



Roj: **SAP M 6010/2021 - ECLI:ES:APM:2021:6010**

Id Cendoj: **28079370282021100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **21/05/2021**

Nº de Recurso: **90/2020**

Nº de Resolución: **209/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

Rollo de apelación nº 090/2020

Materia: Derecho concursal

Procedimiento de origen: Incidente concursal nº 183/2011 (concurso 478/2008)

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid.

Parte apelante: D. Luis Andrés , AVENIDA DE ITALIA 17, S.L.

Procurador: D^a Patricia Rosch Iglesias

Letrado: D. David Macías González

Parte apelada: D. Jesús Manuel

Procurador: D. Isidro Orquín Cedenilla

Letrada: D^a Fedra Valencia García

SENTENCIA nº 209/2021

En Madrid, a 21 de mayo de 2021.

En nombre de S.M. el Rey, La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 090/2020, interpuesto contra la sentencia recaída en el incidente concursal nº 183/2011 (concurso 478/2008), seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Luis Andrés y VENIDA DE ITALIA 17, S.L. interpusieron demanda incidental concursal en el concurso de D. Jesús Manuel , en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba solicitando "sentencia por la que:



1º) Declare que D. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. ejercitaron, con fecha 14 de mayo de 2010, el derecho de opción de venta de la totalidad de las acciones del valor MARTINSA-FADESA de las que eran titulares frente a D. Jesús Manuel y que dicho ejercicio es conforme a Derecho y a lo pactado en el contrato.

2º) Acuerde que los créditos concursales ordinarios reconocidos a favor de cada uno de mis representados, D. Luis Andrés Y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L., en la sentencia nº 71/10 de 8 de marzo de 2010, dictada por el Juzgado de lo mercantil núm. 7 de Madrid, deben quedar determinados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de opción de venta -14 de mayo de 2010- del siguiente modo:

a. Crédito ordinario a favor de D. Luis Andrés por importe de 40.349.197,57 euros.

b. Crédito ordinario a favor de AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. por importe de 32.046.081,12 euros.

3º) Reconozca, en el procedimiento concursal y en cuantos foros sea procedente, a favor de mis representados todo lo que sea procedente en Derecho que derive de las anteriores manifestaciones.

Ello con expresa imposición en costas para quienes se opongan a la presente demanda incidental, así como todo lo demás que sea procedente en Derecho".

se acuerde modificar el listado de créditos contra la masa elaborado por la administración concursal, excluyendo el crédito reconocido por ésta, en cuantía de 50.935,09 euros, a favor del acreedor ALPHABET ESPAÑA FLEET MANAGEMENT, S.A.". Esta demanda dio lugar al incidente concursal registrado con el número 1301/2017.

SEGUNDO.- Habiendo presentado escrito de contestación el CONCURSADO y seguido el juicio por sus trámites, con fecha 10 de junio de 2011 se dictó sentencia con el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D. Luis Andrés y de la mercantil Avenida de Italia 17, S.L., debo de absolver y absuelvo a D. Jesús Manuel, de la totalidad de los pedimentos deducidos en su contra y en consecuencia ante el incumplimiento de las condiciones necesarias para entenderse ejercitable el derecho de opción de venta y poder fijar el precio de ejercicio, pactados por las partes, en contrato de diciembre de 2007, debo declarar y declaro que el mismo ha devenido ineficaz de forma sobrevenida, y en consecuencia debo decretar y decreto la desaparición de la lista de acreedores de los créditos de los actores.

Con expresa condena en costas a estos últimos citados, D. Luis Andrés y la mercantil Avenida de Italia 17, S.L.".

TERCERO.- Publicada y notificada la sentencia, D. Luis Andrés y VENIDA DE ITALIA 17, S.L. interpusieron recurso de apelación, el cual, admitido por el Juzgado, habiendo formulado oposición el CONCURSADO, dio lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los de su clase. La deliberación, votación y fallo tuvo lugar el día 20 de mayo de 2021.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- Para la adecuada comprensión de la litis que se nos somete, hemos de partir de los siguientes antecedentes:

1.1.- En el mes de diciembre de 2007, D. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. (a los que se hacía referencia bajo el nombre de "los accionistas"), por una parte, y, por otra, D. Jesús Manuel (a quien se hacía referencia como "MFA"), suscribieron un contrato en el que, en relación con las acciones de MARTINSA-FADESA de las que eran titulares, se reconocía a los primeros un derecho de opción de venta en los siguientes términos:

"2.3. Siempre que: (i). la acción esté cotizando a menos de lo previsto en el punto 3.1 (las partes son contestes en que realmente se está haciendo referencia al punto 2.1), (ii) una vez transcurrido el plazo de 24 meses a contar desde la inscripción en el registro mercantil de la Fusión y antes de que hayan transcurrido 30 meses desde la inscripción en el registro mercantil de la Fusión, si el ACCIONISTA desea vender acciones de la Sociedad, el ACCIONISTA podrá (pero no tendrá obligación) notificar por escrito dicha intención a FMA, indicando el número de Acciones que desea vender (Acciones en Venta) quien vendrá obligado a comprar al precio el precio (sic) de la cotización media de las 25 últimas sesiones desde el día que se recibió la comunicación ("Notificación de Transmisión").

FMA reconoce a favor del ACCIONISTA, un derecho a venderle (y consecuencia (sic) FMA, tendrá una obligación de compra) respecto de todas las Acciones en Venta que el primero se proponga transmitir por cualquier título.



En consecuencia, recibida la Notificación de Transmisión, FMA vendrá obligado a la compra dentro del plazo de veinte (20) Días Hábiles siguientes al día de su recepción. La compraventa de las Acciones en Venta se formalizará al cierre del mercado, como operación convenida directamente entre las partes y con liquidación a través del sistema de compensación y liquidación de operaciones bursátiles, con la intervención del miembro del mercado que designe FMA, siendo por cuenta de éstos todos los gastos y comisiones que se deriven de la operación".

1.2.- Con fecha 14 de julio de 2008, la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES ("CNMV") acordó la suspensión de las negociaciones de las acciones de MARTINSA-FADESA, al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 de la entonces vigente Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ("Ley 24/1988").

1.3.- D. Jesús Manuel fue declarado en concurso voluntario por auto de 31 de julio de 2008.

1.4.- Con fecha 8 de marzo de 2010, el juez del concurso dictó sentencia (incidente concursal 142/2009) por la que, estimando la demanda presentada al efecto por D. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L., acordó la inclusión en la lista de acreedores de sendos créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación de ordinarios a favor de cada uno de los demandantes, con fundamento en el acuerdo de diciembre de 2007 al que se hizo referencia.

1.5.- El 14 de mayo de 2010, D. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. comunicaron a D. Jesús Manuel el ejercicio su derecho de opción de venta sobre la totalidad de las acciones de MARTINSA-FADESA de las que eran titulares, fijando el precio de venta en 32.046.081,12 euros en el caso de D. Luis Andrés (titular de 2.054.394 acciones), y 40.349.197,57 euros en el caso de AVENIDA ITALIA 17, S.L. (titular de 2.586.686 acciones).

1.6.- Seguidamente, D. Luis Andrés y AVENIDA ITALIA 17, S.L. presentaron ante el juzgado del concurso escrito dirigido a la administración concursal haciendo conocer la anterior circunstancia y pidiendo que se hiciera constar en el procedimiento concursal la desaparición de la contingencia que afectaba a sus créditos, pasando estos a figurar como créditos ordinarios por los importes indicados, con los efectos inherentes en cuanto al reconocimiento de los derechos concursales correspondientes a dicha cuantía y calificación.

1.7.- Dado el oportuno traslado, el CONCURSADO presentó a su vez escrito haciendo saber que había dado contestación a la comunicación relativa al ejercicio del derecho de opción de venta manifestando que, a la vista de las estipulaciones del contrato y del hecho de que la cotización de las acciones de MARTINSA-FADESA se encontraba suspendida desde el 14 de julio de 2008, resultaba imposible fijar el precio al que debía ejercitarse tal derecho, faltando con ello uno de los requisitos esenciales para la conformación del contrato. Por su parte, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL presentó escrito señalando que debían ser las partes del acuerdo, o en su caso el Juzgado, a quienes correspondía determinar las consecuencias de los derechos y obligaciones derivados del acuerdo en cuestión.

1.8.- A la vista de lo anterior, se dictó providencia requiriendo al Sr. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. para que presentasen demanda incidental en solicitud de lo peticionado en el escrito al que se hizo referencia en el precedente apartado 1.6.

2.- En respuesta al proveído al que acabamos de hacer referencia, se presentó la demanda origen del presente expediente, con la que, en esencia, D. Luis Andrés y AVENIDA ITALIA 17, S.L. ("ITALIA 17" en adelante) pretenden que se tenga por desaparecida la contingencia que afectaba a los créditos que tenían reconocidos en el concurso, como consecuencia del ejercicio del derecho de opción de venta del que los mismos traían causa, pasándoseles a reconocer como titulares de sendos créditos ordinarios por importes respectivos de 40.349.197,57 euros el Sr. Luis Andrés y 32.046.081,12 euros ITALIA 17.

3.- Seguido el juicio por su trámite, en el que únicamente compareció para oponerse el CONCURSADO, se dictó sentencia desestimatoria. Acogiendo las tesis del Sr. Jesús Manuel, el juez a quo considera que, a la vista del contrato, la cotización en bolsa de los títulos concernidos al tiempo en que se pretendiera constituye un requisito para el ejercicio del derecho de opción de venta plasmado en el acuerdo suscrito en su día por los contendientes, sin que dicha circunstancia pueda estimarse concurrente en el momento en que los demandantes comunicaron el ejercicio del derecho en cuestión habida cuenta que la cotización de las acciones de MARTINSA-FADESA se encontraba suspendida por la decisión de la CNMV de 14 de julio de 2008. Añade el juzgador que, deviniendo inaplicable por el mismo motivo la fórmula prevista contractualmente para el cálculo del precio que el Sr. Jesús Manuel había de satisfacer, este elemento no podía ser calculado, faltando con ello un elemento esencial de la venta.

4.- Disconformes, el Sr. Luis Andrés e ITALIA 17 apelaron. En los apartados que siguen acometeremos, en medida adecuada para dar respuesta a la controversia que se nos somete, el examen de las cuestiones que afloran en esta segunda instancia.



II. RESPUESTA DEL TRIBUNAL

5.- Entendemos conveniente abordar con carácter previo la cuestión del significado que debe atribuirse a la intervención de la antaño denominada COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES en el curso de los acontecimientos posteriores a la firma del contrato del que trae causa remota la litis. Ello, en la medida en que a la decisión de dicho organismo de 14 de julio de 2008 se anuda la situación de hecho en la que el CONCURSADO, primero y, después, el juzgador de la primera instancia, fundamentan el rechazo de las pretensiones de la demanda.

6.- La decisión señalada se adoptó al amparo del artículo 33.1 de la entonces vigente Ley 24/1988. Lo que contemplaba dicho precepto era la facultad de la CNMV de "suspender la negociación de un instrumento financiero en los mercados secundarios oficiales españoles" en que estuviese admitido cuando concurriesen circunstancias especiales que pudiesen perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre ese instrumento financiero o que aconsejasen tal medida en aras de la protección de los inversores. Se trataba de una medida con vocación temporal, cuyos efectos se circunscribían a que el valor concernido no podía ser objeto de negociación en el mercado secundario oficial de referencia durante el periodo que perdurase la medida. La decisión adoptada por la CNMV al amparo del artículo 33 de la Ley 24/1988 no determinaba la salida del valor afectado del mercado de referencia, a diferencia de la "exclusión de negociación" contemplada en el artículo 34 del mismo cuerpo legal, y el emisor seguía sujeto a la observancia de las obligaciones impuestas por la participación en dicho mercado. Tampoco afectaba a la transmisibilidad del valor concernido. En este punto, en el capítulo III del Real Decreto 1416/1991, de 27 de septiembre, sobre operaciones bursátiles especiales y sobre transmisión extrabursátil de valores cotizados y cambios medios ponderados, se regula específicamente la transmisión por título de compraventa de valores admitidos a negociación en Bolsa, como es aquí el caso, si la misma hubiese sido suspendida.

7.- Sobre este fondo, como núcleo de la contienda planteada, aflora la cuestión del sentido que debe darse al primero de los condicionantes a los que se supeditó la opción de venta reconocida contractualmente a favor del Sr. Luis Andrés y de ITALIA 17, a saber, que "la acción esté cotizando a menos de lo previsto en el punto 3.1" (rectius, 2.1). Más concretamente, se plantea si dicha frase ha de ser entendida en el sentido de que el derecho del Sr. Luis Andrés e ITALIA 17 estaba condicionado al hecho de que, al tiempo en que pretendieran ejercerlo, las acciones de MARTINSA-FADESA (la "acción") fueran susceptibles de negociación en Bolsa. Esta es la postura que mantiene el CONCURSADO, sobre la base de que no cabe disociar "cotización" y aptitud actual para ser objeto de negociación en el mercado secundario oficial y, a la postre, la sentencia impugnada. Contrariamente, el Sr. Luis Andrés e ITALIA 17 postulan que la frase ha de ser considerada en su integridad, de modo que no denotaría más que la exigencia de que la cotización de la "acción" resultara al tiempo del ejercicio de la opción de venta inferior al guarismo resultante de la operación establecida en la estipulación 2.1 del contrato.

8.- Por nuestra parte, no descubrimos fundamento a la posición de la que se hace eco la sentencia. Como antes vimos, la "suspensión" decretada por la CNMV, elemento esencial en los planteamientos del CONCURSADO y de la sentencia, no entrañaba la expulsión de las acciones de MARTINSA-FADESA del mercado bursátil. Este sería el efecto característico de la "exclusión". En el caso de la suspensión, el valor afectado no pierde la cualidad de valor admitido a negociación en el mercado secundario oficial, sin perjuicio de que durante la vigencia de la medida no pueda ser objeto de negociación con arreglo a los mecanismos del mercado en cuestión. En este sentido, podemos seguir hablando de valor cotizado, cuya "cotización", esto es, el último precio alcanzado como resultado de las operaciones registradas conforme a las reglas de funcionamiento del mercado de que se trate hecho público, se mantiene durante el tiempo de vigencia de la medida de suspensión.

9.- La interpretación que propugnan los recurrentes se corresponde se adecúa al escenario que se acaba de describir.

10.- Añadiremos que no se ha puesto de manifiesto ningún elemento que permita establecer que la formulación empleada en el contrato respondiera a la específica intención de las partes de condicionar la efectividad del derecho de opción a que la negociación en Bolsa de las acciones de MARTINSA-FADESA no estuviese suspendida. En este sentido, la lectura que en la sentencia se hace del último párrafo de la cláusula, en concreto aquel pasaje en el que se recoge que "la compraventa de las Acciones en Venta se formalizará al cierre del mercado", en el sentido de que tal previsión resulta impensable en casos como el que aquí nos ocupa, de "suspensión de la cotización de las acciones", se nos presenta traída por los pelos. Por nuestro lado, no encontramos ningún motivo de conflicto entre dicha previsión, relativa al modo en que habría de formalizarse la venta, con la interpretación por la que nos decantamos.

11.- El recto entendimiento de los efectos de la suspensión de la negociación bursátil de las acciones de MARTINSA-FADESA permite rechazar igualmente los óbices expresados por el CONCURSADO y acogidos en



la sentencia en relación con la imposibilidad de determinar el precio por el que se deberían adquirir los títulos. Según obra en las actuaciones, cuando se decretó la suspensión la acción de MARTINSA-FADESA cotizaba a 7,30 euros, cotización que, perdurando la suspensión hasta la fecha en que se notificó el ejercicio de la opción de venta, corresponde a las de las veinticinco sesiones anteriores a esta última. De este modo, según la fórmula establecida en el contrato ("cotización media de las 25 últimas sesiones desde el día en que se recibió la comunicación"), el precio vendría determinado por el resultado de multiplicar aquella cifra por el número de acciones sobre las que se hizo efectiva la opción de venta, 2.586.686 en el caso del Sr. Luis Andrés y 2.054.394 en el caso de ITALIA 17, lo que hace un total de 18.882.807,8 euros y 14.997.076,2 euros, respectivamente. Debemos rechazar en este punto la pretensión de los recurrentes de que el precio se calcule en función de la cotización media de los títulos de MARTINSA-FADESA en las veinticinco sesiones anteriores a la suspensión, con el argumento de que, aunque la acción cotizase y siguiese teniendo un valor oficial tras aquella, no pudiendo ser objeto de negociación en Bolsa en el periodo subsiguiente, no cabría hablar durante este último periodo de sesión "para" la acción. Dicho planteamiento parte de una premisa, la que nos remite a un concepto de "sesión bursátil" particularizado a medida de las contingencias de cada uno de los valores que cotizan en Bolsa, que no podemos compartir, y no casa con la letra del contrato.

12.- A modo de cierre en relación con la cuestión que acabamos de abordar, hemos de observar que la circunstancia de que el análisis que precede sobre el sentido en que debe ser entendida la oración "*quien vendrá obligado a comprar al precio el precio (sic) de la cotización media de las 25 últimas sesiones desde el día que se recibió la comunicación ("Notificación de Transmisión")*" venga a coincidir con determinados planteamientos que se hacen aflorar en el recurso no supone que se esté dando carta de naturaleza a alegatos que debieran considerarse proscritos en virtud del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"). Dicho análisis entra dentro del margen natural de la función revisora trasladada al tribunal en cuanto al significado atribuible al contrato litigioso, núcleo de la controversia.

13.- A la vista de cuanto antecede, hemos de concluir que el recurso ha de ser estimado en parte, con los pronunciamientos que más adelante se reflejarán en el fallo.

III. COSTAS

14.- La suerte del recurso comporta que no proceda hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de ninguna de las dos instancias, de conformidad con los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

La Sala acuerda:

1.- ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. contra la sentencia dictada el 10 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, en el incidente concursal nº 183/2011 (Concurso 478/08).

2.- En consecuencia, revocar la meritada sentencia, para acordar en su lugar ESTIMAR EN PARTE la demanda en su día presentada por D. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L., con los siguientes pronunciamientos:

2.1.- Declaramos que D. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. ejercitaron, con fecha 14 de mayo de 2010, el derecho de opción de venta de la totalidad de las acciones de MARTINSA-FADESA de las que eran titulares frente al concursado, D. Jesús Manuel , y que dicho ejercicio fue conforme a derecho y al contrato que se tenía suscrito.

2.2.- Acordamos que los créditos concursales reconocidos a favor de D. Luis Andrés y AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. en la sentencia dictada por el juzgado de concurso con fecha 8 de marzo de 2010, deben quedar determinados a partir de la fecha de ejercicio del derecho de opción de venta del siguiente modo:

2.2.1. Crédito ordinario a favor de D. Luis Andrés por importe de 18.882.807,8 euros.

2.2.2.- Crédito ordinario a favor de AVENIDA DE ITALIA 17, S.L. por importe de 14.997.076,2 euros.

2.3.- No hacemos expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de primera instancia.

3.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de segunda instancia.



De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta sentencia, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados que constan en el encabezamiento de esta resolución.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ