

Contrato parciario

Caracterización dogmática, legislación aplicable

Xabier Basozabal Arrue

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III, Madrid

273

Abstract

El estudio del préstamo parciario representa una de las mejores oportunidades de distinguir los contratos sinalagmáticos parciarios de los contratos asociativos. Cuando las prestaciones principales y su función típica coinciden en figuras contractuales de acusadas diferencias en su caracterización dogmática, como son el préstamo parciario y las cuentas en participación, la duda de estar complicando innecesariamente un único fenómeno jurídico resulta razonable. La distinción exige delicadeza en el planteamiento metodológico, lo que sin duda contrasta con el trato legislativo que ha recibido el préstamo participativo, rubricado por el incomprensible olvido de la Ley Concursal.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Entre el contrato sinalagmático parciario y el contrato asociativo**
- 3. Metodología para la distinción**
- 4. La perspectiva adecuada**
- 5. La normativa específica**
- 6. El préstamo participativo y la Ley Concursal**
- 7. Bibliografía**

1. Introducción

Cuando el prestatario y el prestamista acuerdan que la remuneración a percibir por éste consista en una parte de la ganancia que aquél obtenga mediante la operación financiada, nos encontramos ante un negocio parciario del que se discute si sigue mereciendo la denominación de préstamo, si se convierte en un contrato de cuentas en participación, o en un contrato atípico a caballo entre éstas y aquél, o si las partes pueden optar por elegir una u otra figura, con sus respectivas regulaciones (GARCÍA VILLAVERDE, 1994, p. 1084).

Díez-Picazo afirma que "la inserción de una prestación parciaria en un determinado tipo contractual no altera por sí el esquema de este contrato, ni transforma su naturaleza", y siguiendo este planteamiento habría que concluir que el préstamo parciario es "un contrato típico con prestación parciaria" (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 381. Véanse también GARCÍA VILLAVERDE, 1994, p. 1085. GUAL DALMAU, 1993, p. 110, nota 42. JIMÉNEZ DE PARGA, 1984, p. 27). Por el contrario, el Tribunal Supremo no parece inclinado a permitir que se siga llamando préstamo a la operación de cesión de capital por la que el cedente recibe a cambio una parte de la ganancia obtenida por el cesionario: "este Tribunal (...) estableció que entregar dinero para percibir una participación en las utilidades de los negocios del que lo recibe era incompatible con el préstamo, por ser las características de éste, o ser gratuito, o devengar un interés fijo predeterminado" (STS, 1ª, 6.10.1956 (Colección de Jurisprudencia Civil de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LVII-I, nº 64; MP: Cayetano Oca Albarellos)). La sentencia a la que hace referencia es la de 25.6.1956 (Colección de Jurisprudencia civil de la *RGLJ*, Tomo LVI-II, nº 177; MP: Acacio Charrín y Martín Veña), según la cual, el contrato enjuiciado no puede considerarse como préstamo, "porque ni es gratuito ni devenga un interés fijo predeterminado que son las características del préstamo en este extremo, sino que da a los que entregan el dinero una participación en los negocios del que los recibe, incompatible con el préstamo"). Obsérvese sin embargo que de tomar al pie de la letra esta última afirmación, tampoco el préstamo con interés variable podría considerarse *préstamo*, aunque nadie parece haber sentido necesidad de llamarlo de otro modo.

En realidad, teniendo en cuenta que la tipicidad del préstamo oneroso en nuestro Código civil se limita a su reconocimiento (art. 1755 CC), no parece razonable que cualquier modificación respecto del exiguo marco legal lo convierta en un negocio atípico. La STS, 1ª, 9.5.1944 (Ar. 665), afirma "que si bien los preceptos legales relativos al contrato de préstamo sólo imponen al prestatario la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad y la de pagar intereses -cuando así se pacte- del capital prestado, ello no es óbice para que a dicho contrato puedan agregarse, por voluntad de las partes, pactos accesorios y de garantía". Sin embargo, la SAP Granada, Civil sec. 3ª, 10.12.1996 (AC 1996\2564; MP: Juan Carlos Terrón Montero) estima que el acuerdo de participación en la ganancia provoca un "negocio jurídico atípico, con cláusula parciaria".

Según Albiez Dohrmann, "[l]a inserción de una cláusula parciaria en una relación contractual por voluntad de los contratantes tiene a veces sólo un significado accesorio que no desnaturaliza el tipo contractual elegido por las partes (...). Otras veces, como sucede en los contratos de aparcería, la cláusula

parciaria configura de una manera muy particular la relación contractual, de tal manera que convierte a la relación en un «contrato *sui generis*» (ALBIEZ DOHRMANN, 1992, pp. 46 y 47).

El propio el Tribunal Supremo, en la sentencia de 21.3.56 (Colección de Jurisprudencia Civil de la RGLJ, Tomo LV-I, nº 67; MP: Francisco Arias y Rodríguez-Barba), se decanta, ante la complejidad del supuesto contractual enjuiciado, por un contrato atípico, más cercano al de cuentas en participación que al de préstamo:

"Considerando que la variedad de pactos propios de diversas figuras jurídicas que contienen el contrato de 17 de abril de 1947, no permiten encuadrarle en la calificación exclusivista de uno de éstos, y debe ser estimado como un *contrato atípico*, si bien por contener los elementos que determinan los artículos 239 y 241 del Código de Comercio de que se interese una persona en las operaciones comerciales de otro, contribuyendo para ellas con una cantidad para participar en sus resultados, sin adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, *guarda más analogías con el de cuentas en participación que con el de préstamo* u otro cualquiera, pues la omisión en él de declaración expresa sobre participación en las pérdidas no empece para su existencia ni le da otro carácter especial, lo mismo que esa omisión no cambia la naturaleza de la sociedad civil, según se desprende del artículo 1689 del Código civil, que prevé el caso de que tal sociedad se constituya con pacto únicamente sobre las ganancias, como tampoco supone nada en contra de esto y del espíritu de los artículos 239 y 241 del Código de Comercio, el que necesariamente se añada en el mencionado contrato la cláusula de que pueda asistir el socio cuenta-participante con voz y voto a las juntas de los socios ya que esto no es más que una garantía que se le concede para poder defender sus intereses, y el artículo 243, que el recurrente estima infringido, en nada se opone a las devoluciones parciales del capital entregado ni llega a dar completo carácter de préstamo a la convención discutida las estipulaciones de un interés fijo de 5 por 100 anual ni de la devolución parcial a plazos fijos y hasta la total del capital aportado a voluntad de la Sociedad gestora, pues son facilidades dadas a éstas para librarse de la carga del interés fijo, el cual tiene el aspecto de un número de utilidad garantizado a ese socio y le alejan de tal carácter de préstamo sus pactos de gran importancia económica y comercial de la participación en los beneficios y la intervención en las juntas de los socios, por lo cual deben serle aplicadas, fuera de lo que expresamente dispone, las normas que rigen ese contrato de cuentas en participación (...)".

Por su parte, la doctrina mercantil explica el préstamo parciario como un contrato mixto, "que tiene como base el préstamo, al que se le añade un pacto parciario", y cuya posibilidad y validez queda garantizada por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) (GARCÍA VILLAVERDE, 1994, p. 1087. Se aproximan también al préstamo parciario, aunque para distinguirlo de las cuentas en participación, GARRIGUES, 1964, p. 192. GUAL DALMAU, 1993, pp. 110 y 111).

Uno de los factores que más contribuyen a que, ya desde una primera aproximación, la figura del préstamo parciario resulte imprecisa y controvertida es el riesgo de confusión con el contrato de cuentas en participación (arts. 239 y ss. CCom); por ello conviene comenzar por distinguir los contratos sinalagmáticos parciarios de los asociativos.

El artículo 239 del Código de comercio caracteriza las cuentas en participación afirmando que "podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen". Como se ve, un concepto tanto o más esquivo que el de los préstamos participativos. Sobre el contrato de cuentas en participación, véanse FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998,

pp. 259 y ss.. FERNÁNDEZ-NOVOA, 1962, pp. 429 y ss.. GARRIGUES, 1964, pp. 181 y ss.. GIRÓN, 1976, pp. 76 y ss.. GUAL DALMAU, 1993, pp. 87 y ss.. MADRID PARRA, 1997, pp. 456 y ss.. SERRA MALLOL, 1991.

2. Entre el contrato sinalagmático parciario y el contrato asociativo

Se suele afirmar que en los negocios parciarios la ganancia no representa un fin común, como en los asociativos, sino una magnitud para el cálculo de una de las prestaciones (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 310 y ss.. PAZ-ARES, 1993, p. 1314). Sin embargo, resulta difícil concebir cuál es el "fin" o "promoción" común del contrato societario de cuentas en participación que no quepa apreciar en el esquema sinalagmático del préstamo parciario (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, p. 313). Tal y como destacan algunos autores alemanes, en todo negocio parciario cabe apreciar un componente societario (*Gesellschaftähnlichkeit*), en tanto que todo partícipe en la ganancia que otro obtenga está interesado en que ésta sea la mayor posible, lo que supone a su vez una mínima promoción del interés común (realizar la aportación), y el reconocimiento de ciertas facultades de información, consulta y rendición de cuentas, que son típicas de la relación societaria (LARENZ, 1981, pp. 431 y 432. CANARIS/LARENZ, 1994, p. 57).

Por ello, aunque no son pocas las diferencias entre los negocios parciarios y los asociativos (DÍEZ-PICAZO, 1993, pp. 378 y ss.), nada impide que la definición de préstamo parciario encaje en el vago concepto que de las cuentas en participación proporciona el Código de comercio, o que estas mismas hayan sido consideradas como negocio parciario (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 377. ALBIÑANA, 1949, p. 60), lo cual no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que, precisamente quien no duda de la naturaleza societaria de las cuentas, reconoce que el esquema organizativo adoptado por el legislador al redactar los artículos 239 y ss. CCom "descansa sobre el binomio «acreedor-deudor»" (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998, p. 302).

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico alemán, Karsten Schmidt llega a la conclusión de que el codificador de las cuentas en participación (*stille Gesellschaft*) concibe la *relación obligatoria* entre partícipe y gestor como una *sociedad*, pero la *relación participativa* de aquél en el negocio de éste como un *crédito cualificado* (SCHMIDT, 1976, pp. 475 y ss.; 1997, p. 1840). Para mantenerla, defiende que la participación del cuenta-partícipe no constituye *patrimonio responsable* de la sociedad participada, sino *patrimonio prestado*, de aquí que en la quiebra del gestor el partícipe se sitúe junto a los acreedores, en lugar de junto a los socios. Esto es así porque es posible (y debido) diferenciar entre las funciones a las que sirve la "sociedad participada" (*stille Gesellschaft*) y la función que cumple la "participación" (*stille Einlage*) en ésta, que siempre es de crédito (SCHMIDT, 1976, pp. 479 y 480).

La doctrina española resuelve el problema afirmando que "si entendemos que en las cuentas en participación no puede ser excluida la participación en las pérdidas -y así se desprende del art. 239- la distinción es clara. (...) En definitiva, es el dato externo de la participación o no participación en las pérdidas lo que permite diferenciar un contrato de otro" (GARRIGUES, 1964, pp. 192 y 193. Véanse también ALBIEZ DOHRMANN, 1992, p. 84. BROSETA, 1984, p. 268. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998, p. 311. GARCÍA VILLAVARDE, 1997, p. 14. GIRÓN, 1976, p. 77. GUAL DALMAU, 1993, p. 105. MADRID PARRA, 1997, p. 458. PALÁ LAGUNA, 1998, p. 464. SERRA MALLOL, 1991, p.

48). Ahora bien, sin negar el papel que -como se verá- la participación en las pérdidas juega en la calificación de un contrato como asociativo, ni su carácter esencial en el contrato de cuentas en participación, hay que reconocer que no puede servir como criterio de distinción de ambas figuras cuando nada se haya pactado sobre ello, ni excluye *a priori* que en el préstamo parciario quepa arriesgar el capital prestado (¿o es que el prestatario que arriesga el capital se convierte en cuenta-partícipe?), como ocurre en el *préstamo a la gruesa* cuando se pierden la nave y la mercancía.

Así lo reconoce la STS, 1ª, 22.5.1987 (Ar. 3555; MP: Matías Malpica González-Elipe) al rechazar la pretensión del recurrente según la cual, si se trata de un préstamo parciario, como la Sala *a quo* pretende, no se concibe que no se ordene la devolución del dinero prestado; a lo que responde el Tribunal que "coherentes en el fondo, la liquidación de unas *cuentas en participación*, de una *sociedad civil* y de un «*préstamo parciario*» en todas las que hay esa concurrencia de intereses y coparticipación de resultados económicos, se evidencia que la devolución del capital prestado está subsumido y en función de los resultados del negocio coparticipado que es esencia jurídica del mismo, coincidente con la finalidad económica y por ende causal, propuesta por las partes contratantes". En el caso sentenciado, el Tribunal Supremo califica de contrato de cuentas en participación el que la Sala *a quo* había calificado de préstamo parciario, y ello porque, siendo sus efectos coincidentes (tanto uno como otro "nos lleva a la misma solución"), la Sala había considerado la naturaleza de préstamo "por no ser comerciante ninguno de los elementos personales del contrato", y el TS afirma la condición de comerciante de una de las partes, "lo que ajusta la calificación de cuentas en participación a la relación entre partes".

Todo ello invita a deshacer el nudo de la distinción, para lo que resulta de gran utilidad observar el papel que tanto la participación en las pérdidas como los otros criterios de distinción juegan en ordenamientos jurídicos en los que ésta resulta especialmente difícil por permitirse la figura del cuenta-partícipe liberado de las pérdidas.

Decía Garrigues de estos ordenamientos que "se ven obligados a acudir sólo a un criterio intencional" de distinción, que "consistiría en la voluntad efectiva de colaboración o *affectio societatis* del partícipe y del gestor (...) Bien se comprende que se trata de un criterio sumamente sutil propio de la jurisprudencia conceptual" (GARRIGUES, 1964, p. 193).

3. Metodología para la distinción

Entre los autores alemanes es opinión común que la participación en las pérdidas excluye las figuras negociales parciarias y obliga a reconocer la existencia de una relación societaria; tampoco se duda de que hay sociedad, y no mera relación de crédito, cuando se hayan acordado aspectos organizativos propios de las sociedades —constitución de un consejo, reparto contable del patrimonio—, aunque sea con efectos exclusivamente internos (SCHMIDT, 1997, p. 1844). Pero cuando faltan estos datos la distinción se torna complicada, y en opinión de algunos autores, imposible (GHIDINI, 1959, p. 10).

Claro que en Italia la opinión dominante no otorga naturaleza societaria a las cuentas en participación (GIRÓN, 1976, p. 77). Galgano habla de éstas como de un supuesto en el límite de la línea divisoria entre los contratos de intercambio y los asociativos (GALGANO, 1992, p. 196).

Con todo, la mayoría cree poder distinguir, al menos teóricamente, ambas figuras, lo que no impide que, dado el valor indiciario o tópico de los criterios de distinción, en la práctica las posibilidades de calificar sean escasas (PALANDT/PUTZO, Vor § 607, Rn. 22. SCHMIDT, 1997, pp. 1840 y ss.. STAUDINGER/HOPT/MÜLBERT, § 607, Rn. 93 y ss..). Se señalan como *indicios* a favor de la consideración de determinado supuesto contractual como *préstamo*: la ausencia de limitaciones para *resolver* el contrato, la corta duración del vínculo y la posibilidad de desistimiento, la cesión del crédito sin restricciones respecto de los principios generales, la existencia de garantías que minimicen el riesgo, o de un mínimo de retribución (interés fijo); en definitiva, todo lo que, ajeno a la idea de "finalidad común", incida en la diversidad de los intereses perseguidos por ambas partes. Y a favor del *contrato societario de cuentas en participación*: la vinculación a largo plazo de la aportación, la prohibición o limitaciones a la cesión del crédito de quien aporta capital, la ausencia de garantías, la existencia previa de relaciones personales o negociales entre las partes, y todo aquello que denote cierta vinculación al fin común, como los derechos de control del partícipe sobre el negocio del gestor (MÜNCHKOMM/ULMER, Vor § 705, Rn. 86. PALANDT/ PUTZO, Vor § 607, Rn. 22. SCHMIDT, 1997, pp. 1843 y 1844. STAUDINGER/HOPT/MÜLBERT, § 607, Rn. 96. Entre nosotros hay quien ha querido encontrar un criterio definitivo en la facultad de control sobre la actividad empresarial del gestor, GUAL DALMAU, 1993, pp. 113 y 114).

El problema está en que, a pesar de este esfuerzo por acentuar las diferencias acumulando síntomas que apunten en una u otra dirección, nada hay en ninguno de estos elementos o criterios que los haga esencialmente incompatibles con la otra figura contractual con la que en principio no casan. Ni el préstamo deja de serlo porque se celebre entre parientes, por un largo período de tiempo y con prohibición de ceder el crédito, ni las cuentas en participación se desnaturalizan por la existencia de garantías, o de libertades en la cesión del crédito por parte del partícipe.

El BGH entiende que no hay ningún componente o elemento externo que por sí solo proporcione la clave para diferenciar ambas figuras; no puede serlo el fin común, porque éste concurre también, de alguna forma, en los negocios parciarios. Por ello defiende que resulta necesaria una *valoración global* de cada supuesto contractual antes de situarlo entre los negocios sinalagmáticos o entre los societarios.

En un trabajo monográfico sobre el problema, Wolfgang Schön sugiere que si no es posible encontrar un solo criterio definitivo de distinción deberíamos dudar de la existencia de ésta, y cuestionar así la figura atípica del contrato parciario: ¿no será que cuando se cede capital a cambio de una participación en la ganancia nos encontramos siempre ante un mismo contrato, que es precisamente el regulado por los §§ 230 y siguientes del HGB, de cuentas en participación? Desde un punto de vista metodológico, el autor rechaza la existencia de una "zona gris" de supuestos no regulados por hallarse a caballo entre ambas figuras contractuales típicas (préstamo y cuentas en participación). Al contrato que consista en la cesión de capital a cambio de una participación en la ganancia hay que darle un nombre (incardinarlo en una categoría típica),

determinando así las normas que, dispositivas o no, le sean aplicables. El proceso para llevar a cabo tal designación debería tener en cuenta que la aceptación de un "préstamo parciario", tipológicamente diferenciado del de cuentas en participación, sólo se justifica si se presentan casos para los que resulta coherente la aplicación de la regulación del préstamo, frente a la de las cuentas en participación; lo que no puede ocurrir es que la elección de un nombre para el contrato llevada a cabo por las partes sirva para eludir una norma imperativa que afecta al contrato que, con otro nombre, persigue la misma finalidad económica (se piensa en el § 236 HGB, por el que el partícipe deberá entregar a la masa de la quiebra, si la aportación estuviera aún pendiente, la cantidad necesaria para cubrir su parte en las pérdidas). Por ello, como no hay nada que distinga esencialmente los supuestos (va desechando todos los criterios propuestos), el autor concluye que la figura del préstamo parciario (*partiarisches Darlehen*) debería quedar "absorbida" por la de las cuentas en participación (*stille Gesellschaft*), pues ésta cubre la misma finalidad económica, pero además cuenta con una regulación de la que carece aquél (SCHÖN, 1993, pp. 210 y ss.).

Similar, aunque en otro contexto, el planteamiento de Paz-Ares cuando afirma que "el problema, no obstante, se plantea cuando las partes no han configurado el negocio como cuentas en participación, pero el propósito empírico que las anima coincide con la finalidad típica de las cuentas (v.gr.: una persona le proporciona a un abogado el capital preciso para instalar el despacho y a cambio recibe una participación del quince por ciento en sus ingresos profesionales). En tales casos, estimamos que la solución ha de ser la misma (aplicación de los arts. 239 y ss. CCom sobre cuentas en participación). Carece de sentido recurrir a la disciplina general de la sociedad civil, cuando el ordenamiento dispone de una disciplina pensada para el supuesto específico" (PAZ-ARES, 1993, p. 1384).

El planteamiento metodológico de Larenz es diferente. La dificultad para establecer una línea divisoria nítida entre ambas figuras se asume como un dato que no se puede hacer desaparecer con la "magia" de los nombres (¿o es que el préstamo, querido como tal por las partes, se convierte en unas cuentas en participación por el mero hecho de haberse pactado una participación en la ganancia?). Para este autor, todos estos supuestos se explican como contratos "de tipo mixto o combinado" (*typengemischte Verträge*), y por tanto, no asimilables a un único tipo contractual. Se trata de decidir, en cada caso, cuál es el tipo dominante, de forma que sean los preceptos de éste los que se apliquen preferentemente, sin olvidar los del otro tipo contractual que participa en la mezcla. Desde esta perspectiva, si se ha llegado a la conclusión, tras enjuiciar un supuesto concreto, de que estamos ante un contrato parciario, se aplicarán las normas del contrato correspondiente (préstamo, arrendamiento de servicios...), los preceptos sobre contratos sinalagmáticos (resolución por incumplimiento, mora), y además, teniendo en cuenta que en todo contrato parciario asoma un componente "asociativo", habrá que ver si y en qué medida resultan aplicables los preceptos del contrato de sociedad (sobre la diligencia exigible al socio en la promoción del fin social, el deber de no concurrencia, la liquidación de la relación contractual por muerte de un socio, etc.) (LARENZ, 1981, p. 433. CANARIS/LARENZ, 1994, p. 59).

En una línea metodológica cercana se encuentra Leenen, para quien en "zona fronteriza" la aplicación del derecho no debe plantearse una alternativa excluyente de conceptos (o préstamo parciario, o cuenta en participación), sino que debe proceder escalonadamente (LEENEN, 1971, pp. 140 y ss.).

4. La perspectiva adecuada

Frente a la postura mantenida por Schön cabría objetar que la existencia de una función común no es suficiente para entender que la opción por un contrato sinalagmático parciario constituye un fraude a la normativa imperativa de las cuentas en participación, y en cualquier caso, la existencia del fraude no impediría la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir (art. 6.4 CC), sin que sea necesaria la conversión negocial del préstamo en sociedad. No hay que perder de vista que ésta acarrea "graves" consecuencias para la relación obligatoria; así, mientras el préstamo *se resuelve* (art. 1124 CC), la sociedad interna de cuentas en participación *se disuelve* (por aplicación supletoria de la normativa de la sociedad civil, art. 1707 CC: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998, p. 298 y nota nº 179. GIRÓN, 1976, p. 79. PAZ-ARES, 1993, pp. 1366 y ss.); y en tanto el prestamista que no ha terminado de entregar el capital puede negarse a ello por quiebra del prestatario (art. 1467 CC aplicado analógicamente a los contratos sinalagmáticos distintos del de compraventa), el partícipe no podrá negarse a entregar lo que le quedara por aportar, a pesar de la quiebra del gestor, porque así lo dispone el artículo 926 CCom (GARRIGUES, 1964, pp. 212 y 213. GUAL DALMAU, 1993, pp. 254 y 255). ¿Quedaría justificada esta transformación por un pacto de participación en la ganancia?

A más de uno se le habrá ocurrido preguntarse por qué no utilizar estas diferencias reales entre los contratos de intercambio y los asociativos para distinguir un negocio parciario de una sociedad interna. Pero por desgracia -por lo que a la distinción respecta-, y como regla general, los contratos no suelen contemplar las consecuencias de la quiebra de las partes, ni utilizan el término "resolución" como propio y exclusivo de las relaciones contractuales bilaterales sinalagmáticas, luego es difícil que estos datos sirvan *a priori* para distinguir un préstamo parciario de unas cuentas en participación. Más bien lo que ocurrirá es que, una vez calificado el supuesto contractual concreto como préstamo o cuenta en participación, se le aplicará la normativa de uno u otra.

Larenz se decanta por un método que armoniza la normativa de los tipos contractuales afectados, pero en su propuesta se echa en falta una mayor concreción, en primer lugar, de los factores que determinan la caracterización de cada supuesto contractual como de intercambio o societario, y en segundo, de los preceptos que, no perteneciendo al tipo principal, resultan aplicables. Por ello sigue siendo necesaria la búsqueda de un criterio que permita decidir si la relación contractual es principalmente de intercambio o de sociedad, y que seleccione la normativa aplicable a cada supuesto (véase la propuesta de FRADEJAS RUEDA, 1994, pp. 338 y 339). Y como "lo parciario" (participación en la ganancia) no parece facilitar ninguna clave para la distinción, habrá que acudir a "lo societario", que ha sido objeto de mayor atención y estudio. De entre las muchas y excelentes páginas dedicadas por la doctrina mercantilista a la caracterización de la sociedad (DUQUE, 1968, pp. 297 y ss.. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 297 y ss.. GIRÓN, 1976, pp. 23 y ss.. PAZ-ARES, 1993, pp. 1299 y ss.), algunas pueden resultarnos especialmente útiles.

El profesor Fernández de la Gándara, en su estudio monográfico sobre la tipicidad en el derecho de sociedades, afirma que para identificar funcionalmente las figuras asociativas no basta la noción de "fin común" (ya se ha indicado que también cabe hablar de finalidad común en los negocios parciarios), sino que ésta debe enriquecerse con la de "actividad común" (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 314 y ss.); y de su explicación acerca de lo que debe entenderse por tal

resulta especialmente significativa esta observación: en toda relación societaria existe "una pérdida de autonomía del socio individual en el ámbito de los asuntos de carácter común" (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, p. 322). Este elemento, que resulta de mayor evidencia en las sociedades externas, no deja de manifestarse en las internas, puesto que también cabe afirmar de ellas que "la existencia del fin social origina en el núcleo de intereses del socio una separación entre lo que es esfera estrictamente jurídico-personal y el ámbito en que éste queda afectado como miembro del grupo" (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, p. 323). Se trata por tanto de concretar en qué consiste la "pérdida de autonomía" que experimenta el socio cuenta-partícipe respecto de la autonomía de la que goza el prestamista parciario, para poder después comprobar si, dado un supuesto contractual concreto, la situación de quien aporta el capital se asemeja más a la de éste o a la de aquél.

Es así como la visión fragmentaria de las diferencias entre ambas figuras, préstamo parciario y cuentas en participación, adquiere una perspectiva que permite valorarlas de forma homogénea. Desde este punto de vista, si el riesgo que el partícipe asume de participar en las pérdidas se considera como diferencia esencial entre ambas figuras, lo es porque representa el ejemplo más patente de "pérdida de autonomía" o "subordinación del interés individual al interés social". No es que un prestamista no pueda arriesgarse también a perder el capital, pero a esta distribución del riesgo entre las partes el legislador le ha reservado una regulación típica, que corresponde a la modalidad asociativa de contratación que el Código de comercio denomina "cuentas en participación", y que se aplicará sin perjuicio de las normas que las partes hayan querido darse.

Si nada se sabe del riesgo de pérdida de la aportación, habrá que valorar el grado de autonomía del crédito de quien la haya realizado acudiendo a otros parámetros. Como norma, el carácter autónomo de tal crédito se manifestará a través de su independencia respecto de la actividad financiada y sus vicisitudes: La *cedibilidad* ordinaria del crédito (arts. 1526 ss. CC), la posibilidad de resolver por incumplimiento del deudor (art. 1124 CC), de denunciar el contrato no sometido a plazo en términos diferentes de los descritos por los arts. 1705 y 1707 CC para la sociedad civil (GARCÍA VILLAVERDE (1994, p. 1113) entiende analógicamente aplicable el artículo 1594, sobre contrato de obra, de forma que el prestamista "puede desistir, por su sola voluntad", de la relación contractual, indemnizando al prestatario de los gastos que la denuncia le pueda acarrear), de dejar de realizar la aportación prometida por insolvencia del gestor (art. 1467 CC), de exigir la participación sin contar con el destino que el gestor crea oportuno dar a la ganancia, de dar anticipadamente por vencida la obligación de restituir la aportación, sin esperar a que exista o no ganancia, en los términos previstos por el artículo 1129 CC, de amortizar anticipadamente la aportación (con las consecuencias que se prevean de cara a la participación), la existencia de garantías otorgadas por el gestor, que excluyen total o parcialmente el riesgo de pérdida del acreedor, o la existencia de una retribución fija del capital, ajena a la marcha de la operación financiada, son todas ellas notas que acentúan la autonomía del crédito de quien aporta el capital, y que apuntan, por tanto, hacia el reconocimiento de un supuesto contractual de intercambio.

Por el contrario, las limitaciones a la cedibilidad del crédito (el objeto de la cesión no es ya el crédito sino la posición contractual o condición de socio, como en el art. 1696 CC), la necesidad de *disolución* del vínculo contractual en lugar de su resolución (art. 1707 CC), el hacer coincidir la restitución de la aportación con la liquidación de la relación contractual, la extinción del contrato por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad del deudor (art. 1700.3º CC), o el reconocimiento a quien aporta el capital de derechos de gestión (más allá de la rendición de cuentas y el control necesarios para verificar la procedencia y alcance de reparto de la ganancia) que evidencian una "actividad común", constituyen datos que apuntan hacia el reconocimiento de una relación de tipo societario.

Los derechos de control, consulta o rendición de cuentas son compatibles con los contratos de intercambio en tanto se dirijan a la prueba y cobro del crédito nacido por la existencia de la ganancia. Los derechos que implican una auténtica cogestión son exclusivos del ámbito societario, pues representan la "actividad común" que junto al "fin común" (compartido con los negocios parciarios) caracteriza las figuras negociales societarias.

Una vez valorado el crédito del partícipe (quien entrega un capital a cambio de una participación en la ganancia del receptor) como propio de un préstamo parciario o de una sociedad de cuentas en participación, y en la medida en que los contratantes no hayan especificado la ley del contrato, se trata de concretar la normativa aplicable a éste. El panorama resulta muy diferente según nos hayamos decantado por una u otra figura, ya que si las cuentas en participación gozan de regulación específica (arts. 239 ss. CCom) y supletoria (arts. 1665 ss. CC, sobre sociedad civil), el préstamo parciario constituye una modalidad atípica (*a pesar* de la normativa vigente sobre "préstamos participativos", de la que me ocupo a continuación) de un género contractual (préstamo, arts. 1740, 1753 a 1757 CC) cuya especie onerosa necesita recurrir a la parte general de la teoría del contrato.

En efecto, si el supuesto contractual es asimilable al de las cuentas en participación, la regulación aplicable será la que el Código de comercio dedica específicamente a éstas, y supletoriamente, la de la sociedad civil (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998, p. 298, nota 179. GIRÓN, 1976, p. 79. PAZ-ARES, 1993, pp. 1366 y ss.).

Carece de sentido objetar que la regulación de la sociedad civil reenvía el tratamiento de las sociedades internas a las normas sobre la comunidad de bienes, puesto que esto sólo afecta a la situación patrimonial de los bienes de los que los socios sean a su vez copropietarios, lo que no ocurre en las cuentas en participación, en las que el gestor recibe en propiedad el capital del partícipe. Como señala Karsten Schmidt, en las cuentas en participación la relación obligatoria entre las partes es de tipo societario, y el *status* patrimonial de la aportación es como el del capital en un contrato de préstamo (SCHMIDT, 1976, pp. 475 y ss.).

Los preceptos imperativos de esta regulación funcionarán a modo de marco en el que las partes pueden introducir aspectos más propios de las relaciones sinalagmáticas de intercambio, sin lugar para que la normativa del préstamo juegue un papel supletorio.

Si se trata de un supuesto asimilable al préstamo parciario, deberá aplicarse la normativa del préstamo (arts. 1740, 1753 a 1757 CC) y la prevista con carácter general para los contratos sinalagmáticos (arts. 1124, 1467 CC), pero además habrá que considerar en qué medida resultan aplicables aquellos preceptos del contrato de cuentas en participación, o -supletoriamente- de la sociedad civil, que afectan a los aspectos societarios que asoman en todo negocio parciario. García Villaverde llega a una conclusión similar, si bien a través de la remisión que el artículo 1579 CC, sobre "aparcería", realiza a las normas de la sociedad (GARCÍA VILLAVERDE, 1994, p. 1090).

En Alemania, Larenz cita como ejemplos de preceptos exportables desde la sociedad al préstamo parciario los párrafos 705 (al socio se le puede exigir la promoción del fin común en los términos recogidos por el contrato) y 717.I BGB (no *cedibilidad* de las pretensiones que los socios tengan entre sí) (LARENZ, 1981, p. 433). Canaris se muestra partidario de la aplicación analógica de los siguientes párrafos: 233.I HGB (sobre derechos de control del partícipe), 717 BGB (ya referido), 721.II BGB y 232.I HGB (según los cuales, en la duda, la comunicación del balance y el reparto de la ganancia tendrá lugar anualmente, al final de cada ejercicio) y 235.II y III HGB (el partícipe lo es también de la ganancia o pérdida de los negocios que estuvieran pendientes en el momento de disolución de la sociedad); y excluye la de estos otros: 709 ss. BGB (sobre gestión y administración de la sociedad civil), 714 ss. BGB (sobre representación del socio administrador), 708 BGB (al socio sólo se le exige la diligencia que utilizaría en asuntos propios), 728 BGB (disolución de la sociedad por la quiebra de cualquiera de los socios); tampoco resulta aplicable al prestamista parciario la prohibición de concurrencia en el ámbito de la gestión por él financiada, aunque cabe pactar lo contrario, como puede ocurrir en los contratos de mero intercambio (CANARIS, 1994, pp. 59 y 60).

En nuestro ordenamiento, la aplicación analógica de los preceptos que regulan las cuentas en participación resulta en gran medida innecesaria, dado que, por su extrema generalidad, y por estar su regulación concebida bajo el esquema del binomio acreedor-deudor, coinciden con las normas que se aplicarían a un contrato de intercambio (art. 240 CCom, sobre libertad de forma; arts. 241 y 242 CCom, sobre responsabilidad personal del gestor frente a terceros). El único precepto capaz de aportar algo por analogía a la regulación del préstamo parciario es el artículo 243 CCom, pues parece razonable que también el prestatario deba rendir cuenta de los resultados de la operación financiada, para justificar así el reparto de la ganancia (GARCÍA VILLAVERDE, 1994, p. 1110. Para la aparcería industrial, véase ALBIEZ DOHRMANN, 1992, p. 155). En cuanto al artículo 926 CCom, que se encarga de la situación del socio partícipe en caso de quiebra del socio gestor, no debería aplicarse analógicamente a quien no haya arriesgado su aportación; con otras palabras, quien no haya subordinado *contractualmente* el interés personal al interés de la actividad de la que espera obtener una parte de ganancia, como el prestamista, no tiene por qué sufrir esa subordinación *por vía legal* cuando se liquide la relación contractual por quiebra del titular de la operación financiada (en Alemania ni se plantea la aplicación analógica del § 236, que viene a decir lo que dice la interpretación más razonable de nuestro artículo 926).

De las normas sobre la sociedad civil queda descartada la aplicación analógica de aquéllas que por presuponer la personalidad jurídica de la sociedad o el patrimonio social no encajan en el esquema de las cuentas en participación, así como la de las que hagan referencia a las pérdidas. El artículo 1682 CC ("El socio que se ha obligado a aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio

de indemnizar además los daños que hubiese causado") será aplicable supletoriamente al partícipe, mas no analógicamente al prestamista parciario, porque lo propio de los contratos sinalagmáticos en caso de incumplimiento es la posibilidad de optar por el cumplimiento forzoso o la resolución, sin perjuicio de la indemnización de daños que en cada caso proceda (art. 1124 CC). De la prohibición de concurrencia del artículo 1683 CC hay que señalar que si ya resulta discutible su aplicación a los socios excluidos de la administración ("salvo cuando realizan una actividad concurrente con la de la sociedad prevalidándose de su condición de socios"; PAZ-ARES, 1993, pp. 1422 y 1423), parece que no deberá poder invocarse contra el prestamista parciario, salvo que sea precisamente por su condición de "partícipe" por la que haya llegado a conocer la actividad del gestor e iniciado una explotación concurrente en beneficio propio.

La cuestión queda por tanto reducida a la *cedibilidad* del crédito nacido para el prestamista parciario, y a la extinción de la relación contractual crediticia por causas de extinción típicas de las relaciones societarias. Por lo que respecta a la cesión, el pacto parciario no modifica la normal cedibilidad de un crédito, aunque se trate de un crédito aleatorio, sin perjuicio de que las partes se hayan interesado por restringir su libre comercio (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 381); por el contrario, y a favor en este caso de la aplicación analógica, parece razonable que la muerte u otras circunstancias de "incapacitación" del prestatario pongan fin al préstamo, ya que el prestamista no tiene por qué confiar en las posibilidades de ganancia de su sucesor (de hecho, la muerte del prestatario como causa de extinción del contrato de préstamo es una cláusula bien usual).

5. La normativa específica

Esta sería, sin más, la normativa aplicable al préstamo parciario, si no fuera porque desde hace algún tiempo ha merecido reiteradamente la atención del legislador. En 1983 se incorpora a nuestro ordenamiento un precepto, dentro del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, sobre reconversión y reindustrialización (precedente del art. 11 de la Ley 27/1984), que regula los "préstamos participativos". Éstos se definen como préstamos en los que el prestamista participa "en los beneficios líquidos, con independencia de que, además, se acuerde un interés fijo", y se caracterizan por que "el prestatario no podrá anticipar la amortización", salvo que ésta "se compense con una aportación equivalente de fondos propios" que "no provenga de regularización de activos", por que "tendrán la consideración de fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la empresa deudora", por que los intereses satisfechos por ésta "se considerarán partida deducible, a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades", y por que "en orden a la prelación de créditos, los acreedores por préstamos participativos se sitúan después de los acreedores comunes" (sobre esta regulación, véase GARCÍA VILLVERDE, 1997, pp. 19 y ss.).

Ya entonces se defendió el carácter imperativo y genérico de esta normativa, que debía afectar por tanto a todo préstamo en el que el prestamista participara de la ganancia, y no sólo a los que se vieran envueltos en la trama de la reconversión industrial. Paz-Ares defendió que es precisamente la naturaleza parciaria o participativa de la operación la que fundamenta tanto la

generalidad como la imperatividad de la normativa, y ello porque ésta supone un "tratamiento intermedio entre el propio del capital social *stricto sensu* (capital propio) y el característico de los créditos externos del derecho común (capital ajeno)", que podría sintetizarse en las notas de "prohibición de amortización anticipada" y de "postergación del rango concursal del crédito", notas que no resultan ajenas al artículo 926 CCom, sobre cuentas en participación (PAZ-ARES, 1993, pp. 1632 a 1634).

Son precisamente las cuentas en participación el ejemplo paradigmático y típico de situación patrimonial no clasificable ni como capital propio, ni como ajeno, puesto que procedentes del socio partícipe, se integran en el patrimonio del socio gestor; por lo que habrá que comprobar en qué medida la posición jurídica del prestamista participativo *legal* (tal y como es presentado por la ley) se acerca a la del socio cuenta-partícipe.

No resulta tan sencilla -ni pacífica en la doctrina- la descripción de la situación del partícipe no gestor en el contrato de cuentas en participación. A diferencia del prestamista, incluso del prestamista *parciario*, corre con el riesgo de pérdida de su participación; y a diferencia del socio, su aportación se incorpora al patrimonio del gestor, que se hace propietario de la misma. De aquí que el derecho de aquél sobre el resultado de la gestión de éste sea un crédito sobre la ganancia, no sobre el patrimonio (ni *común*, ni *social*), y de aquí que dicho crédito dependa de la mera existencia de la ganancia, y no de la ley de reparto del dividendo del socio gestor. Como ejemplo de la falta de acuerdo podría citarse la controversia sobre si los derechos del partícipe se limitan a los resultados de la explotación (GARRIGUES, 1964, p. 215) o se extienden a una parte del patrimonio de la empresa gestora (GUAL DALMAU, 1993, p. 223), sin perjuicio de que en cualquier caso las partes pueden regular en el ámbito interno la participación en el incremento patrimonial derivado de la gestión (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1995, p. 1843).

Considerando las dos notas señaladas como más características del régimen del préstamo participativo, encontramos, por una parte, que la idea de "amortización anticipada" es ajena a la figura de las cuentas en participación, ya que en principio, y sin perjuicio de que vaya devengándose el derecho a participar en la ganancia según lo pactado (al final de cada ejercicio, por ejemplo), la recuperación de la aportación no se produce hasta la liquidación de la sociedad (GARRIGUES, 1964, p. 215); por otra parte, y en cuanto a la "postergación del rango concursal del crédito", no es que el crédito del socio partícipe contra el socio gestor sea de menor rango que el de otros acreedores de éste, lo que ocurre es que, no habiendo ganancia, el derecho a participar de ésta quedará vacío de contenido económico, y al participar también de las pérdidas (así se obligó contractualmente frente al socio gestor), la aportación quedará sujeta al cobro *preferente* de los acreedores comunes (no socios) del socio gestor.

Garrigues explica que "[e]n su derecho a reclamar los beneficios reconocidos en la cuenta, el partícipe no se considera, como socio del gestor, sometido en tal concepto a la preferencia de los acreedores no socios (cfr. art. 235 CCom), sino como acreedor del gestor, al nivel de los demás" (GARRIGUES, 1964, p. 214). En contra de esta opinión, y tratando al partícipe como un socio más, GUAL DALMAU, 1993, p. 222. Téngase en cuenta que cuando el socio cuenta-partícipe se asocia para una operación *concreta* de la que el socio gestor obtiene ganancia para ambos, el crédito para cobrar su parte de ganancia no está subordinado a los créditos de otros acreedores del gestor, salvo que lo sean por la operación en la que aquél participó.

Cuando el partícipe lo es de la gestión -*genérica*- del socio gestor, todos los acreedores de éste serán *preferentes*, puesto que sólo después de pagar a éstos se sabrá si hay ganancia que repartir.

Ciertamente, hay que reconocer que la situación del acreedor participativo legal no difiere en la práctica de la que acabamos de describir como propia del socio partícipe. Claro que en virtud del contrato de préstamo aquél *no se obliga a participar en las pérdidas* del prestatario, pero al subordinar la ley su crédito, cuando se plantee un problema concursal (que es cuando entra en juego el precepto; GARCÍA VILLVERDE, 1994, p. 1121), no tendrá otra salida que *sufrir las pérdidas*.

Aunque la existencia de una previsión específica de carácter fiscal pudiera empujarnos a creer lo contrario, lo cierto es que ésta no representa modificación alguna respecto del régimen general, puesto que no sólo los intereses satisfechos a los prestamistas (sean éstos parciarios o no), sino también las cantidades abonadas a los socios cuenta-partícipes son deducibles de la base imponible del Impuesto de Sociedades del prestatario o socio gestor, por considerarse "rendimientos del capital mobiliario derivados de cesión a terceros de capitales propios" (ÁLVAREZ BARBEITO, 1999, pp. 105 y ss.. NAVARRO FAURE, 1997, p. 595. PÉREZ TEJADA, 1999, p. 501).

Hay que señalar que el tratamiento fiscal de los rendimientos de las cuentas en participación ha venido oscilando en los últimos tiempos. Álvarez Barbeito nos recuerda que "[l]a Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades devolvió a los beneficiarios obtenidos por los partícipes no gestores la calificación de rendimientos del capital mobiliario derivados de cesión a terceros de capitales propios de la que ya habían participado hasta la entrada en vigor de la Ley 18/1991" (ÁLVAREZ BARBEITO, 1999, p. 105). "La calificación como una clase u otra de rendimiento tiene las siguientes consecuencias: si se trata de un rendimiento asimilable a un dividendo, el prestatario no podrá deducir la participación en beneficios del prestamista pero este último podrá practicar en su imposición personal la deducción por doble imposición de dividendos; si, por el contrario, lo calificamos como rendimiento explícito será deducible de los rendimientos empresariales del prestatario, sin que quepa la deducción por doble imposición de dividendos" (NAVARRO FAURE, 1997, p. 583).

La equiparación del tratamiento fiscal entre los intereses del prestamista y la participación en la ganancia del socio cuenta-partícipe se explica, a pesar del diferente riesgo asumido por ambos, por la identidad de su función económica (SCHMIDT, 1976, pp. 475 y ss.).

La diferencia parece limitarse por tanto a la consideración del préstamo como "fondos propios" de cara al patrimonio contable de la empresa, lo que supone una verdadera excepción a la previsión del Plan General Contable, diferencia esta que no se justifica por la naturaleza parciaria de la operación, sino por el propósito coyuntural de promover la financiación de empresas en vías de reconversión.

Con la Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades, el contrato de cuentas en participación recibe la misma consideración en la legislación fiscal que en el Plan General Contable: la retribución de los partícipes es gasto deducible, y por tanto capital ajeno (NAVARRO FAURE, 1997, p. 584).

El legislador ha equiparado, a efectos económicos, el acreedor participativo al socio partícipe; lo cual se entiende probablemente mejor si se tiene en cuenta que el riesgo que asume el prestamista

de una empresa en proceso de reconversión no dista mucho del propio de quien participa en las deudas de ésta. Haciendo uso de la explicación que acaba de proponerse para delimitar el préstamo parciario de otras figuras cercanas, podría decirse que el legislador ha querido limitar la autonomía del crédito de los prestamistas parciarios, subordinando su interés al propio de las actividades financiadas, y en definitiva, *haciéndoles partícipes de las pérdidas* a través de la degradación de sus créditos en caso de quiebra. Y al preguntarnos si esta equiparación obedece a la naturaleza parciaria de la operación, o a una decisión de política económica, hay que reconocer que *la parciariedad* no impone a la autonomía de la voluntad que quien participe de las ganancias lo haga a su vez de las pérdidas (no parece buena solución conculcar dicha autonomía ante la eventualidad de supuestos patológicos; por otra parte, éstos no impiden la aplicación de la normativa imperativa sobre infracapitalización de sociedades), luego la respuesta correcta es la segunda.

Fradejas Rueda lo expresa en estos términos: “[L]a subordinación de la deuda no es un elemento esencial del concepto de préstamo participativo desde el momento en que cabe su pacto sin tal subordinación al margen de la legislación especial. (...) [L]a existencia de un régimen especial para dar cobertura a las necesidades de la reconversión no tiene por qué interferir en el funcionamiento de la institución en el marco estricto del Derecho privado. Por tanto, la Ley de reconversión no entra en juego automáticamente cada vez que se pacte un préstamo participativo, con independencia de que contenga cláusula de subordinación” (FRADEJAS RUEDA, 1994, p. 349).

Ahora bien, con la llegada del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (modificado por la Disposición adicional segunda de la Ley 10/1996 de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, y por la Resolución de 20 de diciembre de 1996, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil), que deroga expresamente el anteriormente citado, el panorama de los "préstamos participativos" cambia significativamente, no en cuanto a su régimen jurídico, sino en su caracterización. García Villaverde no tardó en advertir que *la nueva normativa no regula los préstamos participativos*, por mucho que los préstamos que reciben ahora este nombre se hayan subrogado en el régimen jurídico de sus predecesores (se sigue tratando de préstamos subordinados, no amortizables anticipadamente, considerados como fondos propios a efectos de patrimonio contable y deducibles del Impuesto de Sociedades del prestatario) (GARCÍA VILLAVERDE, 1997, pp. 13 y ss.).

En la nueva versión de los "préstamos participativos" legales el prestamista deja de *participar* "en los beneficios líquidos" para percibir "un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria", siendo los criterios para determinar dicha evolución "el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio social o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes", todo ello con independencia de la existencia de un interés fijo no dependiente de la actividad financiada. Sin abundar en que no cabe confundir la participación en la ganancia con la variabilidad del interés en función de la misma, el legislador

parece "corroborar" que la regulación de los "préstamos participativos" no se fundamenta en la naturaleza parciaria de la operación, sino en la oportunidad de las "medidas" que ha decidido adoptar; a pesar de lo cual, hay quien sigue pretendiendo el carácter genérico e imperativo de la nueva normativa (PALÁ LAGUNA, 1998, pp. 460 a 463).

No alcanzo a imaginar cómo de un Real Decreto-Ley "sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica", que sustituye a un Real Decreto-Ley sobre reconversión y reindustrialización, puede deducirse que el legislador ha querido regular de forma imperativa el sector de los contratos participativos. Se ha señalado que la equiparación entre prestamista parciario y cuenta-partícipe no carece de justificación cuando el riesgo de participar en las pérdidas sea también equiparable; pero una cosa es que el contexto económico aproxime el riesgo de ambos, y otra que el legislador decida qué grado de riesgo es el que debe asumir todo prestamista partícipe (¿cuál podría ser la razón para no aceptar una participación no subordinada, esto es, sin riesgo de pérdida?). Que los particulares decidan poner en marcha un negocio parciario con una distribución del riesgo distinta de la contemplada por el legislador para los "préstamos participativos" no puede considerarse violación del orden público económico (en contra, PALÁ LAGUNA, 1998, p. 461).

El riesgo que indudablemente existe ahora, después de que el legislador ha introducido en el ordenamiento una figura contractual denominada "préstamo participativo" (aunque lo regulado no corresponda a lo designado), con una normativa propia y con trascendencia de cara al patrimonio contable del prestatario, es precisamente el de confusión con *verdaderos* préstamos participativos, que no tienen por qué someterse a la legislación específica de aquéllos, ni por qué considerarse como "patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil". Por ello convendría utilizar la terminología legal (préstamo participativo) para los préstamos que las partes decidan someter a ésta (aunque se trate de un mero préstamo con interés variable), y la de préstamo parciario para el que tenga verdadero contenido participativo. Con todo, lo más importante es que, con independencia de la terminología utilizada, las partes se pronuncien de forma expresa sobre la normativa específica, bien sometiéndose a ella, bien excluyéndola, y aceptando así, en defecto de regulación convencional, el derecho supletorio aplicable a los préstamos con interés variable (cuando sea este el caso), o a los préstamos parciarios (para los que habrá que tener en cuenta las normas que regulan su componente societario).

Las partes pueden querer someter a la normativa legal un auténtico préstamo parciario, porque aunque éste no encaje ya en la descripción legal del "préstamo participativo", no parece que ello obedezca a una decisión meditada del legislador, sino más bien a una falta de precisión en la caracterización del objeto de aquélla. Ahora bien, cuando quieran que el capital aportado forme parte de los fondos propios del prestamista gestor a efectos contables, deberán someterse a la normativa específica, pues sólo ésta puede justificar tal excepción respecto del Plan General Contable.

6. El préstamo participativo y la Ley Concursal

Lo más curioso del caso de los préstamos participativos es que éstos se habían convertido, para nuestro ordenamiento jurídico, en el ejemplo paradigmático de crédito subordinado (si se prefiere, crédito legalmente postergado) en un contexto en el que esta categoría era aún desconocida en nuestra legislación. Claro que la situación ha dado posteriormente un vuelco con la nueva Ley Concursal (en adelante, LC), cuyo artículo 89 (*clases de créditos*) establece que los créditos “se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados”. Estos últimos son los que no se cobran “hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios” (art. 158.1 LC), y si llegan a cobrarse, lo hacen “por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número” (art. 158.2 LC).

Conviene tener a la vista los artículos 92 y 93 LC:

Artículo 92 LC (*Créditos subordinados*)

“Son créditos subordinados: 1º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza. 2º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor. 3º Los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. 4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias. 5º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural. 6º Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.”

Artículo 93 LC (*Personas especialmente relacionadas con el concursado*)

1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural: 1º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 2º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior. 3º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado. 2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1º Los socios que conforma a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. 2º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios. 3. Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.”

El listado de créditos subordinados del artículo 92 LC ha sido ya objeto de airadas críticas, pero lo realmente paradójico, por lo que a este estudio afecta, es que no haya hecho mención expresa de los “préstamos participativos”, el único precedente que ofrecía nuestro ordenamiento. Pantaleón ironiza preguntándose si regirá o no en el concurso la subordinación de los préstamos participativos que establece el artículo 20.1.c) del Real Decreto-Ley 7/1996 de 7 de junio: “¿Habrá que negarlo, con base en el apartado 3 del artículo 89 de la LC y en atención a que no aparecen calificados como subordinados en el artículo 92 de la LC ni en ningún otro precepto de dicha Ley? ¿O la respuesta podrá ser afirmativa, forzando al efecto la literalidad del número 2º del artículo 92 de la LC, pese a la común opinión de que se trata de una subordinación de naturaleza legal?” (PANTALEÓN, 2004, p. 518).

El análisis dogmático del préstamo parciario que se ha propuesto unas líneas más arriba descarta definitivamente que el supuesto de los préstamos participativos pueda considerarse como un supuesto de subordinación convencional. El estudio pone de relieve que la subordinación no es consecuencia de la parciariedad, sino deseo del legislador, que ha decidido tratar así a los prestamistas-partícipes que *quieran* acogerse al régimen específico. Este *querer* no convierte la subordinación en convencional. Puestos a buscar un ordinal del artículo 92 LC en el que poder encajar el préstamo participativo, resultaría más fácil subsumirlo en el apartado tercero: al fin y al cabo, lo que recibe el prestamista-partícipe es un *interés* variable en función de la ganancia del prestatario. Claro que la subordinación de los créditos por intereses *preconcursoales* (la Ley Concursal –art. 57- excluye toda otra opción) constituye uno de los errores más palmarios de la nueva ley.

Garrido aporta algunos argumentos a favor de la subordinación de los créditos por intereses, pero aclara que “han de entenderse dirigidos a los intereses devengados con posterioridad a la apertura del concurso. [D]e otro modo (...), se producirían situaciones de clara injusticia, precisamente en los casos de acreedores que han prestado financiación a largo plazo al deudor y que acumulan no sólo un crédito importante, sino sobre todo unos sustanciosos intereses” (GARRIDO, 2003, pp. 240 y 241). Para Pantaleón, la postergación de créditos por intereses devengados antes de la declaración de concurso “resulta absolutamente injustificable”, ya que de esta manera se subordinan, “por ejemplo, los préstamos concedidos (sin garantía real) por las entidades financieras; y no, por ejemplo, los créditos por las rentas devengadas antes de la declaración del concurso de los contratos de arrendamiento celebrados por las compañías que tienen esa clase de contratación como objeto social” (PANTALEÓN, 2004, p. 538). El autor concluye que, de no producirse una intervención del legislador, “difícilmente cabría reprochar a las entidades financieras que trataran de «defraudar» esa norma con pactos de capitalización automática y continuada de intereses” (p. 539).

Esta podría considerarse una respuesta *formal* a la pregunta por el lugar que corresponde a los créditos participativos en el orden establecido por el artículo 92 LC. Pero si lo que queremos es una respuesta *material*, habrá que tener en cuenta que es la “cualidad” del crédito la que le hace merecer una u otra posición, por lo que habrá que descubrir su “razón de subordinación” y comparar ésta con las “razones de subordinación” de los otros créditos que aparecen en el mencionado artículo.

Se ha propuesto que la razón legal para subordinar los créditos participativos es facilitar la obtención de nuevos créditos no subordinados (GARCÍA VILLAVARDE, 1997, p. 15), pero no resulta fácil encontrar el lugar que el legislador ha asignado a este fin en el orden establecido por el artículo 92. Es verdad que la subordinación convencional (contemplada en el ordinal segundo) puede perseguir esta misma finalidad, pero, tal y como señala unánimemente la doctrina, la posición asignada a ésta dentro del artículo 92 no puede entenderse sino *dispositiva* (ALONSO LEDESMA, 2003, p. 399. GARRIDO, 2003, p. 240. PANTALEÓN, 2004, p. 537).

Bermejo Gutiérrez señala que, desde la óptica de los fondos propios (que es la que el legislador ha elegido para los préstamos participativos), “la subordinación legal de los préstamos participativos no tiene más explicación que la de evitar que el riesgo asociado a estos créditos, destinados (...) a la recapitalización de la sociedad, se externalice sobre terceros que no pudieron anticipar la presencia de este tipo de endeudamiento en el patrimonio de la sociedad. (...) Serán estos financiadores quienes, a través de la regla de la subordinación, pechen con la parte correspondiente de riesgo derivado de la actividad de la sociedad recapitalizada” (BERMEJO, 2002, p. 446), como si se tratara de “riesgo empresarial” (GARCÍA VILLAVARDE, 1997, p. 15). Desde esta perspectiva, como destaca la autora citada, los préstamos participativos comparten *racionalidad* “con la subordinación de los créditos concedidos por los socios a sociedades de capital infracapitalizadas” (BERMEJO, 2002, p. 446).

La equiparación del riesgo del prestamista-partícipe al del socio que financia, sin capitalizarla, su propia sociedad daría con los préstamos participativos en el ordinal quinto del artículo 92. Con todo, éste no se ha situado en la racionalidad de la infracapitalización nominal, sino en un difícilmente justificable automatismo por el que resultan subordinados todos los créditos que tengan contra el deudor las personas enumeradas en el artículo 93 LC, entre las que se encuentran los socios; y no es fácil entender en qué medida podría compartirse la racionalidad de un apartado que no ha hecho sino merecer enconadas críticas por parte la doctrina (ALONSO LEDESMA, 2003, pp. 391 y ss.. BERMEJO, 2002, pp. 456 y ss.. PANTALEÓN, 2004, p. 539).

Como se ve, la defectuosa técnica utilizada en la composición del artículo 92 LC hace que sea especialmente difícil *graduar* la subordinación de los préstamos participativos, y no porque no haya posibilidades de encajarlos en alguno de los apartados, sino porque a algunos de éstos les falta la *ratio* que podría justificar su ubicación aquí o allá. Una aproximación formal daría por válido su tratamiento como *interés* (art. 92.3º LC). Una aproximación material preferiría tratarlo como supuesto de *infracapitalización* (art. 92.5º LC).

7. Bibliografía

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (1992), *La aparcería industrial (Una figura contractual ignorada)*, Bosch, Barcelona.

César ALBIÑANA (1949), "Las participaciones en el beneficio de la empresa social", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 19, pp. 43-71.

Carmen ALONSO LEDESMA (2003), "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación", en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma concursal* (dir. por R. García Villaverde, A. Alonso Ureba, J. Pulgar Ezquerro), Dilex, Madrid, pp. 357-408.

Pilar ÁLVAREZ BARBEITO (1999), *Los rendimientos de capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 2ª ed., Cedecs, Barcelona.

Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ (2002), *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid.

Manuel BROSETA PONT (1984), "Régimen de los «préstamos participativos»", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 14, pp. 247-290.

Claus-Wilhelm CANARIS/Karl LARENZ (1994), *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 13ª ed., Beck, München.

Luis DíEZ-PICAZO (1993), *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 4ª ed., Civitas, Madrid.

Justino F. DUQUE DOMINGUEZ (1968), "Sociétés commerciales et types de sociétés en droit espagnol", en Piero VERRUCOLI, *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, I, Giuffrè, Milano.

Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1977), *La atipicidad en derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza.

Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1995), voz "Cuentas en participación" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, pp. 1841-1845.

Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1998), "Las cuentas en participación: Un ensayo de caracterización dogmática y funcional" en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, II, Universidad de Valladolid, Valladolid, pp. 259-313.

Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA (1962), "Las notas distintivas de las cuentas en participación (Comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 84, pp. 429-448.

Olga M^a FRADEJAS RUEDA (1994), "Créditos participativos", en *Derecho del Mercado Financiero*, II-1 (dir. por A. Alonso Ureba, J. Martínez-Simancas y Sánchez), Civitas, Madrid, pp. 331-353.

Francesco GALGANO (1992), *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Marta GARCÍA MANDALONIZ (2003), "Participación y/o subordinación en los instrumentos de financiación", *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 247, pp. 279-314.

Rafael GARCÍA VILLAVERDE (1994), "Créditos participativos" en *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, II, La Ley, Madrid, pp. 1081-1123.

Rafael GARCÍA VILLVERDE (1997), "Créditos participativos", *Revista de derecho de sociedades*, n^o 9, pp. 13-24.

José María GARRIDO (2003), "La graduación de créditos", en *La reforma de la legislación concursal* (dir. por A. Rojo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 225-245.

Joaquín GARRIGUES (1964), *Tratado de derecho mercantil*, III-1^o, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Madrid.

Mario GHIDINI (1959), *L'associazione in partecipazione*, Giuffrè, Milano.

José GIRÓN TENA (1976), *Derecho de sociedades*, I, Madrid.

M^a Asunción GUAL DALMAU (1993), *Las cuentas en participación*, Civitas, Madrid.

Rafael JIMÉNEZ DE PARGA, (1984), "Los créditos participativos" en *Revista de la economía social*, Suplemento, año II, n^o 4.

Karl LARENZ (1981), *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 12^a ed., Beck, München.

Detlef LEENEN (1971), *Typus und Rechtsfindung*, Duncker & Humblot, Berlin.

Agustín MADRID PARRA (1997), "Uniones y agrupaciones de empresarios y cuentas en participación", en AA.VV., *Derecho mercantil*, I (coord. por Guillermo J. Jiménez Sánchez), 4^aed., Ariel, Barcelona.

MÜNCHKOMM/ULMER (1997), Vor § 705, 3^a ed., Beck, München.

Amparo NAVARRO FAURE (1997), "El régimen jurídico-tributario de los préstamos participativos" en AA.VV., *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, pp. 575-596.

Emilio PALÁ LAGUNA (1998), "Algunas cuestiones en torno a la figura del «préstamo participativo» y su nuevo régimen jurídico", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 70, pp. 449-476.

PALANDT/PUTZO (1999), Vor § 607, 58ª ed., Beck, München.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (2004), "De la clasificación de los créditos", en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. por L. Fernández de la Gándara y M. Mª. Sánchez Álvarez), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 501-540.

Cándido PAZ-ARES (1983), "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *Anuario de Derecho Civil*, Octubre-Diciembre, pp. 1587-1639.

Cándido PAZ-ARES (1993), Comentario al artículo 1665, en *Comentario del Código civil*, II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1299-1333.

Rita PÉREZ TEJADA (1999), *Los rendimientos del capital en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Tesis doctoral, Madrid.

Antonio J. SERRA MALLOL (1991), *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, Tecnos, Madrid.

Karsten SCHMIDT (1976), "Die Kreditfunktion der stillen Einlage", *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR)*, nº 140, pp. 475-493.

Karsten SCHMIDT (1997), *Gesellschaftsrecht*, 3ª ed., Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München.

Detlef SCHÖN (1993), "Gibt es das partiarische Darlehen?", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR* 2/1993, pp. 210-244.

STAUDINGER/HOPT/MÜLBERT (1989), § 607, 12ª ed., J. Schweitzer, Berlin.