



<http://civil-mercantil.com/>

## **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 253/2014, de 29 de mayo de 2014*

*Sala de lo Civil*

*Rec. n.º 1307/2012*

### **SUMARIO:**

**Contrato de cuentas en participación. Resolución por falta de información y de contabilidad separada.**

Liquidación del contrato. Dentro de la sistemática del Código de Comercio actual, el contrato de cuenta en participación aparece regulado a continuación de las sociedades y antes de los contratos, como tránsito entre la compañía mercantil, que crea una personalidad jurídica, y la relación puramente contractual. Es una de las modalidades asociativas o de cooperación mercantil más antiguas que conoce el derecho de los negocios, que mantiene oculto para los terceros al capitalista participante, sea o no comerciante, lo que armoniza con el interés del gestor o empresario en aumentar su liquidez, sin obligación de pagar un interés y de restituir las sumas recibidas. Difiere de la sociedad mercantil en dos notas fundamentales, por un lado, falta en el contrato de cuenta en participación la autonomía patrimonial, pues no se constituye un patrimonio social, las aportaciones las recibe en propiedad y en exclusiva el gestor; y, por otro lado, no se crea un ente con personalidad jurídica propia que es característica de las sociedades mercantiles, que se constituyen con arreglo a su normativa reguladora. Su concepto se formula en el art. 239 del Código de Comercio, de donde resulta que: (i) se trata de la aportación o las aportaciones de un tercero al negocio de otro, del gestor, sin que señale si deben destinarse a todas las actividades o a una concreta, por lo que debe estarse a lo convenido entre las partes, lo que no se opone a la literalidad del Código de Comercio, pues si bien los arts. 239, 241 y 243 se refieren a «operaciones», el art. 242 habla de «negociación»; (ii) se trata de un acto de comercio aparentemente subjetivo, como si sólo fueran comerciantes quienes pudieran interesarse en el negocio de otros, característica que en la realidad del tráfico mercantil actual no puede mantenerse. Y esta es la acepción más moderna que cabe dar a la práctica inmobiliaria actual, pues el contrato de cuenta en participación se realiza, como en el presente caso, para una operación concreta de promoción inmobiliaria.

### **PRECEPTOS:**

Código de Comercio de 1885, arts. 239, 241, 242 y 243.



<http://civil-mercantil.com/>

Código Civil, arts. 1.089, 1.091, 1.124 y 1.255.

**PONENTE:**

*Don Sebastián Sastre Papiol.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Mayo de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto el recurso de casación, interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup>. Virginia Tejerina Badiola en nombre y representación de INMO OTXANGO, S.L., contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dimanante de autos de juicio ordinario 232/09, que a nombre de D. Rodolfo , se siguen ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 3 de Baracaldo, contra la citada compañía mercantil recurrente.

Es parte recurrida D. Rodolfo representado por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

*Tramitación en primera instancia*

**Primero.**

Ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 3 de Barakaldo, la Procuradora D<sup>a</sup> María Teresa Lapresa Villandiego en nombre y representación de D. Rodolfo (en adelante Sr. Rodolfo ), el 18 de febrero de 2009, presentó escrito interponiendo demanda de juicio ordinario de acción de resolución contractual, contra INMO OTXANGO, S.L., en la que suplicaba lo siguiente: " [...] se dicte sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena:

1.- Se declare resuelto por incumplimiento contractual del gestor del contrato de cuentas en participación, y su anexo, de conformidad con la cláusula novena en relación con las cláusulas Séptima y Octava del contrato de fecha 21 de abril de 2005 y anexo de fecha 1 de julio del 2005, por incumplimiento contractual a la sociedad INMO OTXANGO, S.L., concertado entre mis mandantes y la sociedad demandada que se determina en el escrito de demanda.

2.- Se declare el derecho de mi mandante a recuperar la cantidad entregada y consecuentemente se condena a la mercantil INMO OTXANGO, S.L., al pago de



<http://civil-mercantil.com/>

cuatrocientas cincuenta mil setecientas cincuenta y nueve con ocho céntimos de //450.759,08 // euros, y así como a los intereses legales que pudieran devengarse con motivo del presente procedimiento hasta su efectivo pago.

3.- Se condene a la entidad demandada a pasar por las anteriores declaraciones.

4.- Se condene a la entidad demandada al pago de las costas que se causen en el presente procedimiento".

### **Segundo.**

La Procuradora D<sup>a</sup>. Virginia Tejerina Badiola, en nombre y representación de la INMO OTXANGO, S.L. (en adelante INMO OTXANGO), contestó la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte en su caso y en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la referida demanda y con expresa condena en costas a la parte actora".

### **Tercero.**

El Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 3 de Barakaldo, dictó Sentencia nº 68/2011 con fecha treinta de marzo de dos mil once en el procedimiento ordinario 232/2009, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Desestimar la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Lapresa Villandiego, en nombre y representación de don Rodolfo frente a la entidad mercantil INMO OTXANGO, S.L., y en su virtud absuelvo al referido demandado de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas a la parte demandante.."

### *Tramitación en segunda instancia*

### **Cuarto.**

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal del Sr. Rodolfo

La representación de INMO OTXANGO, se opuso al recurso de apelación interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que dictó Sentencia nº 40/2012 el 26 de enero de 2012 , cuya parte dispositiva decía:



<http://civil-mercantil.com/>

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don Rodolfo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Baracaldo en el juicio ordinario nº 232/09 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución; declaramos resuelto el contrato de cuentas en participación suscrito por los litigantes con fecha 21 de abril de 2005 así como el anexo al mismo de fecha 1 de julio de 2005; y condenamos a Inmo-Otxango S.L. a pagar al demandante la cantidad de 450.759,08 euros así como el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda.

Imponemos a la demandada las costas de la primera instancia, sin pronunciamiento expreso sobre las costas habidas en el recurso."

*Interposición y tramitación del recurso de casación.*

#### **Quinto.**

La representación de INMO OTXANGO, S.L., interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en el siguiente motivo:

" ÚNICO. - Por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso, en interés de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al oponerse la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo respecto del contrato de cuentas en participación".

#### **Sexto.**

Por Diligencia de ordenación de 17 de abril de 2012, la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

#### **Séptimo.**

Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el procurador D. Adolfo Morales Hernández- Sanjuán, en nombre y representación de INMO OTXANGO, S.L. Y, como recurrido, el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de D. Rodolfo .

#### **Octavo.**

Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:



<http://civil-mercantil.com/>

" 1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de INMO OTXANGO, S.L., contra la sentencia dictada, en fecha 26 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 713/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 232/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barakaldo.

2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaria de la Sala."

#### **Noveno.**

La representación procesal de D. Rodolfo , presentó escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto.

#### **Décimo.**

Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 7 de marzo de 2014, para votación y fallo el día 30 de abril de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero. Resumen de Antecedentes.**

Son antecedentes necesarios para la resolución del recurso, los siguientes:

1. La parte actora, D. Rodolfo , interpuso una demanda de juicio ordinario ejercitando la acción de resolución de contrato de cuentas en participación por incumplimiento contra la entidad INMO OTXANGO, S.L., en calidad de gestora receptora de los fondos, solicitando la condena de la demandada a devolver a la actora la cantidad aportada al negocio de 450.759,08 euros. Fundó la resolución en incumplimientos de obligaciones expresamente previstos en el contrato como es la falta de información en las periodicidades convenidas y en la falta de una contabilidad clara y separada del resto de las actividades de la gestora, INMO OTXANGO, S.L.

Contestó la demandada negando los incumplimientos que le son imputados. Reconoció la entrega de 300.506,05 euros en concepto de aportación total, negando la de 150.253,03 euros sobre la que, dice, entablará acciones legales. Y en cuanto a la



<http://civil-mercantil.com/>

falta de información, señaló que no es más que un subterfugio por el que el actor pretende recuperar la inversión antes de que finalice la obra, dada la crisis del sector. En cualquier caso, señala, el único derecho que le asiste en caso de resolución del contrato es el de exigir rendición de cuentas y la liquidación, a pérdidas o a ganancias.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda sobre la base de que, atendida la naturaleza del contrato de cuentas en participación, su extinción no produce el efecto pretendido por el demandante, esto es, la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, sino la liquidación de la sociedad civil irregular creada entre ambas partes, y reparto de beneficios o pérdidas, al no estar ante un contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas sino ante una aportación con el objetivo de obtener un beneficio sometido al riesgo del mercado.

2. Contra dicha resolución por la parte demandante se interpuso recurso de apelación, dictándose Sentencia por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, el 26 de enero de 2012, que estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia, declaró resuelto el contrato de cuentas en participación y condenó a la parte demandada a pagar al demandante la suma de 450.759,08 euros, cantidad aportada por el actor al negocio. La resolución contractual, dice, está expresamente prevista en el contrato, que tras examinar la prueba, concluyó que hubo incumplimiento de la parte demandada, añadiendo que la resolución del mismo conlleva la obligación de la demandada de devolver la cantidad entregada por el actor en virtud del contrato. Cita como antecedente de la misma Sala de la Audiencia Provincial de Bizkaia la Sentencia de 8 de marzo de 1999 y otra de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011.

Contra dicha resolución se interpuso por la parte demandada recurso de casación.

El recurso de casación

**Segundo.** *El motivo único del recurso de casación.*

El recurso de casación se articula en un motivo único, al amparo del art. 477.2.3º LEC.

En dicho motivo, (tras citarse como preceptos legales infringidos los arts. 239 y 243 del CCom), se alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, citando las Sentencias de esta Sala de fechas 6 de octubre de 1986 y 30 de mayo de 2008, las cuales establecen que: las cuentas en participación, -calificación de cuya procedencia en el caso respecto de los contratos suscritos en 15 de enero y 12 de marzo de 1990 no se ha dudado en la instancia-,





<http://civil-mercantil.com/>

vienen reguladas por los arts. 239 y ss del CCom , y han sido descritas en la doctrina como "una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno (partícipe) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último". Esta definición traduce la idea que expresa con claridad el art. 239 CCom cuando dice que los comerciantes pueden interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que convinieren "y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen". A diferencia de lo que ocurre en la sociedad irregular, no se crea un patrimonio común entre los partícipes, y lo aportado pasa al dominio del gestor ( SSTS 20 de julio y 4 de diciembre de 1992 , 5 de febrero de 1998 , etc). El partícipe, por ello, no dispone de un crédito de restitución del capital aportado (que obviamente también se produce en el préstamo), sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca ( STS 6 de octubre de 1989 , 20 de julio de 1992 y las que allí se citan) y en ello, consiste la peculiaridad de la composición de intereses típica de las cuentas en participación. Esto es, que el partícipe no conserva un crédito para la restitución de lo aportado, sino para la obtención de su parte en las ganancias, previa la liquidación y rendición de cuentas que proceda . Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la resolución recurrida por cuanto, resuelto el contrato de cuentas en participación, atendida su naturaleza, no procede la devolución de las cantidades entregadas por el actor, tal y como señala la sentencia recurrida, sino la extinción del contrato, la rendición de cuentas y la liquidación de la sociedad con reparto de los beneficios ó pérdidas. Por ello, solicita casar la sentencia recurrida y, en su lugar, dictar otra desestimando íntegramente la demanda de la actora con imposición de las costas originadas en las instancias.

**Tercero.** *Desestimación del motivo único del recurso de casación.*

1. La causa de inadmisión alegada por la parte recurrida.

Antes de analizar el recurso de casación, debemos resolver la causa de inadmisión planteada por la parte recurrida en su escrito de oposición, según la cual, al no haber justificado la parte recurrente, en fase de preparación del recurso, el interés casacional por jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo alegada, es causa de inadmisión, ahora de desestimación del recurso, por no cumplirse los requisitos que vienen siendo exigidos legalmente para su admisibilidad ( art. 483.2.1 LEC en relación con el art. 479.4 LEC ), pues, dice, en ninguna de las dos sentencias que invoca el recurrente resulta contradictoria con lo dispuesto y fundamentado por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida.



<http://civil-mercantil.com/>

La causa de inadmisión alegada no se acepta porque supone entrar en el fondo del motivo, por dos razones también insinuadas en el escrito de oposición al recurso. De un lado, las dos sentencias del Tribunal Supremo aportadas, no entran ni resuelven la concreta cuestión planteada en los presentes autos, a saber, si es posible la resolución del contrato de cuentas en participación del gestor antes de finalizar la promoción, pues una de ellas, la STS de 30 de mayo de 1986 , parece abundar la tesis que sostiene el recurrente. Por otro lado, las SSTS aportadas por la parte recurrida no sólo no descartan la resolución del contrato sino que, en una de ellas, la de 29 de septiembre de 2004 (RC 1590/1998), lo resuelve, aunque sea por razones distintas de las alegadas en la sentencia que ahora se recurre.

## 2. El contrato de cuenta en participación. Su vigencia.

Dentro de la sistemática del Código de Comercio actual, el contrato de cuenta en participación aparece regulado a continuación de las sociedades y antes de los contratos, como tránsito entre la compañía mercantil, que crea una personalidad jurídica, y la relación puramente contractual. Es una de las modalidades asociativas o de cooperación mercantil más antiguas que conoce el derecho de los negocios, que mantiene oculto para los terceros al capitalista participante, sea o no comerciante, lo que armoniza con el interés del gestor o empresario en aumentar su liquidez, sin obligación de pagar un interés y de restituir las sumas recibidas. Difiere de la sociedad mercantil en dos notas fundamentales, por un lado, falta en el contrato de cuenta en participación la autonomía patrimonial, como apunta la STS de 6 de octubre de 1986 , pues no se constituye un patrimonio social, las aportaciones las recibe en propiedad y en exclusiva el gestor; y, por otro lado, no se crea un ente con personalidad jurídica propia que es característica de las sociedades mercantiles, que se constituyen con arreglo a su normativa reguladora ( SSTS de 8 de abril de 1987 , 19 de diciembre de 1946 , y las de 3 de mayo y 30 de septiembre de 1960 ).

Su concepto se formula en el art. 239 del CCom , de donde resulta que: (i) se trata de la aportación o las aportaciones de un tercero al negocio de otro, del gestor, sin que señale si deben destinarse a todas las actividades o a una concreta, por lo que debe estarse a lo convenido entre las partes (como permite el Código de Comercio italiano de 1942, arts. 2549 a 2554 y que contrariamente establece el Código de Comercio alemán, que llama al contrato "sociedad oculta o tácita" , y en la que debe participarse en todas las actividades del gestor), lo que no se opone a la literalidad del Código de Comercio español, pues si bien los arts. 239 , 241 y 243 se refieren a "operaciones" , el art. 242 habla de "negociación" ; (ii) se trata de un acto de comercio aparentemente subjetivo, como si sólo fueran comerciantes quienes pudieran interesarse en el negocio de otros, característica que en la realidad del tráfico mercantil actual no puede





<http://civil-mercantil.com/>

mantenerse. Y esta es la acepción más moderna que cabe dar a la práctica inmobiliaria actual, pues el contrato de cuenta en participación se realiza, como en el presente caso, para una operación concreta de promoción inmobiliaria.

### 3. Su proyección al caso concreto.

De lo expuesto hasta ahora y aplicando los conceptos al supuesto del recurso, aparece probado que las aportaciones fueron destinadas por INMO OTXANGO S.L. a una promoción inmobiliaria en la localidad de Zierbana, en un proyecto urbanístico para la zona San Mamés-Sur. Se aplica, por la sentencia recurrida, las normas del contrato de cuenta en participación "con independencia de aquellas de aplicación general a todos los contratos, en particular las relativas a la libertad de pactos ( art. 1255 Cc ) y a los consecuencias de su incumplimiento ( art. 1124 Cc )" (Fundamento de Derecho Segundo, in fine).

Se pactó que la duración del contrato se hiciera extensiva hasta que hubiera finalizado la promoción inmobiliaria, "todo ello sin perjuicio de las causas de extinción previstas en la cláusula novena" y de la liquidación de cuentas al final de la promoción (general) y de la liquidación de cuentas parcial cuando se hubiera vendido el 75 % de las viviendas. Y, a los efectos del recurso, se destaca por la sentencia recurrida que el actor solicitó, "lisa y llanamente la resolución del contrato por un motivo específicamente previsto en él (cláusula novena, apartado b), que es el incumplimiento de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato", que se configura como causa de "extinción" del convenio, lo que debe entenderse como de "resolución" . Los incumplimientos imputados al gestor, la sociedad promotora, fueron el de la contabilidad, -que la prueba pericial calificó de "calamitosa" -, y el de la falta de información puntual sobre el desarrollo de la promoción -cada seis meses tras el cierre de cada ejercicio económico, y para su comprobación, tres meses antes de la rendición de cuentas de cada ejercicio-, según se considera probado en el Fundamento de Derecho Tercero (párrafo tercero) de la sentencia. Ambas, señala, aparecen reiteradamente incumplidas o, "al menos INMO OTXANGO S.L. no se ha preocupado de demostrar lo contrario, como era su obligación ..." (mismo Fundamento de Derecho, in fine).

Por último, la sentencia recurrida reproduce sentencias de la propia Audiencia de Bizkaia y de las de Madrid, en supuestos idénticos como el de autos, todos ellos referidos al periodo de auge inmobiliario en el que se presentaban para terceros interesados oportunidades de negocio en el sector, sin necesidad de constituir sociedades con la que adquirir suelos, gestionar su calificación, acometer la edificación, y, al fin, su promoción y venta.



<http://civil-mercantil.com/>

4. En este contrato se establecen cláusulas que no configuran nítidamente una figura contractual tipo, pues, de acuerdo con la capacidad normativa de las partes ( art. 1255 Cc ), pueden ser incorporadas convenciones correspondientes a otras categorías jurídicas como el mutuo o préstamo participativo, y, en fin, figuras contractuales mixtas que son de aplicación subsidiaria al contrato que los interesados quieren celebrar y que pueden regular [lo que es legítimo para la creación de la "lex privata" entre las partes ex arts. 1089 y 1091 Cc ].

La resolución del contrato es un medio de protección de la parte que sufre la inejecución grave y reiterada de lo acordado (en este caso, incumplimiento de las obligaciones de información y de llevanza de contabilidad), que por haberse frustrado el fin económico del contrato, le autoriza a no quedar vinculado y recuperar lo que hubiese cumplido. Dos son los requisitos apreciados en la instancia, el incumplimiento continuado, y sin razón que lo justifique, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, conforme tiene establecido esta Sala en SSTs de 15 de octubre de 2002 y 5 de abril de 2006 .

De no existir una previsión expresa en el contrato controvertido, en caso de incumplimiento, el efecto obligado hubiera sido el de la liquidación de la cuenta en participación, que se habría realizado por el gestor ( art 243 CCom ). Pero, no es el caso del contrato sometido al actual debate jurídico.

En cuanto al modo de realizar la liquidación también se estará a las disposiciones del contrato, que tienen fuerza de ley entre las partes ( art. 1091 Cc ). Habiéndose convenido, según lo expuesto, la extinción (resolución) del contrato, la sentencia recurrida no contraría la doctrina del Tribunal Supremo, según las sentencias aportadas por el recurrente, al no resolver las mismas sobre la cuestión planteada en el motivo.

El motivo se desestima.

#### **Cuarto. Régimen de costas**

Por aplicación del art. 398 LEC , se imponen las costas al recurrente que ha visto desestimado su recurso, con pérdida del depósito consignado para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**



<http://civil-mercantil.com/>

Desestimar el recurso de casación interpuesto por INMO OTXANGO, S.L., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, de fecha 26 de enero de 2012, en el Rollo 713/2011 .

Se imponen las costas causadas a la recurrente, y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.-

FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.