

Actualidad Profesional

Por María Pinazo Petit, abogada y doctoranda en Derecho y Economía.

Instrumentos de financiación: contratos de cuenta en participación y préstamos participativos

En ocasiones, puede existir confusión entre los contratos de cuenta en participación y los préstamos participativos. Ambas figuras jurídicas pueden utilizarse como métodos de financiación; si bien, es importante discernir cuáles son sus beneficios, posibles adversidades y consecuencias con el fin de escoger la opción que mejor se adecúe al caso concreto.

Contratos de cuenta en participación

El Título II del Libro Segundo del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, lleva por rubrica “de las cuentas en participación”. Se incardinan, por tanto, estos contratos dentro de “los contratos especiales del comercio”. Regulándose en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio.

El artículo 239 del Código de Comercio reza, “Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.”

El Tribunal Supremo definió este tipo de contrato mercantil en sus Sentencias de 20 de julio de 1992 y 4 de diciembre de 1992, como “aquel convenio se apoya en la existencia real de un propietario-

gestor que recibe aportaciones de capital ajenas y las hace suyas para dedicarlas al negocio en que se interesan dichos terceros, los que no tienen intervención alguna en el mismo, salvo las derivadas del lucro que pretenden obtener con la contribución de capital que efectúan. En todo caso se precisa la no concurrencia de un patrimonio común independiente del privativo del titular y del de los interesados”. Nuestro Alto Tribunal ha considerado en su Sentencia de 29 de mayo de 2014, que el contrato de cuenta en participación “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”.

Por tanto, y a tenor de lo establecido en el precepto anteriormente transcrito y la jurisprudencia relativa a tal figura legal, consideramos las cuentas en participación un instrumento de financiación en el que un sujeto (denominado cuentapartícipe o partícipe) entrega una cantidad de dinero o bienes a otro (gestor) y recibe una parte de ganancias del gestor. Ambas partes tienen un fin común, obtener ganancias, y

contribuyen a la consecución de dicho fin desde dos perspectivas, el partícipe mediante la aportación de capital y el gestor a través de la gestión de su negocio.

En el contrato de cuentas en participación el cuentapartícipe participa tanto en beneficios como en pérdidas del negocio del gestor, por lo que asume un riesgo. El gestor y el partícipe comparten los riesgos del negocio. No se establece una obligación al gestor de pagar un interés y de restituir las sumas recibidas en los casos en los que el negocio no de beneficios, sino pérdidas, por lo que el partícipe habrá perdido lo invertido. Este es el mayor riesgo de estos contratos, ya que el partícipe no conserva un crédito para la restitución de lo aportado.

Se trata de un contrato flexible, que no requiere formalismos ya que a tenor de lo establecido en el artículo 240 del Código de Comercio, "Las cuentas en participación no estarán sujetas en su formación a ninguna solemnidad, pudiendo contraerse privadamente de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 51". Sin embargo, es recomendable que dicho contrato prevea por escrito las condiciones que acuerden las partes a fin de que las relaciones entre ellas queden claramente determinadas y así evitar controversias.

Una de las notas características de los contratos de cuenta en participación es que permite que se mantenga oculta ante terceros la identidad de los partícipes en el negocio. Este efecto, en ocasiones, es perseguido por inversores que, por determinadas circunstancias no quieren que sean conocidos los proyectos en los que participan.

La obligación principal del gestor será la de rendir cuentas de sus resultados una vez terminadas las operaciones y proceda a la liquidación, de

conformidad con el artículo 243 del Código de Comercio. El gestor y el cuentapartícipe podrán acordar, en base al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, que el gestor realice liquidaciones periódicas. Asimismo, se reconoce al partícipe un derecho de información y control sobre las actuaciones realizadas por el gestor, que deberá gestionar el negocio con la diligencia de un buen comerciante respondiendo frente al partícipe.

Las obligaciones del cuentapartícipe son, aportar el capital o bienes que hubieren convenido y no intervenir en la gestión del negocio.

Estos contratos se extinguen, por analogía, por los casos previstos en los artículos 1.700 y siguientes del Código Civil, relativos a las causas de extinción de las sociedades. Y como efecto principal la extinción del contrato generará la liquidación de la cuenta por parte del gestor y la consecuente atribución de pérdidas o ganancias al partícipe.

Préstamos participativos

Los préstamos participativos, están regulados en el artículo 20 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 y en 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.

El artículo 20. Uno del Real Decreto-ley 7/1996, en su apartado a) establece que, "Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características: La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el

volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad”.

En la Sentencia de 13 de julio de 2011 del Tribunal Supremo se aborda la naturaleza jurídica de los préstamos participativos, “Este es un préstamo y está sometido a las reglas esenciales del mismo, cuya principal obligación es la devolución del principal e intereses en el tiempo pactado. Es decir, cuando una persona, física o jurídica, precisa de un capital, lo puede obtener de muy diversas maneras, pero si lo hace en forma de préstamo, su obligación esencial es la devolución. Lo cual no viene alterado por el artículo 20 del Real Decreto -ley mencionado y transcrito en líneas anteriores. En dicha norma no se define el préstamo participativo; se dan unas reglas sobre el interés...”.

Los préstamos participativos pueden ser considerados una tipología especial del contrato de préstamo regulado en los artículos 1.740 y siguientes del Código Civil y 311 y sucesivos del Código de Comercio, con una serie de notas características recogidas en el artículo 20. Uno RD-Ley 7/1996. El rasgo principal de los préstamos participativos es que el interés que percibe el prestamista es un interés variable vinculado a los resultados de la actividad empresarial de la prestataria. Tanto las obligaciones del prestamista como el prestatario son las contempladas en el Código Civil y Código de Comercio.

No se altera la naturaleza jurídica de préstamo, sino que se mantiene el principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1911 del Código civil por lo que deberá devolver el capital prestado y los intereses pactados, en virtud de la naturaleza de préstamo (artículos 1740 y siguientes del Código civil y 311 y siguientes del Código de Comercio) y

si debe aplicarse la prelación de créditos, quedará tras los comunes; lo cual ocurrirá tan sólo en el caso de insolvencia, pues si no se da ésta, la responsabilidad del prestatario es universal y deberá cumplir la obligación de devolución. (STS 13 de julio de 2011).

A colación de lo dispuesto en la meritada Sentencia del Supremo, hay que resaltar la discusión surgida en torno a la calificación de los créditos derivados de préstamos participativos en los que la entidad prestataria es declarada en concurso de acreedores.

Se entiende que, al celebrar estos contratos, las partes deciden utilizar una determinada figura contractual que por ley comporta la subordinación del crédito en base al artículo 20 del RD, por tanto, llevaría implícito el pacto contractual exigido por artículo 92.2º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que señala que, “Son créditos subordinados: 2º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor”.

La doctrina mayoritaria está de acuerdo en considerar que los créditos derivados de préstamos participativos, por su propia naturaleza y expresa disposición legal (“Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes”, apartado c) del artículo 20. Uno del RD-Ley 7/1996), son créditos subordinados.

Para tener la consideración de préstamos participativos, es necesario que la operación sea establecida contractualmente por las partes en los términos y con las características dispuestas legalmente a tales efectos. Puede considerarse que la subordinación tiene un origen contractual determinante de que el crédito haya de encuadrarse en la categoría del artículo 92.2º de la LC.

Conclusión

Analizadas de manera sucinta ambas figuras contractuales, se puede concluir que con el fin de discernir que método de financiación podría resultar más adecuado, será necesario un estudio de la situación y caso concretos.

A priori se puede considerar que los préstamos participativos podrían ser más adecuados para obtener capital para una start-up y así se da en múltiples ocasiones en la práctica, en la que tanto entidades públicas como entidades bancarias utilizan estos contratos para financiar aquellas sociedades.

Las cuentas en participación serían convenientes para financiar operaciones a largo plazo, en cuanto que el cuentapartícipe tiene una expectativa de inversión más larga en el tiempo, así como en aquellos casos en los que, como se ha indicado, el inversor no quiere que trascienda su implicación en determinados proyectos.