



Roj: **SAP O 526/2014 - ECLI: ES:APO:2014:526**

Id Cendoj: **33044370012014100066**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2014**

Nº de Recurso: **36/2014**

Nº de Resolución: **64/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

#### **OVIEDO**

**SENTENCIA: 00064/2014**

**SENTENCIA Nº 64/14**

ROLLO: 36/14

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

DON JOSÉ ANTONIO SOTO JOVE FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS

DON GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA

DON JAVIER ANTÓN GUIJARRO

En Oviedo, a veinte de febrero de dos mil catorce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de INC. CONCURSAL CONTRATOS OBLI RECIPROC (61.2) 328/2012, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 3 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **36/2014**, en los que aparece como parte apelante, PROMOCIONES TU TECHO 03, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales, DON BENIGNO GONZALEZ GONZALEZ, asistida por el Letrado DON GUILLERMO FERNANDEZ BLANCO, y como parte apelada, la ADMON. CONCURSAL DE JOSE FRESNO S.A., asistida por el Letrado DON JOSE BERAMENDI MARTURET, y JOSE FRESNO, S.A., no comparecida en esta instancia.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 con sede en Gijón dictó Sentencia en los autos referidos con fecha ds de julio de dos mil trece, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Desestimar la demanda interpuesta por la mercantil Promociones Tu Techo 03, S.L., contra José Fresno, S.A. y la Administración concursal, procede absolver a las demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas; todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas."

**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.



**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 19 de febrero de 2014, quedando los autos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

**VISTOS,** siendo Ponente el Iltrmo. Sr. Magistrado Don JAVIER ANTÓN GUIJARRO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La relación jurídica que se examina en la presente litis nace del contrato de cuentas en participación firmado el 20 diciembre 2007 entre "José Fresno, S.A." (quién asume las funciones de gestor) y la ahora concursada "Promociones Tu Techo 03, S.L." (con la condición de partícipe) por el cual esta última adquiría el derecho a participar con un 50% en todos los costes de la edificación y ejecución del edificio que el gestor tenía intención de acometer -previa demolición del inmueble adquirido por éste, sito en la calle Fernando Morán Lavandera nº 5 de Gijón, y edificado sobre un solar que ocupa una superficie de aproximada de ciento cincuenta metros noventa decímetros cuadrados- estando a resultas de los beneficios o pérdidas que se obtengan con la construcción y explotación de la promoción a que se concreta la cuenta, para todo lo cual lo cual "Promociones Tu Techo 03, S.L." entregó en el momento de la firma del contrato y a cuenta de su participación la cantidad de 300.000 euros. Asimismo en el repetido contrato se incluía como estipulación IV la siguiente: "La presente cuenta en participación tendrá una vigencia indefinida, no obstante cualquiera de las partes podrá darla por terminada al transcurrir cinco años desde esta fecha, notificándolo fehacientemente a la otra parte con un mínimo de tres meses de antelación.- Disuelta la cuenta de participación se procederá a inventariar los bienes de la misma, aprobándose el resultado del balance, realizando la liquidación correspondiente, se dividirá el Neto patrimonial, correspondiente al cuenta partícipe un 50% del mismo. Si se tratase de bienes inmuebles la sociedad gestora realizará el otorgamiento de las correspondientes escrituras a favor del cuenta partícipe, en pago a su participación. Los gastos originados por este otorgamiento serán a cargo de ambas partes en proporción a su participación."

Partiendo de los vínculos así descritos la demandante "Promociones Tu Techo 03, S.L.", tras exponer que el contrato se encuentra vigente tras la declaración de concurso de "José Fresno, S.A.", viene a solicitar en la demanda incidental que nos ocupa, sustancialmente, que se declare disuelta la cuenta en participación que unía a los litigantes declarando que el único bien o activo existente en su patrimonio es el solar arriba descrito, debiendo procederse a su liquidación para lo cual la demandada deberá otorgar escritura pública de cancelación de la división horizontal del inmueble y posteriormente otorgar a favor de la demandante escritura de cesión de la mitad proindivisa de dicho solar en pago de su participación en la cuenta en participación.

La Sentencia de fecha 2 julio 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón acuerda rechazar la demanda toda vez que es un dato no cuestionado que la parte actora no procedió a notificar su **voluntad** resolutoria con la antelación de tres meses fijada en la estipulación IV, a lo que añade que en cualquiera de los casos las consecuencias de esa resolución del contrato en ningún caso serían las solicitadas por la demandante sino el reconocimiento a su favor de un crédito contingente por las sumas entregadas para la edificación y construcción del edificio, para lo cual debería haber comunicado dicho crédito dentro del plazo legalmente previsto al efecto. Frente a este pronunciamiento se alza en apelación "Promociones Tu Techo 03, S.L." alegando primeramente que la acción ejercitada en la demanda no era la prevista en el art. 62 L.C. sino la resolución del contrato por las causas previstas en su propio clausulado, insistiendo en que el requisito del requerimiento previo puede tenerse por cumplimentado mediante la interposición de la presente demanda así como en la procedencia de la liquidación del contrato se lleve a cabo en los términos interesados en el suplico de la demanda.

**SEGUNDO.-** El contrato de cuentas en participación, como modalidad típica de sociedad interna sin efectos *ad extra*, carece de una regulación legal expresa en lo que concierne a sus causas de extinción, pues en las normas contenidas en los arts. 239 a 243 C.Com. nada se dice a este respecto. Por ello y cuando no se hubiera pactado un plazo expreso de duración para el mantenimiento de dicha relación obligatoria, es lógico que las partes hayan incluido en el contrato la facultad que asiste a cualquiera de ellas de proceder en cualquier momento a su denuncia unilateral -facultad que en cualquier caso resulta propia e inherente a toda relación obligatoria de duración indefinida o sin límite temporal, en la que exista además un componente *intuitu personae* o de confianza mutua, pues nadie puede quedar obligado a perpetuidad- y en este sentido la doctrina ha admitido como válida la denuncia unilateral como causa de extinción de las cuentas en participación, incluso cuando nada se hubiera pactado expresamente, por aplicación analógica de lo **dispuesto** en los arts. **1705 a 1707** C.Civil y art. 224 C.Com. Del mismo modo la jurisprudencia ha admitido en los contratos de colaboración comercial de duración indefinida la facultad de revocación *ad nutum* o facultad de extinguir unilateralmente la relación contractual por el mero deseo de cualquiera de las partes, sin necesidad de la existencia de justa



causa y sin necesidad de un previo incumplimiento de las obligaciones convenidas, siempre que su ejercicio no resulte extralimitado respecto del estándar de comportamiento admisible que establece el artículo 7 del Código Civil ( SSTS de 18 de marzo de 2002 , 18 de marzo de 2004 , 27 de noviembre de 2006 , 20 de julio y 4 de diciembre de 2007 , 9 de julio y 23 de diciembre de 2.008 , 4 de marzo de 2009 y 13 de abril de 2010 , 25 abril 2011 ).

En el caso presente la admisión de la denuncia unilateral no ofrece duda desde el momento en que las partes se han ocupado de incluir como regla contractual expresa la que se refiere a la repetida facultad como causa extintiva de las cuentas en participación al disponer en su estipulación IV que "la presente cuenta en participación tendrá una vigencia indefinida, no obstante cualquiera de las partes podrá darla por terminada al transcurrir cinco años desde esta fecha, notificándolo fehacientemente a la otra parte con un mínimo de tres meses de antelación". Llegados a este punto habremos de tener presente que las cuentas de participación constituyen, conforme la doctrina mayoritaria, una sociedad interna en la que la ausencia de organización social impide que nazcan relaciones entre los socios y la sociedad, motivo por el que tan solo se generan obligaciones entre las partes, gestor y partícipe, viniendo obligado el primero a realizar las actividades y operaciones que constituyen su objeto mientras que el segundo viene obligado, por su parte, a realizar la aportación dineraria según lo pactado con la finalidad de contribuir a la financiación de la actividad empresarial desarrollada por el primero. La descripción así realizada de tales obligaciones permiten entender que conforman un negocio jurídico con obligaciones no solo bilaterales sino también recíprocas, y ello en el sentido en que tal reciprocidad aparece tratada en el art. 61 L.C ., es decir, "cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra" ( STS 19 febrero 2013 ). Lo anterior deviene relevante por cuanto que tratándose de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes a la fecha de declaración de concurso del gestor "José Fresno, S.A." -y no habiéndose interesado por el partícipe la posibilidad de entender extinguida las cuentas en participación por causa de la insolvencia del socio gestor (causa 3ª del art. 1700 C.Civil)- el contrato que nos ocupa deberá entenderse plenamente vigente con posterioridad a la fecha del concurso por virtud de la regla general contenida a este respecto en el art. 61-2 L.C ., y con ello aplicable la facultad de denuncia unilateral pactada entre las partes.

No se trata de que con el ejercicio de esta facultad de extinción unilateral atribuida a una de las partes se esté vulnerando el principio de vigencia del contrato tras la declaración de concurso consagrado en los apartados 2º y 3º del art. 61. Antes al contrario, es precisamente dicha vigencia la que permite que pueda operar la repetida facultad, y en este sentido el art. 63-1 L.C., a propósito del régimen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, establece que "Lo establecido en los artículos anteriores no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley", precepto que -con independencia de que en el caso enjuiciado disponemos de un pacto contractual que expresamente recoge tal facultad- merece una interpretación flexible pues, ante la ausencia de una ley que recoja de modo genérico la facultad de denuncia unilateral como inherente a los contratos de tracto sucesivo y duración indefinida, habremos de entender aplicables por remisión analógica las normas arriba citadas que recogen el principio de orden público que impide que alguien se pueda obligar para toda la vida.

**TERCERO.-** Llegados a este punto habremos de convenir con la Sentencia recurrida que en el caso examinado el partícipe "Promociones Tu Techo 03, S.L." no ha procedido a realizar el preaviso de su voluntad extintiva con el plazo de antelación mínimo de tres meses que exige la estipulación IV del contrato, sin que a este respecto podamos compartir la tesis sostenida por el apelante cuando afirma en su recurso que tal función puede ser cumplida con la presentación de la demanda judicial que aquí nos ocupa, amparándose para ello en la aplicación analógica del requerimiento judicial contemplado en el art. 1504 C.Civil y su interpretación por la jurisprudencia, pues, a diferencia de éste, la exigencia de un plazo de preaviso tiene por misión la de posibilitar que la otra parte pueda adoptar con tiempo suficiente las medidas necesarias en orden a prevenir la situación que se habrá de crear tras la extinción del contrato y evitar con ello los daños que se le puedan irrogar. Ahora bien, es igualmente cierto que la violación de la buena fe derivada de la omisión del requisito del preaviso no impide por sí solo el efecto extintivo de la denuncia unilateral, pues no cabe sustraer a las partes el derecho a la libre revocabilidad como medio de evitar la sujeción a vínculos perpetuos, siendo su única consecuencia la de hacer nacer, en su caso, un deber de indemnizar los daños que de ello se generen, y en este sentido es jurisprudencia reiterada la que señala, a propósito de las relaciones mercantiles por tiempo indefinido, que "Sólo una resolución o un desistimiento que implique un ejercicio abusivo o constituya una conducta desleal puede ser tenido en cuenta para, en tales casos, fundar una indemnización por los daños que este comportamiento pueda haber generado" ( STS 22 marzo 2007 con cita de las SSTS de 17 de mayo



de 1999 , 13 de junio y 31 de octubre de 2001 , 28 de enero y 3 de octubre de 2002 , 26 de junio de 2004 , 3 de mayo y 22 de diciembre de 2006 ), consideraciones que conducen a rechazar que la ausencia de preaviso pueda constituir, por sí solo, un obstáculo para que opere la **voluntad** del partícipe de declarar extinguido el contrato que le une con la ahora concursada.

**CUARTO** .- La última cuestión planteada pasa por examinar cuáles habrán de ser las consecuencias de la liquidación extintiva del contrato que nos ocupa. Acerca de este extremo tanto la Administración concursal como la concursada insisten en sus respectivos escritos de oposición al recurso en que las cuentas en participación no genera a favor del partícipe el derecho a que el gestor le restituya el importe de lo aportado al negocio común, sino únicamente un crédito correspondiente al reparto del resultado próspero o adverso, por lo que menos aún puede pretender el partícipe el nacimiento de régimen de *pro indiviso* alguno, como así solicita en su demanda y ahora en el recurso. Efectivamente, en las cuentas en participación no se crea ninguna suerte de patrimonio común entre el gestor y el partícipe, pues ni siquiera se interpone entre ambos un vínculo societario, y en este sentido nuestro Alto Tribunal ha venido a señalar en su STS 30 mayo 2008 que en las cuentas en participación "no se crea, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad irregular, 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.)...", 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".

Ahora bien, aún cuando el régimen de tales derechos y obligaciones es el que puede regir la liquidación del contrato, lo cierto es que ello siempre operará con carácter subsidiario a lo que puedan haber convenido al respecto los propios interesados. A este propósito la doctrina es unánime en afirmar que la liquidación de las cuentas en participación se regirá por lo pactado en el propio contrato, criterio que por otra parte resulta coincidente con el derecho proyectado pues en este sentido se pronuncia también la Propuesta de Código de Comercio elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación cuando dispone en su art. 547-5 apartado 2º que "Los efectos de la extinción serán los previstos en el contrato. A falta de pacto, el partícipe tendrá derecho a la devolución de lo entregado o su equivalente económico, si no fuera posible la devolución, incrementado, en su caso, con la participación en los beneficios pendientes de pago o disminuidos en el importe de su participación en las pérdidas". Pues bien, en el caso enjuiciado las partes, en ejercicio de la libre autonomía de su **voluntad**, decidieron regular expresamente en la cláusula IV del contrato el régimen de liquidación al que se tendría que sujetar la extinción de las cuentas den participación, pacto que opera entre las partes contratantes como regla de conducta, con la fuerza de la *lex privata* que contempla el art. 1091 C.Civil , y a la que no pueden sustraerse. En definitiva, las consideraciones expuestas conducen al acogimiento del recurso y con ello a la estimación de la demanda, por más que ello implique articular una liquidación del activo dentro del concurso y al margen de las reglas propias del régimen concursal.

**QUINTO**.- De conformidad con lo **dispuesto** en los arts. 394 y 397 LEC , vistas las dudas jurídicas que puede suscitar la cuestión examinada, es por lo que no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia, sin que tampoco realizar expresa imposición de las causadas en esta alzada ante la estimación del recurso ( art. 398 LEC ).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación formulado por "Promociones Tu Techo 03, S.L." contra la Sentencia de fecha 2 julio 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón debemos acordar y acordamos REVOCARLA para en su lugar y con estimación de la demanda presentada por "Promociones Tu Techo 03, S.L." acordar los siguientes pronunciamientos:

- Se declara disuelta las cuentas en participación que unía a las mercantiles Tu Techo 03, S.L. y José Fresno, S.A., representadas por sus administradores, declarando que el único bien o activo existente en su patrimonio, es el solar sito en la calle Fernando Moran Lavandera nº 5, fincas registrales nº 5146 del Registro de la Propiedad de Gijón nº 2.
- Se condena a la demandada "José Fresno, S.A." a que, para la liquidación del referido activo patrimonial, proceda conforme los términos convenidos en la estipulación IV del contrato que une a ambos litigantes.

No ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.