

NEGOCIOS Y PRÉSTAMOS CON PARTICIPACIÓN

Efraín Hugo RICHARD

Las reformas introducidas en la Ley General de Sociedades (LGS) y el Código Civil y Comercial (CCC), 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.

Las sociedades, incluso las 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.

Esta posibilidad se ve ahora potenciada con la remoción de la supuesta traba contenida en el art. 30 ley de sociedades (LSC), la eliminación de la denominación contenida en el art. 361 LSC de “sociedad accidental” al no personificado negocio en participación, ahora regulado en el CCC., y por una variante especial del préstamo contenida en el art. 1531 CCC.

1.La doctrina se había 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.

Nunca hemos tenenos dudas que esa forma de financiamiento era y es posible en nuestro país con ciertas limitaciones. Desde el I Congreso Argentino de Derecho Societario (Córdoba 1977) con la Prof. María Cristina Mercado de Sala¹ y luego en el II con ella y la Prof. Carmen Uanini², sostuvimos que la prohibición del art. 30 LSC para las sociedades por acciones no alcanzaba a los negocios en cuenta de participación (llamada anómalamente sociedad accidental), conforme las previsiones de los arts. 361 y ss. LSC. Luego nos unimos a Jorge Fushimi para analizar ese negocio en Argentina antes de la vigencia del CCC y LGS, que suele enfrentarse por una sociedad por acciones actuando como gestora de un fideicomiso para realizar un negocio determinado, cuando no actuando como fiduciaria.

¹ “LAS SOCIEDADES EN PARTICIPACION Y EL ART. 30 L.S. ponencia con María. Cristina Mercado de Sala en I Congreso de Derecho Societario Actas Pág. 179.

² “Algo más sobre las sociedades accidentales o en participación y el art. 30 de la ley de sociedades 19550 en II Congreso de Derecho Societario, con Carmen Uanini y María. C. Mercado de Sala.

2. Sin descartar esa modalidad presentamos el contrato en forma económicamente transparente, cual es la posibilidad que la sociedad presente a inversores negocios específicos, que los mismos no afronten como socios de la sociedad, sino formalizando aportes destinados a un fin específico, corriendo el riesgo de hasta perder ese aporte –mientras se mantenga como mero inversor-, y gozando del derecho no sólo a la rendición de cuentas del negocio sino a obtener la utilidad pactada. A su vez la sociedad gestora tendrá derecho, una vez liquidado el negocio, a obtener una ganancia y no meramente una retribución por sus servicios.

No se trata de un préstamo participativo, donde los intereses son substituídos por la cierta participación en la ganancia si existiere, pues en el préstamo se mantiene la obligación de devolver aunque hubiere quebranto, lo que no existe en el negocio en participación. El préstamo participativo ha sido recogido expresamente ahora en varias modalidades en el art. 1531 CCC, como analizaremos.

2. No es un negocio que se practique ostensiblemente, porque alguna doctrina dubito en aquellos Congresos sobre si la prohibición del art.30 LSC alcanzaba a cualquier tipo de sociedad, cuando una prohibición –aún una incapacidad, que no lo es- debe interpretarse restrictivamente, y el negocio en participación es una mal llamada sociedad, pues no es sujeto de derecho como lo son todas las sociedades. Ahora la cuestión doctrinaria ha sido relevada normativamente, disponiéndose: Sustitúyese el artículo 30 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 30.- Sociedad socia. “Las sociedades anónimas y en comandita por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo”.

Obviamente que al no ser sujeto de derecho, el negocio en participación o sociedad accidental no es un contribuyente en especial: En tal sentido, es fundamental tener presente que para ser considerado contribuyente o responsable de obligaciones tributarias, es necesario que se verifique el acaecimiento del hecho imponible y que éste le sea atribuible a alguien. Deciamos, con Fushimi³, vagamente “alguien” por cuanto el concepto de contribuyente o responsable no se agota en las personas físicas y jurídicas, sino que este es mucho más amplio y abarca, además, a la sucesión indivisa, patrimonios de afectación, asociaciones sin personalidad jurídica y “empresas”. Por lo tanto, deberemos analizar la situación de cada uno de los impuestos para determinar si al negocio en participación le es atribuible la calidad de contribuyente o responsable. La sociedad gestora se convierte en responsable del cumplimiento de la deuda ajena, al tratarse de “administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias...” (según Art.6, inc. e), Ley de Procedimientos Tributarios (LPT) 11.683 t.o.1998). La falta de normativa específica, genera la duda si, a su vez, el asociado al negocio participativo asume la misma responsabilidad personal y solidaria que el Art.8 inc.g) de la LPT reserva para los integrantes de UTE o ACE respecto de la deuda tributaria de estas figuras colaborativas.

Respecto al Valor Agregado, el I.V.A. grava actividades y no a sujetos. La respuesta fue dada por el dictamen de la Dirección de Asesoría Legal (DAL) 19/1998 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), donde se estableció que si el socio gestor diese a conocer la existencia de la sociedad accidental, ésta deberá ser inscripta como tal, pero que, si el socio no gestor obrase por sí, sin dar a conocer la existencia del negocio asociativo, sólo cabrá que éste se inscriba como contribuyente del Impuesto al Valor Agregado. La publicidad del negocio en participación o sociedad accidental podría

³ Nto. En Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo II *Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos* con Jorge Fernando Fushimi pág. 481.

generar responsabilidad del partícipe, lo que no consideramos conveniente, pero subrayando que no se trata de un negocio secreto, por lo que la sociedad lo puede asentar en su documentación jurídica y contable, pero parece inadecuado darlo a publicidad, por lo que el contribuyente IVA será la sociedad y la aplicación del impuesto parte de la rendición de cuentas, aunque será asumida por el gestor. Una cuestión relevante es si la distribución de los frutos del negocio participativo está gravada o no por el I.V.A. Si bien no existe una respuesta legal explícita a este punto, resultarían aplicables los dictámenes emitidos por la Dirección de Asesoría Técnica (DAT) de la Dirección General Impositiva (DGI y AFIP-DGI), respecto de negocios rurales de naturaleza parciaria, a partir de los cuales el hecho imponible del I.V.A. se perfecciona con la venta de los bienes y no con la distribución de los frutos referidos⁴, hecho el cual no queda alcanzado por este tributo. La terminología imprecisa, fruto de la inexistencia de una sistematización de las relaciones de organización, e incluso de una clara diferencia entre sociedades, relaciones asociativas, participativas y de colaboración es evidente, y sobre ello divagamos al referirnos al nuevo contrato de “cooperación”. Baste revisar la ley 25.269 que regula el “contrato asociativo de explotación tambera” para advertir que no se trata de un contrato asociativo sino participativo, una modalidad del negocio en participación, impropriamente también llamado “sociedad accidental o en participación”.

3.Frente al Impuesto a las Ganancias se plantean mayor cantidad de hipótesis. Debe plantearse el negocio desde la óptica de quien “presta” (aporta) el dinero y de quien recibe el dinero (“aporte”). En el caso de quien presta, deberemos analizar si es una persona física o una persona jurídica, quedando claro que el negocio parciario, por sí, no es contribuyente del impuesto a las ganancias. Aunque se discute si es sociedad se descarta que sea una persona jurídica⁵.

a.1) Si el aportante resulta ser una persona física, la naturaleza del contrato tendrá fundamental importancia, ya que se debería determinar si se trata de un préstamo o si se trata de un negocio asociativo. En efecto, si el negocio es considerado como un préstamo, los beneficios que le correspondan serán considerados como rentas de capital, es decir, ganancia de segunda categoría, por lo que los resultados se imputarán cuando sean percibidos. Si el negocio es considerado como una actividad empresarial, o bien no puede encuadrarse de una manera explícita en otra categoría, entonces deberemos encuadrar al resultado que se obtenga, como de tercera categoría. En este caso, la ganancia deberá imputarse por el criterio de lo devengado, o sea cuando se le rinda cuentas al partícipe, sin interesar si se acreditó o pagó –o no- el resultado del negocio. a.2.) Si el aportante fuese considerada “empresa”⁶, la naturaleza del negocio será irrelevante, por cuanto para éstas, toda ganancia está gravada sin necesidad de encuadramiento o categorización. a.3.) Quebrantos: En todos los casos, las pérdidas son perfectamente computables como tales en el impuesto a las ganancias, en la medida que las mismas estén debidamente documentadas y probadas. No existen razones ni motivos para que la atribución del resultado negativo no pueda ser debidamente asumida.

⁴ Los dictámenes referidos son: Dictamen DGI 81/1992 DAT (Capitalización de hacienda); DGI 39/1994 DAT (Contratos de Aparcería y Mediería) y AFIP-DGI 13/1999 DAT (Pastaje y capitalización de hacienda).

⁵ SOLÁ DE CAÑIZARES, Felipe *El contrato de participación en el derecho español y en el derecho comparado* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1954 pág. 24. GUAL DALMAU, María Asunción *Las cuentas en participación* Editorial Civitas, Madrid 1993, pág. 181 donde acepta la concepción amplia de sociedad cuando “persiguen en común un fin lícito”, aunque falte un patrimonio común y la ausencia de personalidad, “nada impide afirmar que la cuenta en participación sea una sociedad, si bien en su primer estadio de desarrollo”.

⁶ SOLÁ DE CAÑIZARES, Felipe *El contrato de participación en el derecho español y en el derecho comparado* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1954 pág. 24. GUAL DALMAU, María Asunción *Las cuentas en participación* Editorial Civitas, Madrid 1993, pág. 181 donde acepta la concepción amplia de sociedad cuando “persiguen en común un fin lícito”, aunque falte un patrimonio común y la ausencia de personalidad, “nada impide afirmar que la cuenta en participación sea una sociedad, si bien en su primer estadio de desarrollo”.

b) Para el receptor del aporte en participación (asociante): En la medida que éste desarrolla una actividad organizada bajo la forma de empresa, cualquiera fuese la forma jurídica que adopte, su actividad estará gravada en el impuesto a las ganancias. Si consideramos que éste operará como un socio gestor, entonces la totalidad de los resultados deben atribuírseles a él y, será éste quien deberá tributar el impuesto a las ganancias, conforme su forma societaria.

El problema que se plantea es que dependiendo de la forma en que se plantee y explicita el negocio jurídico, bien puede ocurrir que se produzca un problema de doble imposición. Para evitarlo, el negocio debería estar debidamente documentado y explicitado, de manera que resulte claro que una vez concluido, se procederá a la rendición de cuentas y, recién una vez acaecida ésta y atribuidos los resultados a cada uno de los partícipes, cada uno podrá declarar la ganancia por sí. Ello es obvio, por cuanto el gestor recién determinará la utilidad del negocio cuando rinda cuentas y devuelva la participación, y sólo retendrá la utilidad que le corresponda conforme el contrato de participación, sobre lo que tributará. Eventualmente deberá determinarse si al entregar utilidad al partícipe debe realizar una retención, según corresponda. “La posibilidad de que el partícipe vea retribuida su aportación queda siempre subordinada a los resultados netos obtenidos, para lo cual es imprescindible la previa liquidación de las operaciones con terceros”⁷. Al referirnos a la necesaria documentación y explicitación subrayamos que no se trata de un negocio secreto u oculto en nuestro derecho que sólo sanciona con responsabilidad del o de los partícipes, cuando el gestor hace conocer sus nombres con su consentimiento (art. 363 LSA). O sea que su publicidad es lícita, y sólo se altera la responsabilidad de los partícipes si éstos la consienten.

4. Frente al Impuesto sobre Bienes Personales: Esta hipótesis cabe sólo al aportante al negocio en participación, ya que –en este análisis– sólo éste puede ser una persona física. En esta hipótesis, el importe entregado al asociante deberá ser considerado como un crédito y, consecuentemente, forma parte del activo gravado, conforme lo establece el artículo 19 de la Ley 23.966 (y sus modificaciones) y su valuación incluirá las actualizaciones legales, pactadas o fijadas judicialmente (si correspondiera) y los intereses devengados hasta la fecha de cierre de cada ejercicio (31 de diciembre).

5. Como conclusión y remitiendo al trabajo con Jorge Fushimi donde se realiza un mejor análisis impositivo, ninguna de las leyes tributarias, 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, resulta necesario 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 criterios.

6. 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 –ya veremos alguna modalidad específica–, 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.

7

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 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 envíos de resúmenes, etc.).

Desde este punto de vista, es posible que proyectos de alto riesgo no resulten atractivos a inversores, salvo que la rentabilidad sea elevada, al no estar garantizada la restitución de los fondos aportados. Frente a ello no sería ilógico suponer que el aportante solicite garantías, en cuyo caso el negocio se desvirtuará convirtiéndose en un préstamo parciario.

Sin embargo, la alternativa puede llegar a ser una opción óptima⁸ 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.

7. 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 (disuelto), y 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. 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.

El Concurso preventivo no afectaría a este contrato⁹, que recién quedaría disuelto con la declaración de quiebra como hemos visto. 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.

8. Cerremos esta comunicación con la referencia a los préstamos en participación, regulados por el CCC. En efecto el Artículo 1531 reza: “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; b) el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las

⁸ Comparación con el contrato de fideicomiso. 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.](#)

⁹ ROITMAN, Horacio *Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes* Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, Pág. 243.

utilidades resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuario; c) el mutuario debe dar a los fondos un destino determinado”.

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 perdidoso 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. Impositivamente al ser un préstamo, el hecho imponible se generará no al devengarse utilidad sino en el momento de cancelación efectiva de intereses y capital.

La modalidad del inc. b) tiene una identidad –salvo en este aspecto impositivo- con el negocio en participación. Claro que en el concurso y en la quiebra del deudor podría tener inteligencias diversas, por los efectos respecto a todas las acreencias pendientes y no advertir que se haya creado un privilegio.

Se estimula así un capitalismo emprendedor, generador de trabajo y riqueza, atrayendo al capitalismo financiero. La modalidad debería ser una constante en la toma de préstamos internacionales por los gobiernos, tendiendo a que sociedades de inversión formalicen proyectos de inversión en infraestructura, aseguren los capitales –incluso a través de procesos licitatorios-, auditen la aplicación de fondos y el funcionamiento del proyecto para que los prestamistas obtengan el reembolso del préstamo con rendimiento superior a intereses normales, y al tiempo la obra de infraestructura quede a total beneficio del país tomador del préstamo..