

FORMAS DE PARTICIPACION EN NEGOCIOS AJENOS

Wilfredo García Noriega

Nuestro ordenamiento jurídico contempla diversas formas de participar en los negocios de otra persona. Haremos un análisis de tres figuras jurídicas contempladas por nuestra legislación: La Asociación en Participación, el Contrato de Cuentas en Participación y la Cláusula de Participación.

I. ASOCIACION EN PARTICIPACION

Esta figura jurídica tiene su antecedente más remoto en el Medioevo. En efecto, la *Commenda* es la institución que con algunas mutaciones propias del tiempo transcurrido hasta la fecha, debe considerarse como el antecedente de la Asociación en Participación del derecho moderno.

La *commenda* aparece ligada al préstamo marítimo; ambas tienen la misma causa de aparición. En la primera una persona busca un ventajoso empleo de su capital y en la segunda se pretende el financiamiento del negocio. De este modo ambas personas unen esfuerzos y bienes, acordando que una de ellas desarrolle una actividad, ya sea comercial o industrial, para beneficio común, y la otra contribuya en el negocio tan sólo con el riesgo del capital invertido.

Esta figura permitió que personas que no deseaban aparecer públicamente, básicamente personas ajenas al comercio, intervinieran en esta actividad económica.

Algunos autores como Von Gierke (1) coinciden en afirmar que

(1) VON GIERKE, Julio. *Derecho Comercial y la Navegación*. Buenos Aires, Ed. T.E.A., 1957, pp. 266 y 267.

ya a principios de la Edad Media se encuentra la commenda, por la cual dos personas se unen con el objeto de desarrollar una operación especulativa accidental.

En los países latinos, la commenda aparece bajo dos formas distintas:

1. La commenda unilateral, en función de la cual un capitalista (commendator) entrega mercancías o dinero al dueño de una empresa (traktator), a fin de que éste se marche al extranjero y lucre con los valores que le fueron encomendados, es decir, que venda las mercancías o emplee el dinero para efectuar compras. El beneficio así obtenido se reparte a su regreso.
2. La commenda con "aportes" de ambos participantes, que es denominada "collegianta o Societas". Destaca en esta segunda modalidad el factor social. Es en buena cuenta una sociedad accidental con aportes de ambos participantes.

Sin embargo, frente a terceros sólo actúa el traktator, quien es el único responsable por las obligaciones que asuma con éstos.

Naturaleza jurídica y el problema de la personalidad jurídica de la Asociación en Participación

El precisar la naturaleza jurídica de esta institución ha sido motivo de arduas discusiones, ya que mientras para algunos autores la Asociación en Participación debe considerarse como una sociedad accidental e incluso como una sociedad irregular, para otros tratadistas no es más que un contrato.

Conviene precisar que dentro del derecho mercantil peruano, la Asociación en Participación se ubica dentro de la normatividad sobre formas asociativas para el comercio en sentido genérico, pero no puede considerársele como una sociedad en sentido estricto por los siguientes caracteres diferenciales:

- a) El pacto no se revela a terceros; es oculto entre las partes.

- b) No requiere publicidad ni inscripción en Registros Públicos.
- c) El Asociante contrata con terceros a nombre personal y no obliga con sus actos al asociado.
- d) No se constituye un *patrimonio separado* del de los participantes, que le sea propio a la Asociación.
- e) No se constituye ni se crea una *persona jurídica diferente*, ya que lo que existe tan sólo es una pura relación contractual entre las partes.
- f) Falta la "affectio societatis" o razón comercial común, pues el negocio es del asociante. El contrato tan sólo otorga al asociado el derecho a participar en los resultados del negocio en las proporciones acordadas en el pacto.

Tampoco puede ubicarse a la Asociación en Participación dentro de las sociedades irregulares, ya que éstas se presentan en aquellos casos de sociedades que ofrecen vicios de forma bajo algunos de los tipos autorizados de sociedad; siendo así que la figura jurídica que nos ocupa tiene un tratamiento legislativo específico que le es propio y diferencial de las sociedades en general, tal como hemos anotado anteriormente.

Para el tratadista Ulises Montoya Manfredi (2) la Asociación en Participación es un contrato de naturaleza mercantil, según el cual el Asociante conviene con el Asociado en que éste participe en la proporción en que ambos acuerden en las utilidades o pérdidas de la empresa o negocios del asociante.

Nuestra Ley General de Sociedades contempla a la Asociación en Participación dentro de la Sección Sexta del Libro Tercero y bajo el título específico de Asociación en Participación, artículos 398 a 405.

Al respecto, el artículo 402 establece claramente que la

(2) MONTROYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*. (Tomo I, p. 384).

Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica. A su turno, el artículo 400 dispone que la Asociación en Participación es un "*Contrato*" que debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el registro.

Por lo expuesto, somos de opinión que la Asociación en Participación en el derecho peruano no es ni una sociedad mercantil, ni sociedad irregular, sino tan sólo un contrato de naturaleza mercantil, propio y distinto de otras figuras jurídicas.

Elementos personales

Si analizamos el contenido del artículo 298 de la Ley General de Sociedades, colegimos que son dos los sujetos de la relación en el contrato bajo análisis:

Asociante. Sujeto que concede participación tanto en las utilidades como en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios que él dirige o realiza y por los que se responsabiliza frente a terceros.

Asociado. La persona que aporta bienes o servicios, estableciéndose así un nexo que le hace participar en los resultados de la Asociación.

Los sujetos de la relación pueden ser tanto personas naturales como jurídicas, con la única condición de tener capacidad legal de goce y de ejercicio; es decir, de ser hábiles para contratar y obligarse y de no estar impedidos de ejercer el comercio.

Cabe la posibilidad que una pluralidad de socios intervengan en una relación jurídica con un único asociado. Por el contrario, el asociante no podrá atribuir participaciones para la misma empresa o negocio a varios asociados sin el consentimiento del anterior asociado, salvo que exista pacto expreso en contrario (artículo 399).

Elementos formales

El único elemento formal que exige la Ley en su artículo 400 es que el contrato conste por escrito.

No obstante, la ley no sanciona con la nulidad la inobservancia de la forma indicada, por lo que según el artículo 144 del Código Civil ésta constituye tan sólo un medio de prueba de la existencia del acto y no condición de la validez del mismo.

Responsabilidad de las partes frente a terceros

Como ya hemos señalado anteriormente, el Contrato de Asociación en Participación no es conocido por terceros que puedan eventualmente contratar con el Asociante.

El artículo 401 de la Ley General de Sociedades, dispone que el Asociante obra en nombre propio y por tanto será el único responsable de las obligaciones por él contraídas.

De ello se desprende la inexistencia de relación jurídica entre los terceros y el Asociado. Los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente al Asociado, ni éste ante aquéllos.

Administración de los negocios

Al carecer la Asociación en Participación de personalidad jurídica y ser el Asociante el que contrata con terceros, la Administración de los negocios corresponderá a su dueño, es decir al Asociante, quien es su único gestor (art. 403).

En opinión de Ulises Montoya Manfredi (3) es ésta la única condición esencial del convenio; y es ésta la causa fundamental de la exclusiva responsabilidad del Asociante frente a los terceros.

Coincidimos con Messineo (4) y con Joaquín Garrigues (5), que aun cuando el Asociado no tiene el poder de participar en la gestión de la empresa o del negocio, tiene el derecho a la rendición de

(3) *Op.cit.*, p. 386.

(4) MESSINEO, Franceso. *Derecho Civil y Comercial*. & 153, p. 9.

(5) GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, p. 56.

cuentas definitiva del negocio realizado o a la rendición de cuentas periódica si el negocio se prolongara por más de un año.

Asimismo, asiste al Asociado el derecho de ejercer una acción de control sobre los hechos administrativos internos, de acuerdo a lo estipulado en el contrato (art. 403).

El Asociante Administrador deberá actuar respetando lo convenido en el contrato a éste respecto, con el cuidado que se exige al comerciante leal, absteniéndose de actos de competencia desleal respecto de su co-asociado.

Pacto de participación

Desde el punto de vista económico es éste el aspecto más importante del Contrato de Asociación en Participación. De su correcta concepción, quedarán claramente determinadas dos situaciones fundamentales de la relación jurídica materia de estudio: el reparto de utilidades y la responsabilidad en las pérdidas del negocio.

En aplicación de un principio general a todas las relaciones de Asociación, el Asociado participa en las pérdidas en la misma medida en que participa en las utilidades, salvo pacto en contrario. Sin embargo, las pérdidas que afectan al Asociado no pueden superar al valor de su aporte (art. 405).

Según el propio texto del artículo 398 de la Ley General de Sociedades, que define a la Asociación en Participación, la proporción en que Asociante y Asociado participan en las utilidades "o" en las pérdidas queda librada al acuerdo entre las partes.

En nuestra opinión la conjunción copulativa "o" no se refiere a la posibilidad de Asociarse sólo a las utilidades o sólo a las pérdidas, sino, por el contrario, está referida al resultado aleatorio de la participación: si hubo utilidades, se participa en éstas; o en las pérdidas, si fue esto lo que se logró en la operación.

Diversas ejecutorias comentadas por el Dr. José Muci-Abraham

(6), referidas a las Asociaciones en Participación en el derecho venezolano, así lo confirman:

"La Asociación en Participación supone un aporte que puede producir utilidad o pérdida..." (7).

"En las Asociaciones en Participación el partícipe ha de aportar al asociante el dinero o los valores que se estipulen y ha de participar no solamente en las ganancias, sino también en las pérdidas" (8).

"Para que exista Asociación en Participación los asociados deben participar tanto en los beneficios como en las pérdidas" (9).

"No hay Asociación en Participación cuando sólo se participa en las ganancias y no se soportan las pérdidas, es decir cuando no hay "aleatoriedad" (10).

"No hay Asociación en Participación cuando sólo se participa en las ganancias y no se soportan las pérdidas, lo que ocurre cuando se asigna un beneficio fijo al supuesto partícipe" (11).

-
- (6) MUCI-ABRAHAM, José. *Asociaciones en Participación, Jurisprudencia y doctrina administrativas, compiladas y anotadas.*
- (7) *Op.cit.* Sentencia del 8 de noviembre de 1955. (Gaceta Forense 1955, No. 10, Vol. II, pp. 83 y 84).
- (8) *Op.cit.* Sentencia del 3 de mayo de 1956 (Porrás Rengel, Juan. Tomo II, pags. 1664 y 1665).
- (9) *Op.cit.* Corte Superior de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Sentencia de 14 de agosto de 1959.
- (10) *Op.cit.* Dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Trabajo del 10 de octubre de 1956.
- (11) *Op.cit.* Dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Trabajo de 7 de octubre de 1961.

Afirmar lo contrario, es decir librar a una de las partes de todo riesgo, supondría desnaturalizar la forma de Asociación que nos ocupa.

II. CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION

El artículo 406 de la Ley General de Sociedades regula el Contrato de Cuentas en Participación, el cual puede adoptar dos formas distintas:

- a) Aquel por el cual una persona se interesa en las utilidades de una empresa, sin participación en las pérdidas de la misma.
- b) El contrato por el que un contratante atribuye participación en las utilidades y en las pérdidas de su empresa, sin que corresponda un determinado aporte.

Adviértase que a diferencia del Contrato de Asociación en Participación que hemos visto anteriormente, el Contrato de Cuentas en Participación posibilita la participación de uno de los contratantes exclusivamente en las utilidades de una empresa, sin participar en las pérdidas de la misma.

Asimismo, admite la participación de uno de los contratantes en las utilidades y en las pérdidas de la empresa del otro, sin que ello responda necesariamente a una contraprestación que deba de efectuar el participante.

Naturaleza jurídica

Desde el punto de vista estructural, el contrato de cuentas en participación es un contrato consensual, oneroso y de ordinario no formal, ya que la ley no exige formalidad alguna. Las partes podrán elegir aquélla que juzguen conveniente, sobre todo a efectos de probar la existencia del acto.

El pacto que celebran las partes no requiere de inscripción en registro alguno y por tanto es oculto entre quienes lo celebran.

Los sujetos de la relación contractual son dos:

Empresario. Dueño del negocio, quien concede participación en las utilidades exclusivamente, o en las utilidades y pérdidas de la empresa de su propiedad, que él dirige, y por la que se responsabiliza frente a terceros.

Participante. Persona que con o sin aporte de bienes o servicios, participa en las utilidades exclusivamente en el primer supuesto, o en las utilidades y pérdidas en el segundo, que se obtengan en la empresa del co-contratante.

Caracteres comunes con la Asociación en Participación

El Contrato de Cuentas en Participación comparte con la Asociación en Participación, los siguientes caracteres:

- Responsabilidad exclusiva del empresario frente a terceros, por cuanto actúa a nombre propio y sin obligar al participante que permanece oculto (art. 401).
- Gestión de la empresa exclusivamente a cargo del dueño del negocio, quien lo administra según su criterio.
- Control del participante sobre la empresa, según lo pactado en el contrato.
- Derecho del participante a la rendición de cuentas definitiva o periódica, con el objeto de asegurar su participación en los resultados del negocio por el que se interesa.

Participación en la empresa

El contrato materia de análisis permite la participación tan sólo en las utilidades de la empresa, sin participar en las pérdidas, en aquellos casos en que dado el interés que tiene el participante éste realice determinado aporte.

Por el contrario, en aquellos casos en que no efectúe aporte alguno éste deberá participar tanto en las utilidades como en las pérdidas de la empresa. En este último caso la nota diferencial con el Contrato de Asociación en Participación está dada precisamente por la falta de aporte, ya sea en bienes o en servicios, que exige el artículo 398 para que se configure el contrato de Asociación en Participación.

Según la sentencia del 5 de noviembre de 1943 emitida por el Tribunal de Trabajo de Caracas-Venezuela (12), el tribunal admitió que el caso de autos se trataba de una Cuenta en Participación pues el actor tendría participación tan sólo en las utilidades y no en las pérdidas del negocio y, por tanto, su aceptación a este acuerdo debía constar por escrito como prueba de la participación.

En nuestra legislación mercantil, el artículo 406 de la Ley General de Sociedades conceptúa el Contrato de Cuentas en Participación como aquel en que una persona se interesa en las utilidades de una empresa sin participar en las pérdidas de la misma.

Cabe, de otro lado, destacar que las utilidades convencionales que se prometen a empleados u obreros en adición a su salario fijo, no constituyen contrato de Cuentas en Participación, ya que una y otra se originan en causas diferentes. El Contrato de Cuentas en Participación que da lugar a la participación en las utilidades de un negocio constituye un acto de comercio; en cambio la prestación de servicios por parte de obreros y empleados es un acto netamente laboral, con consecuencias que le son propias.

III. CLAUSULAS DE PARTICIPACION

Dentro del esquema del desarrollo de precios y las pérdidas del poder adquisitivo de la moneda, existe una contradicción entre el principio nominalístico según el cual un Sol vale siempre un Sol, y la necesidad de que las partes en una relación contractual puedan

(12) *Jurisprudencia de la Ley del Trabajo*. Caracas s/f. Tomo II, pp. 1661 a 1664, No. 1

adoptar normas para ajustar sus prestaciones pecuniarias a las variaciones del poder adquisitivo de la moneda.

Para corregir las prestaciones representadas en sumas de dinero, de los desajustes provocados por la inflación, el derecho privado extranjero ha desarrollado las denominadas cláusulas de valor o cláusulas índices (13), dentro de las cuales se ubican las cláusulas de participación que tratamos en este acápite.

Ya el Código Civil peruano de 1984, que consagra como regla el principio nominalístico legislado en el artículo 1234 de dicho cuerpo legal, admite que las partes puedan acordar que el monto de su deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, o a otras monedas o a mercancías a fin de mantener dicho monto en valor constante (artículo 1235).

La doctrina inglesa (14) distingue la necesidad de proteger el contrato contra alteraciones o variaciones en el valor externo y en el valor interno de la moneda.

Las alteraciones externas en el valor de la moneda son aquellas que se refieren al valor o paridad de cambio de la moneda local en relación con monedas extranjeras, como por ejemplo la paridad del Sol con el dólar.

Las cláusulas usadas para proteger al contrato de las variaciones del valor externo son las Cláusulas de Moneda Extranjera.

Las alteraciones en el valor interno de la moneda son aquellas que se refieren a las variaciones en el valor de la moneda con relación a su propio poder adquisitivo, independientemente de las alteraciones de la moneda en mercados internacionales.

(13) OTIS RODNER, James. *La Inflación y el Contrato, el uso de la Cláusula Valor*. En: *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello 1978-1979, Caracas, Venezuela.

(14) MANN, F. *The Legal Aspects of Money*. Oxford 1971, p. 124.

Es para proteger al contrato de sus variaciones internas que se crean las Cláusulas de valor, las cuales incluyen Cláusulas índices estadísticos, cláusulas mercadería como las cláusulas oro y trigo y cláusulas costo real, tan usadas en los contratos de obras y de compraventa con entregas diferidas; y las *cláusulas de Participación*, usadas en los arrendamientos comerciales e industriales.

Cláusulas de Participación en el Contrato de Arrendamiento

Trataremos en adelante la aplicación de las Cláusulas de Participación en el Contrato de Arrendamiento comercial, en las que la obligación del deudor se ajusta de acuerdo con las variaciones de valores que tienen relación con el objeto de su actividad, es decir del comercio. En ellas se estipula la contraprestación como una obligación de valor, en lugar de una obligación de dinero.

En el contrato de arrendamiento una de las partes (Arrendador) se obliga a ceder temporalmente a la otra (Arrendatario) el uso de un bien por cierta renta convenida (artículo 1666 del Código Civil).

El arrendamiento ordinariamente se cumple en un plazo mediano, entre uno y diez años, por lo cual el arrendador siempre tendrá interés en proteger el valor económico de la prestación que va a recibir del arrendatario.

El arrendador al utilizar una cláusula de participación, persigue dos fines diferentes: buscará en primer lugar una fórmula para proteger la renta convenida contra la inflación, y en segundo término buscará que la renta que reciba represente un porcentaje aceptable del valor de mercado de la cosa dada en arrendamiento.

En los contratos de arrendamiento de locales comerciales, se usa con frecuencia, para la fijación de la renta, Cláusulas de Participación en el comercio o actividad del arrendatario, lo cual es una manera indirecta de participar en el negocio del arrendatario.

La modalidad más típica de Cláusula valor en el arrendamiento es la Cláusula de Participación en un porcentaje de las operaciones o ganancias del arrendatario.

En la estructura ordinaria de la Cláusula de Participación, el Arrendatario se obliga al pago de un alquiler base o mínimo, más un porcentaje predefinido de la rentabilidad del comercio del arrendatario. Por ejemplo, se alquila un local comercial y se pacta una renta mínima de US\$ 100 más un 10% de sus ventas brutas.

En la Cláusula de Participación el Arrendador no participa en las pérdidas del arrendatario.

Para la doctrina y jurisprudencia argentina, la Cláusula de Participación convierte al Contrato de Arrendamiento en un Contrato de Cuentas en Participación, donde el comerciante otorga al propietario del inmueble o arrendador una participación en su negocio.

Discrepamos de tal posición, ya que de acuerdo a lo explicado al tratar el Contrato de Cuentas en Participación, sería menester que la participación se establezca sobre las utilidades y no exclusivamente sobre los ingresos brutos por las ventas.

La doctrina norteamericana nos señala cuatro Cláusulas que en la práctica deben de considerarse para el Arrendamiento con Cláusula de Participación:

1. *Cláusula de alquiler mínimo*

El alquiler mínimo está fijado como una suma de dinero determinada, y puede establecerse ya sea como un monto mínimo al cual se suma el valor de participación, por ejemplo US\$ 100, más un porcentaje de las ventas, o como una obligación alternativa: la suma de US\$ 100 o un porcentaje sobre las ventas.

Conviene anotar a este respecto que como en el Perú la elección de la obligación alternativa corresponde al deudor (inquilino), salvo pacto en contrario, se establezca de manera expresa que corresponderá al arrendador escoger entre la renta mínima o la participación. En caso contrario, el arrendatario (deudor de la obligación alternativa) siempre escogerá la prestación que le resulte menos onerosa.

2. *Cláusula de porcentaje*

El porcentaje debe estar referido a algún indicador de la actividad del arrendatario, como por ejemplo ventas netas, ventas brutas, o ganancias. Ordinariamente se usa un porcentaje sobre las ventas brutas.

Asimismo, la participación puede ser fija sobre el monto, o variable, o escalonada. En el porcentaje escalonado éste se establece como creciente a medida que se experimente un incremento en las ventas del arrendatario.

3. *Cláusula de fiscalización*

La fiscalización de las cifras del arrendatario es el riesgo más grave que corre el arrendador. La práctica aconseja establecer períodos cortos de liquidación de la participación, como liquidaciones quincenales o mensuales y el derecho del arrendador de inspeccionar los libros del arrendatario.

Un mecanismo adicional de control es la revisión de los pagos del Impuesto General a las Ventas, que se liquida sobre la base de las ventas brutas del comerciante.

4. *Cláusula de alquiler neto*

En el alquiler neto el arrendatario asume directamente todos los costos aplicables al local arrendador, como energía eléctrica, agua, arbitrios, cuotas por servicios comunes o específicos que se presten al inmueble, etc.

Lima, 1991