea que ninguna de las reglas de la sociedad son aplicables a la asociación en participación.

No obstante cabe apuntar que el tema se corresponde a la terminología usada en los diversos regímenes normativos, de cada país. Así el Código de Comercio Francés, después de la ley del 24 de junio de 1921 utiliza la expresión "association en participation", pero la ley del año 1966 (art. 419 y ss.) y el Código Civil después de la reforma del año 1978 (art. 1871 y ss.) la refieren como "sociedad"[21], pero la misma doctrina[22] destaca la diferencia de terminología al determinar que eventualmente la sociedad en participación no tiene personalidad moral[23].

Es que el tema tiene otro aspecto en ciertas legislaciones: la sociedad no siempre es persona jurídica, y así en Francia ni la sociedad de hecho ni la sociedad en participación son personas morales. La legislación francesa, a partir de la ley del 4 de enero de 1978, siguiendo a la jurisprudencia, ha consagrado la aplicabilidad a las sociedades creadas de hecho las disposiciones de las sociedades en participación (art. 1873 nuevo del C.Civil)[24].

No altera esa apreciación, si bien la sociedad de hecho no tiene personalidad moral, es aceptable que los "socios" se presenten unificadamente en el procedimiento de "redressement judiciaire"[25]. La situación no implica otorgarles personalidad, sino en forma similar a lo dispuesto por nuestra ley de concursos n° 24.522 que en sus arts. 65 para los agrupamientos y art. 68 para vínculos de garantías, autorizan la presentación en un único proceso. La razón no es la unidad del sujeto sino la unidad de la situación jurídico-económica, y el bien jurídico que intenta tutelar el sistema concursal[26].

Como resulta del concepto de sociedad, los socios no cambian sus prestaciones -como en el negocio en participación-, sino que las concentran o fusionan para obtener por medio de esta unión el fin común, lo que cada socio obtiene para sí de esta unión no lo recibe directamente de sus socios sino de los rendimientos de la actuación y del patrimonio comunes[27].

La que seguimos es la dirección determinada, en seguridad jurídica por la Comunidad Económico Europea donde se reserva a la expresión sociedad a las relaciones societarias personificadas[28]. 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.

Se corresponde a las tendencias que se advierten de referir las relaciones marginales a un género cuyo diseño de normas importan un desafío. En ese sentido -como apuntamos- el art. 1873 del Código Civil Francés norma que las disposiciones del Capítulo referido a las sociedades en participación es aplicable a las sociedades de hecho, y que no existiendo matriculación carecen de personalidad[29] lo que ha generado una polémica del conceptualismo tradicional, posiblemente al no generarse un sistema bien concreto sustitutivo del generado por doctrina y jurisprudencia en torno a la personificación de la sociedad de hecho.

La diferencia entre los negocios de participación y la sociedad se genera no por el "affectio societatis" o la finalidad común, sino por la calificada acción negocial unitaria en interés de una pluralidad de sujetos, donde existe pérdida de autonomía del socio individual en el ámbito de los asuntos de carácter común, calificándose así la "actividad común" como resultado de aquella. La comunidad de fin y actividad, propias de los contratos asociativos, si se le agrega la actuación común bajo una organización y con formación de un patrimonio, se caracteriza y justifica la existencia de un nuevo sujeto de derecho, tales elementos son los que generan el contenido normativo de la categoría conceptual de sociedad. Es la actuación o gestión colectiva, en interés común y a nombre colectivo.

El uso del término sociedad para el negocio en cuentas de participación, calificada como sociedad anómala en la Exposición de Motivos, resulta insostenible luego de la introducción de los contratos de colaboración empresaria en la misma ley, en reforma de 1983, con una asistematicidad innecesaria.

V - OTROS ASPECTOS DE LA REFORMA DEL AÑO 1921 AL CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS Y OTRAS POSTERIORES.

Si bien centramos nuestra atención en los 200 años del Código Francés, al margen de ese reconocimiento en el año 21 como sociedades (en sentido lato) de la cuenta en participación, los textos legales franceses dispusieron en dicha oportunidad que se trata de una sociedad cuya existencia no se revela a terceros, que no constituye una persona moral y que cada socio contrata con terceros a nombre personal, negocio que no está sometido a ninguna formalidad de publicidad de las prescriptas para las otras sociedades comerciales y que no puede emitirse títulos cesibles o negociables en provecho de los socios (art. 49 reformado en el año 1921); que se forman para los objetos en la forma y las proporciones de interés y demás aspectos convenidos por los socios (art. 48) -pudiendo tener cualquier objeto-, el art. 50 impone que la sociedad puede constatarse conforme a las disposiciones del art. 109, que a su vez dispone "Las compras y las ventas se constatan: por escritura pública, por documento privado, por extractos de cuenta de agente de cambio o corredor debidamente firmado por las partes, por una factura aceptada, por la correspondencia, por los libros de las partes, por la prueba testifical, en el caso en que el Tribunal crea debe admitirla".

El derecho francés -ya lo apuntamos-, al igual que el resto del continental, en su art. 1842 del C.C. dispone que la personalidad nace con la matriculación. La sociedad no siempre es persona jurídica, y así en Francia la sociedad de hecho no es persona moral. La legislación francesa, a partir de la ley del 4 de enero de 1978, siguiendo a la jurisprudencia, ha consagrado la aplicabilidad a las sociedades creadas de hecho las disposiciones de las sociedades en participación (art. 1873 nuevo del Código Civil)[30].

Los contratantes, en ese sistema, pueden determinar libremente el objeto de la asociación comercial en participación, pudiendo tener ésta por objeto la empresa mercantil del gestor, o una sola operación determinada conforme el art. 420 de la ley del 24 de julio de 1966[31].

Apuntamos -por la nacionalidad del jurista que nos ha invitado a integrar el libro colectivo- que el Código de Comercio de Venezuela titulaba la sección correspondiente "cuentas en participación", pero en el texto emplea las expresiones asociación en participación y también sociedad accidental[32], de lo que resulta evidente la influencia del Código de Comercio francés de 1808..

VI - LA NUEVA LEGISLACIÓN ITALIANA: NEGOCIOS EN PARTICIPACIÓN GESTADOS POR SOCIEDAD ANÓNIMA COMO FORMA DE FINANCIAMIENTO.

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[33].

La doctrina se ha interesado en la reforma del sistema societario en Italia por Decreto Legislativo n° 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).

Las sociedades anónimas 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 perdedor 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.).

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.

Cerramos este viaje sugerido por el jurista Morles Hernández al pasado, una recorrida evolutiva con visión de presente y futuro sobre la "asociación en participación" normada por el Código de Comercio Francés de 1807.

[1] Profesor Emérito por la Universidad Nacional de Córdoba, director de su Departamento de Derecho Comercial. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa. Doctor por la Universidad Nacional del Litoral y honoris causa por las Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Santa, y del Norte Santo Tomás de Aquino. Otros trabajos de doctrina del autor en: www.acaderc.org.ar

[2] Tema que ha preocupado al Coordinador de este libro en su COMPENDIO DE DERECHO MERCANTIL I. Introducción. Empresa. Empresario. Auxiliares del empresario (MORLES HERNÁNDEZ, Edición de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, 1ª edición, Publicaciones UCAB, Caracas 2004, 348 páginas que hemos comentado en www.acader.unc.edu.ar), cuyo capítulo II dedica con doce apartados a "La empresa" donde destaca las dificultades terminológicas por la falta de uniformidad en su uso por la doctrina y la ley, rescatando que el Código Civil Italiano del 42 realizó el traslado del eje de la teoría de la empresa del momento del cambio al momento de la producción. Al asumir su concepto señala que la empresa "ha sido considerada como persona jurídica, como patrimonio

separado, como universalidad, como actividad y como organización. Todas estas teorías atomistas son insatisfactorias. Con propiedad se ha dicho que la empresa no puede ser definida optando entre la categoría de los sujetos y la categoría de los objetos, para asignarle a una o a la otra, porque es un *tertium genium*. La unidad de esta noción económica no ha podido ser reducida a unidad jurídica. Apenas si se admite que se está frente a una unidad funcional a la que las partes y, a veces el ordenamiento positivo, consideran como unidad cuando sobre ella se estipulan negocios jurídicos". Aún con esta posición jurídicamente frustrada, el autor enfrenta una sistematización en torno a "la idea de empresa" que lo pone en una avanzada.

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

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

[5] 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).

[6] 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.

[7] POULLE Traité théorique et pratique des sociétés en participation, París 1887. JOBIT L'association en participation, Tesis, París 1912; ADOLPH De l'association en participation, Paris 1912, citados por Solá Cañizares.

[8] Nto. Relaciones de organización - Sistema de contratos de colaboración, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus Córdoba 2007.

[9] Se trata de una versión anticipada del contrato de Agrupamiento de colaboración, previsto en el art. 367 y ss. de la ley de sociedades argentina, introducido por la reforma del año 1983, que hoy se desnaturaliza como indicamos en uno de los últimos párrafos de este trabajo.

[10] Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina, Ed. Lajouane, Buenos Aires 1892, pág. 447 nota 1425.

[11] Cfme. nto. Sociedad y contratos asociativos Ed. Zavalía, Buenos Aires 1989,. pág. 124.

[12] 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. Cfme. Nto. Organización Asociativa Editorial Zavalía, pág. 136, Buenos Aires 1994.

[14] VIDELA ESCALADA, Federico Las sociedades civiles Editorial Abeledo Perrot, Buenos

Aires 1962, pág. 39, previo reseñar doctrinas que consideran a la sociedad civil persona jurídica y las que le niegan tal carácter.

[15] VIDELA ESCALADA ob. cit. pág. 38

[16] GUAL DALMAU María Asunción Las cuentas en participación Editorial Civitas, Estudios de Derecho Mercantil 11, Madrid 1993, pág. 134.

[17] En ese sentido puede verse GALGANO, Francesco Le società di persone pág. 144 y ss. y NAVARRINI Trattato teórico práctico di Diritto Commerciale, Torino 1920, p. 220 y ss..

[18] No configura sociedad la mera actuación con finalidad común (sociedad en sentido lato).

[19] SPOTA Instituciones de Derecho Civil-Contratos Vol. I, Depalma 1975, p. 126. N° 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).

[20] En "Derecho y economía" número 21 de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal Culzoni, Setiembre 1999, en comentarios de jurisprudencia "SOCIEDADES" Director de área: Héctor Alegría, a pág. 490 en nota 26 expresa "Dentro de la escasa litigiosidad de la sociedad accidental o en participación, el fallo resulta interesante precisar los alcances de la obligación del socio gestor, que es quien cuenta con acceso primario a toda la documentación correspondiente a la actuación de la sociedad en participación..." (la negrita nos pertenece), de donde resulta una actuación de la sociedad como si fuera sujeto de derecho que está rechazada por norma positiva de nuestro derecho. Se trata de la actuación del socio gestor para el negocio en participación.

[21] GERMAIN, Michel Traité de Droit Commercial Georges Ripert - René Roblot, LGDJ, París 1993 tomo 1 15° Edición pág. 555.

[22] GERMAIN ob. cit. pág. 560 tomo I, n° 680.

[23] Si se acepta el nacimiento de personalidad por mera actuación, a interpretación de terceros o jueces, el criterio de apreciación debe ser restrictivo. Esto cala en el análisis de esa jurisprudencia sobre la sociedad de hecho, en un punto central: la diferencia entre contrato de participación y sociedad de hecho.

El tema de la negación de personalidad jurídica no ha resultado ajeno a nuestra doctrina ni jurisprudencia nacional, que ha sostenido con anterioridad a la vigencia de la ley 19.550 que "las sociedades de hecho o irregulares no existen propiamente como sociedades para la ley; según esta, son meras comunidades de intereses o comunidades de bienes e intereses" y en opinión del propio fiscal de cámara, Dr. Juan J. Britos: "las sociedades de hecho o irregulares -y de una de ellas se trata en el caso- no existen propiamente como sociedades para la ley. Según ésta, son meras "comunidades de intereses" (art. 1663, cód. civil) (Cámara Comercial de la Capital Federal, in re

González y Martín, fallo n° 2291 LL 6-336). A su tiempo, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con el voto del Dr. Arturo Acuña Anzorena, que hiciera mayoría, sostuvo que "...las sociedades irregulares... (no revisten) el carácter de entes autónomos de relaciones jurídicas..." (Fallo n° 39461 in re Laboratorios Industriales Hidalgo c/ Cabildo S.A., LL 84-51). Sociedad implica, dentro de nuestro sistema normativo, una disposición negocial para realizar una actividad conjunta y organizada, generando un sujeto de derecho, con finalidad común lucrativa, o sea una sociedad en común a nombre colectivo. Las construcciones doctrinales tienden a destacar, como aspecto primario y más relevante de la actividad común, la contribución por todos los socios a la promoción del fin. Se trata de una verdadera ACTUACION A NOMBRE COLECTIVO, imputable a las contribuciones realizadas para la actuación en común.

[24] GERMAIN ob. y tomo cit. pág. 593 n°. 725.

[25] GERMAIN ob. cit. Tomo II pág. 862 n° 2858.

[26] nto. El bien jurídico tutelado por la legislación concursal en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba., año 1979/80 pág. 261.

[27] Borda Contratos tomo II p. 207, Larenz Derecho de las obligaciones tomo 2 p. 393.

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

[29] Cfr. JAUFRETT, Alfred Manuel de Droit Commercial (Notions Générales sur les sociétés, p. 118/119).

[30] GERMAIN ob cit. pág. 555.

[31] "Les associés conviennent librement des objets, des formes ou propositions d'intérêt et des conditions de la société en participation"

[32] Compilación legislativa de Venezuela, Caracas, tomo I 1942 y conforme lo dispuesto por los arts. 364 y 368.

[33] El tema mereció nuestra atención juntamente a Jorge Fernando FUSHIMI en el reciente VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa