



Roj: **SAP B 7008/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7008**

Id Cendoj: **08019370172018100524**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **06/07/2018**

Nº de Recurso: **1050/2017**

Nº de Resolución: **570/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA SANAHUJA BUENAVENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0808942120168099119

Recurso de apelación 1050/2017 -A

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Gavà

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 307/2016

Parte recurrente/Solicitante: Candido , PUERTOMADERO RESTAURANTES SL, Raquel

Procurador/a: ANTONIO URBEA ANEIROS, ANTONIO URBEA ANEIROS, ANTONIO URBEA ANEIROS

Abogado/a: DOLORES GARCIA RODRIGUEZ, Dolores García Rodríguez

Parte recurrida: Conrado

Procurador/a: ANA Mª BERNAUS VIDORRETA

Abogado/a: JOSE MARIA FERNANDEZ HERNANDEZ

SENTENCIA N° 570/2018

Magistrados:

Jose Antonio Ballester Llopis

Mireia Borguño Ventura

Maria Sanahuja Buenaventura

Barcelona, 6 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 20 de octubre de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 307/2016 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Gavà a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a ANTONIO URBEA ANEIROS, ANTONIO URBEA ANEIROS, ANTONIO URBEA ANEIROS, en nombre y representación de Candido , PUERTOMADERO RESTAURANTES SL,



Raquel contra Sentencia - 21/06/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a ANA M^a BERNAUS VIDORRETA, en nombre y representación de Conrado .

Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Don Antonio Urbea Aneiro, en representación de DON Candido , DOÑA Raquel y PUERTOMADERO RESTAURANTES S.L. sobre reclamación de cantidad frente a DON Conrado y debo absolver y absuelvo a DON Conrado de las pretensiones contra el mismo deducidas en el presente proceso, con condena en costas a la parte demandante."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 04/07/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Maria Sanahuja Buenaventura .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Invocando el art. 1101 CC, la Sra. Raquel , el Sr. Candido , y PUERTOMADERO RESTAURANTES, S.L. interpusieron demanda frente al Sr. Conrado , en reclamación de la cantidad de 20.843.- €, más los intereses de dicha cantidad desde la fecha de presentación de la demanda, y las costas del procedimiento.

Exponen que el Sr. Conrado , persona con experiencia en la venta de pescado contactó con la Sra. Raquel , exponiendo un proyecto consistente en la apertura de un local de venta de pescado y degustación en una zona próxima al Paseo de la Playa de Gavà Mar. Que la Sra. Raquel , su socio el Sr. Candido , y el Sr. Conrado proyectaron lo que sería el negocio que denominaron "El Peix del Xavi". Que inicialmente se presupuesta, para la puesta en marcha del negocio, la suma de 30.000.- €, por lo que la inversión inicial de cada uno de ellos era de 10.000.- €. Que el contrato de alquiler del local se suscribe a nombre del Sr. Conrado , quien se dio de alta de autónomos. Que la Sra. Raquel se encargó prácticamente de la puesta en marcha. Que el proyecto era la explotación en común del negocio, aunque quien figuraba como titular era el Sr. Conrado , quien no atendió a las advertencias de la parte actora cuando al inicio de la actividad surgieron los primeros problemas, y el margen de beneficio estaba por debajo de lo previsto, pues escasamente se cubrían los gastos fijos mensuales de la empleada, alquiler, seguros, cuota gestoría y compras, lo que provocó fricciones y desavenencias entre los socios. Que se reunieron para discutir la continuidad o no de la explotación o proceder en su caso a su traspaso a un tercero para recuperar la inversión. Que el Sr. Conrado manifestó su voluntad de quedarse de forma exclusiva con el negocio reintegrando a los actores la inversión realizada, si bien no concreta la forma y plazos en que devolvería la inversión. Reclaman la devolución de las cantidades invertidas en mobiliario o en instalaciones, porque de lo expuesto consideran que ostentan un derecho de crédito frente al demandado.

El Sr. Conrado se opone detallando cual fue el funcionamiento de los socios indicando que, mientras la Sra. Raquel y el Sr. Candido aportaban su experiencia comercial y el asesoramiento mercantil, el demandado aportaría su trabajo diario, su imagen y su responsabilidad, y luego se distribuirían entre ellos las correspondientes ganancias, o las pérdidas. Que nunca se redactó ningún documento que formalizara su relación que en realidad constituía unas "cuentas en participación", en las que todos ponían dinero, pero era el Sr. Conrado quien ponía su nombre como gestor directo, mientras que los otros dos apoyaban pero sin figurar como titulares ni asumir la responsabilidad. Niega el Sr. Conrado que manifestara voluntad de quedarse de forma exclusiva el negocio reintegrando a los actores la inversión, sino que fueron los demandantes que ante la situación de falta de beneficios intentaron desentenderse del negocio, y enredar al demandado para que les devolviera la inversión, sin sufrir ninguna pérdida. Afirma que sólo pidió tiempo para levantar el negocio, siendo los demandantes quienes abandonaron el negocio, pero al final tuvo que cerrar la tienda, y los activos se encuentran depositados, y a disposición de los socios para ser realizados. Considera que se produce una falta de acción, citándose artículos genéricos del CC en la demanda, cuando el tipo de asociación que se llevó a cabo es el de cuentas en participación, del artículo 241 del Código de Comercio .

La sentencia de instancia desestima la demanda, argumentando en síntesis:

"... se trata en este procedimiento de dilucidar la naturaleza jurídica del contrato o relación que liga a las partes a los efectos de determinar si los demandantes tienen acción o derecho a reclamar al demandado la suma invertida en el negocio; si existieron pérdidas o ganancias; y si existió un pacto entre las partes por el que el demandado se quedaría con el negocio. (...)



... de la prueba practicada que obra en autos no se entiende acreditada la existencia de un incumplimiento culpable por el demandado que dé lugar a exigencia de indemnización alguna por los demandantes, considerándose que la relación jurídica que unía a las partes en la constitución del negocio tiene encaje en el contrato de cuentas en participación.

Así, de los propios escritos de demanda y contestación a la demanda resulta que las partes convinieron verbalmente la constitución un negocio, siendo el demandado quien ponía el trabajo y los demandantes como personas físicas, en principio, quienes llevaron a efecto la organización o trámites para la constitución inicial del mismo, aportando entre todos ellos la suma inicial de 30.000 euros, resultando de lo actuado que en la corta vida del negocio fue el demandado quien principalmente explotó y gestionó el mismo, haciendo las propuestas para su desarrollo y mejora, no habiendo existido beneficios sino pérdidas y no constando, asimismo, documento alguno de reconocimiento de deuda por el demandado ni documento alguno que acredite el acuerdo de disolución.

El contrato se realiza de forma verbal, no dándose cumplimiento en consecuencia al requisito de escritura pública.

Aplicado lo expuesto al caso de autos, conforme a la jurisprudencia mencionada no conservaría el partícipe un crédito para la restitución de lo aportado, procediendo en consecuencia desestimar la demanda."

SEGUNDO.- La representación de la Sra. Raquel , el Sr. Candido , y PUERTOMADERO RESTAURANTES, S.L. insisten en el recurso en que reclaman los daños y perjuicios derivados del ilícito proceder del demandado, que se benefició de la aportación realizada por la parte actora para la puesta en marcha de un negocio, del que apartó a los actores. Niegan que la vinculación que medió entre las partes sea de un contrato de cuentas en participación porque las partes no conocían tal modalidad asociativa. Consideran que se ha valorado erróneamente la prueba, pues si se arrendó el local a nombre del demandado, o se hizo el alta fiscal de la actividad a su nombre, fue con carácter provisional; y si era la cara visible al público en el local, y quien se encargada en Mercabarna del suministro de la tienda era por razón de su experiencia profesional. Afirman que aunaron esfuerzos, capital y trabajo, involucrándose activamente y participando los tres de forma efectiva, lo que es incompatible con lo que el CCo prevé para los socios partícipes o capitalistas del contrato de cuentas en participación.

TERCERO.- Debemos partir del propio relato de hechos que se hace en la demanda y en el recurso, que dibujan una relación entre las partes que debe encuadrarse, como hace la juzgadora a quo, en las cuentas en participación. Así lo hace el Tribunal Supremo, en supuestos similares al que nos ocupa.

En STS, del 30 de mayo de 2008 (Ponente: VICENTE LUIS MONTES PENADES) se define lo que son las cuentas en participación, que vienen reguladas por los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio, indicando:

"... 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 artículo 239 C.Com. cuando dice que los comerciantes pueden interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que conviniere "y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen". **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.). **El partícipe, por ello, no dispone de un crédito de restitución del capital aportado, sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca** (STS 6 de octubre de 1986, 20 de julio de 1992 y las que allí se citan) y en ello, más que en la transmisión de la propiedad de las aportaciones (que obviamente también se produce en el préstamo) 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**.

La Sala, por tanto, no comparte el razonamiento de la de instancia en orden a la existencia de un crédito por el importe de lo aportado en cuentas en participación. Cabe, desde luego, la resolución, como cabe la de la sociedad, cuya regulación sería aplicable por analogía (artículo 1700 CC), dado que, en el fondo, **se trata de una de las llamadas "sociedades internas"**, y pueden citarse como supuestos de extinción, entre otros, el transcurso del tiempo señalado en el contrato, el mutuo disenso o la imposibilidad sobrevinida fortuita de la gestión, además del incumplimiento de las obligaciones convenidas por el gestor. *Pero ninguna de ellas se ha adverado en el caso, aunque hayan sido aludidas. No hay una petición que, al amparo del artículo 1128 CC, solicite de los tribunales la fijación de un tiempo para la realización de la gestión que los contratos no señalaban* (SSTS 23 de febrero de 1988, 11 de abril y 26 de julio de 1996, etc). *Las alusiones a la imposibilidad o a la inexistencia de la gestión se han verificado sin un verdadero debate, pues no se corresponden con un pedimento de la demanda, en la que se pide la restitución del principal aportado "a título de daños y perjuicios", sin solicitarse*



prueba ni seguirse su práctica sobre este extremo. Y se ha descartado la existencia de un incumplimiento o de un cumplimiento defectuoso de la gestión, limitándose a decir (la sentencia de primera instancia) que la gestión era inexistente.

Y en cuanto a los intereses, ha de tenerse en cuenta que carece de sentido condenar al pago de intereses moratorios cuando, por la naturaleza del negocio convenido, no hay un crédito con vencimiento determinado cuyo incumplimiento de lugar a una situación de mora, que tampoco ha podido establecerse en relación con la gestión, pues no se señalaban en los contratos términos ni plazos.

Razones por las cuales ha de suprimirse la condena a la restitución del principal y al pago de los intereses legales, todo ello en relación con los contratos de cuentas de participación."

Y en STS, del 29 de mayo de 2014 (Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL) se indica:

" 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 estar 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 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.

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 inexecución 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."

En aplicación de esta jurisprudencia debe confirmarse la resolución recurrida, puesto que no cabe aplicar el art. 1101 CC , sino los arts. 239 y ss. del CCom , que regulan las cuentas en participación, con las consecuencias indicadas en las sentencias del Tribunal Supremo aquí recogidas.

Son hechos aceptados por las partes que la Sra. Raquel , su socio el Sr. Candido , y el Sr. Conrado proyectaron lo que sería el negocio que denominaron "El Peix del Xavi", realizando cada uno de ellos, para la puesta en marcha del negocio, una inversión inicial de 10.000.- €; que la Sra. Raquel tomó parte activa en la puesta en marcha, siendo el Sr. Conrado el titular del negocio (arrendando el local a su nombre, también el alta fiscal de la actividad, y contratando a una empleada), y quien aportaba su trabajo diario, siendo la cara visible al público en el local, y quien se encargaba en Mercabarna del suministro de la tienda; y que como no funcionó conforme a lo esperado, se produjeron desavenencias entre los socios, que motivaron reuniones para ver el modo de recuperar la inversión.

No ha quedado acreditado que el Sr. Conrado tuviera voluntad de quedarse de forma exclusiva con el negocio reintegrando a los actores la inversión realizada. Las comunicaciones entre las partes solo acreditan que el Sr. Conrado se oponía en principio al cierre en un primer momento del negocio, aunque los malos resultados acabaron imponiéndolo. Pero en ningún caso el Sr. Conrado se obligó a reintegrar a los actores el importe de lo que habían invertido.

El artículo 1669 CC indica que las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros, no tendrán personalidad jurídica, rigiéndose por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Y el artículo 406 CC establece que serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia (artículo 782 LEC).

El recurso, en consecuencia, debe ser desestimado.

CUARTO.- Desestimado el recurso se condena en las costas del mismo (art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso planteado por la representación de la Sra. Raquel , el Sr. Candido , y PUERTOMADERO RESTAURANTES, S.L., CONFIRMAMOS la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gavà, el 21 de junio de 2017 . En cuanto a las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3



de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procedase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ