

NEGOCIOS EN PARTICIPACION GESTADOS POR SOCIEDAD ANONIMA COMO FORMA DE FINANCIAMIENTO DE NEGOCIOS ESPECIFICOS

Efraín Hugo Richard y Jorge Fernando Fushimi

Abstract

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.

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.

Introducción

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 con ciertas limitaciones.

Desde el I Congreso uno de nosotros con la Prof. María Cristina Mercado de Sala y luego en el II con ella y la Prof. Carmen Uanini, sostuvo que la prohibición del art. 30 L.S.C. 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. L.S.C..

Recordando ello, nos hemos unido para analizar ese negocio actualmente en Argentina, que suele enfrentarse por una sociedad por acciones actuando como gestora de un fideicomiso para realizar un negocio determinado, cuando no actuando como fiduciaria.

Sin descartar esa modalidad queremos presentar la cuestión en forma quizá económicamente más 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 sustituidos 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.

Sabemos que no es un negocio que se practique ostensiblemente, porque alguna doctrina dubitó en aquellos Congresos sobre si la prohibición del art. 30 alcanza 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.

La indubitable legalidad del negocio, pero hemos querido ahondar en los problemas prácticos que su implementación en nuestro país generaría.

Desde el punto de vista tributario

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. Decimos 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. Sin embargo, también es justo reconocer que la sociedad gestora o asociante 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.

En el Impuesto al Valor Agregado

En principio, el I.V.A. grava actividades y no a sujetos, por lo que a la hora de pensar si una persona física o jurídica o cualquier otro responsable está alcanzado, lo que se debe analizar es si la actividad desarrollada está o no gravada frente al tributo. La generalización de este impuesto, determina que la regla general aplicable es la de que todo acto (venta de cosas muebles, locaciones de obra, de servicios o de cosas, importaciones y exportaciones⁽¹⁾) en principio está gravado salvo que exista una exención específica (aplicación extensiva del artículo 3, inciso e, apartado 21 de la Ley de I.V.A.⁽²⁾). Por lo tanto, lo único que debería determinarse es si en este

(1) Es necesario aclarar que la doctrina es unánime en afirmar que, si bien el artículo 8 inciso d) de la Ley de I.V.A. establece que las exportaciones están exentas del tributo, lo correcto es afirmar que las mismas están gravadas a tasa cero (0%).

(2) La Ley del Impuesto al Valor Agregado original es la N° 23.349, texto ordenado (t.o.) en 1997, con todas sus modificaciones.

negocio la sociedad que oficia de receptor del aporte en participación debe proceder a una inscripción diferente o si, por el contrario, debe inscribirse como si se tratara de un nuevo contribuyente. La respuesta, aunque aplicable a la sociedad accidental o en participación, 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.

Pensemos que la publicidad del negocio en participación o sociedad accidental podría generar responsabilidad del partícipe, lo que no consideramos conveniente. 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 gravado 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 referidos ⁽³⁾, 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 tampera" para advertir que no se trata de un contrato asociativo sino

(3) 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).

participativo, una modalidad del negocio en participación, impropriamente también llamado “sociedad accidental o en participación”.

Lo que evidentemente no podrá ocurrir, con fundamento en el Dictamen AFIP-DGI 92/1999-DAT, es que los saldos de I.V.A. a favor del contribuyente, que se pudieran generar a favor del gestor, puedan ser transferidos al partícipe del negocio parciario. Si bien el dictamen referido es aplicable para las Uniones Transitorias de Empresas, el principio subyacente sería el mismo. Sobre el tema de las UTES como supuestos contribuyentes uno de nosotros se ha explayado manifestando que ello lo es por la exorbitación de la actuación de las UTES y no por su uso conforme la legislación societaria ⁽⁴⁾.

Frente al Impuesto a las Ganancias

En este tributo es donde se plantean mayor cantidad de hipótesis para analizar. Así, deberemos plantearnos 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 jurídica ⁽⁵⁾.

a. Para el aportante:

a.1) Si el aportante resulta ser una persona física, la naturaleza del contrato tendrá fundamental importancia, ya que se debería

(4) Richard, Efraín Hugo, “Unión Transitoria de Empresas ¿sujeto de derecho? (en torno a curioso fallo de C.S.J.N.) *E pour si muove* (atribuido a Galileo Galilei)” en J.A. número sobre comentarios a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en <http://www.acader.unc.edu.ar>

(5) Solá de Cañizares, Felipe, *El contrato de participación en el derecho español y en el derecho comparado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 24. Gual Dalmau, María Asunción, *Las cuentas en participación*, Civitas, Madrid 1993, p. 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*”.

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 empresaria, 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 asumido.

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. En efecto, si el

(6) Debemos tener presente que la expresión empresa se utiliza de una manera diferente en materia de Derecho Tributario y en especial frente al Impuesto a las Ganancias, ya que este concepto encuadra no sólo a las personas jurídicas del derecho privado, sino también a las formas asociativas o colaborativas que carezcan de personalidad jurídica, los patrimonios afectados a un fin específico e incluso las personas físicas organizadas bajo la forma de empresa (explotaciones unipersonales).

receptor del aporte en participación oficia de socio gestor y es él quien tributa, al rendir cuentas por la ganancia obtenida, el aportante también deberá considerar a ésta como ganancia gravada, razón por la cual la misma ganancia tributará en dos ocasiones: al obtenerse y al distribuirse.

En nuestra opinión, 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⁾.

Se refuerza la idea de la necesaria documentación y explicitación de la naturaleza participativa del negocio, por cuanto el resultado de éste es independiente del resto de los demás negocios del asociante, de modo tal que al producirse la rendición de cuentas, si hubiera ganancias, éstas serán gravadas para el asociado (a priori), mientras que para el asociante el resultado puntual será absorbido por el resultado general de la actividad empresarial. Recordemos que el Impuesto a las Ganancias grava los resultados positivos de un ejercicio anual y no resultados concretos (con algunas excepciones puntuales y concretas, tal el caso de los beneficiarios residentes en el exterior). Cuando hablamos de la necesaria documentación y explicitación subrayamos que no se trata de un negocio secreto u oculto en nuestro derecho⁽⁸⁾ que sólo sanciona con responsabilidad del o de los partícipes, cuando el gestor hace conocer sus nombres con

(7) Gual Dalmau, María Asunción, *Las cuentas en participación* Civitas, Madrid, 1993, p. 254.

(8) Gual Dalmau, ob. cit., p. 192.

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.

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). Teniendo presente la especial naturaleza del aporte en participación, se deberá considerar especialmente si se han practicado rendiciones de cuentas parciales y si éstas reflejan -o no- incrementos por utilidades. De existir, el valor imponible será el del capital entregado con más estas ganancias devengadas.

Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta

El ingreso de los fondos participativos se reflejará necesariamente en el activo de la sociedad asociante. Por ello, si resultare contribuyente, tributará sobre los mismos y sin que el importe pagado pueda ser transferido al aportante a fin de ser compensado con futuras ganancias de éste. Por su parte, si el aportante fuese sujeto del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, y resultare contribuyente del tributo, deberá incluir en su activo alcanzado a estos importes. El artículo 3 inciso e), introduce alguna duda al respecto, toda vez que considera activo exento a las acciones y demás participaciones en el capital de otras entidades sujetas al impuesto, incluidas las empresas y explotaciones unipersonales, y los aportes y anticipos efectuados a cuenta de futuras integraciones de capital, cuando existan compromisos de aportes debidamente documentados o irrevocables de suscripción de acciones, con excepción de aquellos que devenguen intereses o actualizaciones en condiciones similares a las que pudieran pactarse entre partes independientes, teniendo en cuenta las prácticas normales del mercado. Dado que el aporte

participativo no puede ser entendido como aporte de capital ni similar, no sería posible aplicar la exención, pero en realidad se trata de una participación en el capital, limitada a un negocio, que -como los aportes irrevocables no aplicados- debe devolverse al partícipe aportante.

Resumiendo, ninguna de las leyes tributarias analizadas, 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 pudiesen suscitarse y unificar criterios. 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..."*⁽⁹⁾. 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.

Como método de financiación

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

(9) Véase en: http://www.cpcesfe2.org.ar/cgce/Jornadas/Jornadas_Tributarias_3/Conclusiones_3eras_tributarias_etc.doc

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 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 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.

No podemos soslayar la 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.

El negocio en participación frente a la quiebra y el concurso preventivo de la sociedad gestora

La quiebra de la sociedad gestora no afecta a los socios partícipes conforme resulta de la expresa previsión del art. 151 L.C.Q., 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 L.C.Q.-, tendrá derecho a la restitución del mismo, como indirectamente resulta del texto de la norma.

El Concurso preventivo no afectaría a este contrato⁽¹⁰⁾, 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.

(10) Roitman, Horacio, *Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 243.