

Roj: **SAP O 2589/2012 - ECLI:ES:APO:2012:2589**Id Cendoj: **33044370062012100359**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Oviedo**Sección: **6**Fecha: **01/10/2012**Nº de Recurso: **279/2012**Nº de Resolución: **367/2012**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6****OVIEDO****SENTENCIA: 00367/2012**

RECURSO DE APELACION (LECN) 279/12

En OVIEDO, a uno de Octubre de dos mil doce. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D. José Manuel Barral Díaz, Presidente; D^a María Elena Rodríguez Vigil Rubio y D. Jaime Ríaza García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

SENTENCIA Nº 367/12

En el Rollo de apelación núm. 279/12, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 1265/11 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo, siendo apelante **DON Valeriano**, demandante en primera instancia, representado por el Procurador DON RAFAEL COBIAN GIL-DELGADO y asistido por el Letrado DON JOSE RIVERO SEGUIN; y como parte apelada **DURO FELGUERA S.A.**, demandada en primera instancia, representada por la Procuradora DOÑA ANA ROMERO CANELLADA y asistida por el Letrado DON SECUNDI **NO FELGUEROSO FUENTES**; ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado Doña María Elena Rodríguez Vigil Rubio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Oviedo dictó sentencia en fecha 13 de Marzo de 2012 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Desestimando la demanda formulada por la procuradora Sra. Arenas Carril, en la representación de autos, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas en el escrito de demanda, todo ello con expresa imposición de las costas procesales al demandante."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 26-9-2012.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en la que el actor, en base al contrato de " opción de compra y opción de venta de participaciones sociales" concertado con la mercantil demandada, en Escritura publica otorgada el 27 de septiembre de 2007, solicitaba: con carácter principal, la condena de la citada a su cumplimiento y subsidiariamente, de devenir el mismo imposible, por pérdida definitiva de la cosa que constituía su objeto, la prestación por equivalencia consistente en el pago del precio de la opción.



En virtud del citado contrato la mercantil **Duro Felguera S.A.**, se había comprometido a adquirir las participaciones sociales de la también mercantil Montajes Eléctricos Industriales S.L., (en adelante MEI) de las que era titular el actor, que ascendían a un total de 9.240 y representaban el 18.33 por ciento de su capital social a un precio cerrado por participación de 31,75€, esto es por el precio total de 293.370€, que habría de actualizarse con arreglo al IPC correspondiente al efectivo momento de la adquisición, fijándose como plazo de ejercicio de la misma el de dos meses desde el momento en que el concedente cesara en la relación laboral que mantenía con la demandada por cualquier causa. Contrato en el que igualmente se establecía que ese cumplimiento de la opción de compra podía ser exigido por el actor en el supuesto de que cumplido el citado plazo, no hubiera sido ejercitada.

La razón de ser de la desestimación de ambas pretensiones estriba en haber reputado concurrente en este caso el Juzgador de Primera Instancia el motivo de oposición a su viabilidad alegado por la demandada, centrado en invocar la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de tal obligación de compra, por pérdida total de las participaciones sociales que constituían su objeto, y ello en forma absoluta, definitiva y no imputable a la demandada lo que liberaba de la misma del cumplimiento de su obligación, tanto in natura, como de la prestación por equivalencia.

SEGUNDO.- Frente a tal pronunciamiento se alza el recurso del actor en cuyo escrito de interposición, una vez que durante el transcurso de este procedimiento, ha devenido firme la sentencia que puso fin al que su instancia se seguía con objeto de impugnar la validez de la Junta de MEI en que se había acordado la reducción a cero de su capital social mediante la amortización de todas las participaciones y simultanea ampliación del mismo mediante la emisión de otras nuevas, lo que hizo desaparecer el objeto de la opción, reproduce exclusivamente su pretensión subsidiaria tendente a obtener la condena a la demandada a la prestación por equivalencia, esto es al abono del total importe de la citada opción que, con la aplicación del IPC correspondiente, ascendía a la cantidad de 308.616€, con mas los intereses de la misma desde la fecha de la interpelación judicial.

Se argumenta en su apoyo esencialmente que, teniendo en cuenta la propia doctrina jurisprudencial que sobre la pérdida de la cosa se reproduce en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de primera instancia y, los hechos indiscutidos que han rodeado la desaparición de las participaciones sociales de la mercantil MEI, objeto del contrato de opción, no puede reputarse aplicable la liberación del deudor que acuerda la recurrida al no concurrir en este caso los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para su estimación, concretamente que el relativo a que la imposibilidad física de su cumplimiento por desaparición de su objeto sea absoluta, duradera y no imputable al deudor. Ello porque tal desaparición ha sido debida a una decisión voluntaria de la demandada, su accionista mayoritaria, consistente en haber optado por efectuar en la citada mercantil una operación acordeón cuando existían otras alternativas, como la ampliación de capital, para superar las pérdidas, que habrían respetado los intereses del actor, su accionista minoritario, de forma que la adoptada tuvo como única finalidad exonerarse de la obligación de compra de sus participaciones previamente adquiridas. La desaparición por ello del objeto de la opción de compra se estima no fue accidental o debido a un hecho imprevisible e inevitable, al haber sido provocada por una decisión voluntaria de la demandada, que tenía otras a su alcance y ello con la sola finalidad de hacerse con su participación en la citada sociedad MEI sin pagar el precio pactado en la opción de compra, que en ultima instancia determinó se hiciera con la propiedad del 100% de su capital social, pagando exclusivamente el 80% de su importe.

TERCERO.- La situación de hecho de que debe partirse en la resolución de la citada impugnación articulada en este recurso y que, bien es indiscutida entre las partes, o está debidamente acreditada con la abundante prueba documental obrante en autos, es la siguiente:

1º/ El día 27 de septiembre de 2007, la demandada formalizó la compra de la mercantil MEI, adquiriendo al resto de los socios de la misma, distintos al actor, sus respectivas participaciones sociales que suponían el 81,66 de su capital social.

Paralelamente a ello y en la misma fecha firmó con actor el citado contrato de opción de compra sobre las participaciones sociales de que el mismo era titular, ya que su intención inicial había sido hacerse con el 100% de su capital social, defiriendo la adquisición de estas ultimas a la fecha en que cesara su relación laboral con la misma como gerente, que fue formalizada en el día 1 de octubre siguiente.

2º/El día 3 de abril de 2009, se celebró Junta extraordinaria de la mercantil MEI en la que se aprobó, con el solo voto en contra del actor, accionista minoritario, la reducción del capital a cero mediante la amortización de todas las participaciones y simultanea ampliación del mismo a medio de la emisión de nuevas participaciones con prima de asunción.

3º/ El 20 de abril siguiente el actor presentó ante el Juzgado una querrela contra la demandada en la que le imputaba la comisión de un delito societario fundado en haber dispuesto de los bienes de la mercantil MEI provocando el estado de insolvencia de la misma para justificar el citado acuerdo u operación acordeón. Ello



provocó que el 24 de abril siguiente fuera despedido por la demandada, en despido finalmente declarado nulo por los órganos jurisdiccionales del Orden Social, al reputar que el mismo había tenido por causa la represalia a ese ejercicio por el actor del derecho a la tutela judicial efectiva, según así resulta acreditado con las copias de las sentencias tanto del Juzgado de lo Social como de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias y la del propio TS, adjuntadas a la demanda como doc. 6 a 8 obrantes a los f. 107 a 152 de los autos. En las mismas se acordó la procedencia de su readmisión, lo que finalmente no se llevó a cabo por la demandada al haber llegado las partes a un acuerdo transaccional ante el UMAC, en fecha 29 de diciembre de 2010, en virtud del cual dieron por extinguida la relación laboral previo el abono al actor por su empleadora, la hoy demandada, de una indemnización de 195.345€, con mas la procedente por los salarios de tramitación correspondientes.

4º/ En las citadas sentencias, en lo que aquí interesa, ya se recogía como hecho probado (el tercero) que pese a la categoría profesional de gerente de MEI para la que había sido contratado el actor, a partir de enero de 2008, la demandada había nombrado como tal a otra persona que era la que de hecho asumió la gestión efectiva de la empresa, relegando a una posición marginal al actor en la citada gestión.

5º/ El actor, paralelamente a la impugnación de su despido, promovió un procedimiento ante el Juzgado de lo Mercantil, impugnando la Junta universal de la sociedad MEI de la que era partícipe, pero ello exclusivamente fundado en el incumplimiento en su convocatoria y celebración de las formalidades exigidas y fundamentalmente del derecho de información del socio, impugnación que fue rechazada tanto por el Juzgado como por la Audiencia, sin abordar en ningún momento, porque no era objeto de debate en el mismo, si ese acuerdo de acordeón adoptado en la referida Junta de 3 de abril de 2009, exoneraba o no a la mercantil demandada, adquirente en la misma de la totalidad de las nuevas participaciones sociales de MEI, del compromiso de compra adquirido con el actor en el contrato de opción de compra celebrado en el mismo en que éste, en la actual demanda funda sus pretensiones, de ahí que ese pronunciamiento de validez de la Junta y del acuerdo de la operación acordeón en nada prejuzga, o vincula a la decisión que pueda adoptarse sobre las mismas en este momento.

6º/ Con posterioridad a la celebración de esa Junta y adopción del acuerdo, que supuso la desaparición de las participaciones sociales del actor objeto del contrato de opción litigioso, se levantaron por la Inspección de Hacienda actas de infracción por irregularidades cometidas por MEI en la liquidación, tanto del impuesto sobre la renta correspondiente al año 2006 y tres primeros trimestres del año 2007, como del de sociedades del año 2006, esto es a periodos anteriores a la venta a la demandada de sus participaciones, que determinaron la firma de sendas actas de conformidad, en fecha 21 de octubre de 2010, por un importe total de 222.152,38€ (doc. 4 en sus distintos subapartados adjuntado con la contestación obrante a los f. 420 a 463 de los autos). El actor en el transcurso de la declaración efectuada en el acto del juicio manifestó que esa deuda fue abonada por los antiguos socios de MEI, en cumplimiento de la responsabilidad y garantía asumida en el contrato de venta a la demandada de sus participaciones que así lo establecía y que por ello esa deuda tributaria no había supuesto detrimento patrimonial alguno a la mercantil MEI, propiedad de la misma, pero de tal extremo no existe prueba alguna en autos.

CUARTO.- Partiendo de tal relato histórico lo que debe determinarse en este caso es si resulta o no aquí aplicable la causa de exoneración o liberación del compromiso de compra de participaciones sociales, que se reconoce asumido por la demandada en el contrato de opción de compra litigioso, en base a la doctrina jurisprudencial relativa a requisitos y consecuencias derivadas de la pérdida de la cosa debida.

En relación a la misma, dando por reproducida por su absoluta corrección y exhaustividad la contenida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de primera instancia, resulta que su aplicación con ese efecto liberatorio siempre ha sido restrictiva y casuística por la jurisprudencia, exigiendo en todo momento que la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la obligación de que se trate por pérdida de su objeto además de ser definitiva, no hubiera sido imputable al deudor, esto es no que no se hubiera producido por su culpa, como así lo recuerda entre otras las STS de 4 de mayo de 2011, parcialmente transcrita en la recurrida y de forma mas sistemática y pormenorizada la también STS de 30 de abril de 2002, igualmente transcrita a la que se remite esta Sala en aras a la brevedad pues, que como bien se razona por el Juzgador de instancia, esta ultima es de común cita por los tribunales al abordar esta materia de extinción de las obligación por pérdida sobrevenida de su objeto.

QUINTO.- Aplicando la citada doctrina a este caso, teniendo en cuenta las circunstancias que concurrieron en la desaparición del objeto, no puede este Sala compartir la convicción del Juzgador de primera instancia en orden a la ausencia de imputación de responsabilidad en la demandada en la desaparición de las participaciones objeto del contrato de opción litigioso.

Ello es así porque aunque la causa ultima de la misma hubiera sido el no ejercicio por el actor del derecho de suscripción preferente de las nuevas participaciones en la ampliación del capital social acordada en la



operación acordeón en forma paralela a su reducción a cero del precedente, lo cierto es que ese no ejercicio de tal derecho de adquisición preferente, -que en este caso suponía la necesaria realización por el actor de un desembolso de 90.000€ con lo que ello suponía de minorar en igual cuantía el precio de la opción de compra y que no consta estuviera en condiciones de asumir-, vino determinado por la decisión unilateral de la demandada, como socio mayoritario que era de MEI, de haber optado, para restablecer el necesario equilibrio patrimonial de la sociedad entre su capital y su patrimonio neto, esto es para sanear financieramente a MEI y poner fin a la causa de disolución en que estaba incurrida, por acudir a la llamada operación acordeón, que si bien es legalmente admisible e idónea para ello, no es la única pues existen otras, como la apuntada de ampliación de capital en el informe pericial adjuntado con la demanda, que evita los riesgos de aquella, entre otros el peligro que la misma comporta para los socios minoritarios, con menor capacidad financiera que pueden verse imposibilitados a acudir al aumento, produciendo así indirectamente por esta vía un cambio en la estructura de control de la sociedad.

Con independencia de que esa finalidad poco ortodoxa, no hubiera sido la que en este caso determinó la opción de la demandada, lo cierto es que las pérdidas que determinaron la misma se produjeron en el año 2008, durante el cual la gestión de la sociedad fue realizada en forma exclusiva por la citada sin participación relevante alguna del actor, como así se reconoció en las sentencias dictadas por el orden social de la jurisdicción, y por ello al margen de cual fuera el origen de las causas que determinaron la entrada en pérdidas de la empresa, -que en el único informe pericial obrante en autos imputa a esa gestión de la demandada, en conclusión razonable y atendible ya que no en vano los gastos, ingresos y facturación de MEI dependían en un porcentaje superior al 90 por ciento de los trabajos realizados para la demandada, su socio mayoritario-, lo que es evidente, es que en tal anualidad ninguna intervención tuvo el actor, dado que su cargo de gerente en la misma en ese año, era meramente formal sin intervención relevante alguna en la marcha y decisión de la sociedad.

Que ello es así, esto es que las pérdidas que determinaron su entrada en causa de disolución a la que se puso fin con una operación de acordeón, con la consiguiente pérdida de las participaciones que constituían el objeto de la opción de compra, se produjeron en el año 2008, es extremo que resulta ratificado con la propia Memoria unida al informe de gestión y cuentas de tal anualidad que el administrador de la mercantil MEI, que se reconoce era ejercida desde el grupo **Duro Felguera** (apartado 24 de la misma al f. 91 vto. de los autos) presento a la citada Junta extraordinaria, en la que atribuye las pérdidas que determinaron la entrada en la causa de disolución prevista en el art. 104,e) de la LSRL, en el apartado 2.2 de la misma (f. 80) a " las pérdidas obtenidas en una de las obras ejecutadas en el ejercicio 2008", y en el informe de gestión, (f. 93) se alude igualmente a la toma de "... decisiones estratégicas en tal año, consistente en el abandono paulatino del sector mecánico a que antes se dedicaba para centrar la fuerza productiva de la sociedad en el sector de montajes eléctricos".

Es indudable que la empresa como unidad económica está sometida al riesgo propio inherente al desarrollo del negocio de que se trate, pudiendo generar la toma de decisiones descubiertos en la misma que la pongan en peligro de insolvencia, de ahí que el generado en este caso por la demandada en la gestión de la empresa MEI no pueda sin mas ser calificado de imprevisible e inevitable, en cuanto está directamente relacionado con esa toma de decisiones en el seno de su actividad.

En todo caso, el hecho de haber optado para poner fin a esa causa de disolución, por la operación acordeón que supuso la reducción del capital social a cero mediante la amortización de todas las participaciones, incluidas por ello aquellas de las que era titular el actor objeto del contrato de opción, cuando existían otras, como la de ampliación de capital, que no consta acreditado, pues ninguna prueba técnica se ha propuesto por la demandada al respecto, le hubiera generado mayor perjuicio o desembolso económico a la citada, tal posibilidad de otras alternativas hace que no puede apreciarse la absoluta ajenidad de esta ultima en la pérdida del objeto que concluye la recurrida. La imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la obligación a que se había comprometido la demandada, de compra de las participaciones del actor, no es por ello en absoluto ajena a la actuación o ámbito de decisión de la demandada, que conociendo su obligación previa, decide optar para remover la situación de desequilibrio financiero por efectuar una operación acordeón cuando la continuidad de la operatividad de la empresa se habría logrado igualmente con la alternativa de ampliación de capital que hubiera permitido respetar el cumplimiento de tal obligación.

De ello deriva que la pérdida de las participaciones sociales objeto del contrato de opción de compra litigioso, haya de estimarse fue debida a una decisión de la demandada, que era quien en el año en que se produjeron las pérdidas, llevaba en exclusiva la gestión de la sociedad, por lo que con independencia de cual fuera el origen ultimo de las mismas, a ella ha de estimarse fue en todo ajeno el actor, de ahí que teniendo como tenía la demandada el control total de la gestión de la sociedad, es aplicable a este caso la presunción de responsabilidad establecida en el art. 1183 del CCivil, con arreglo al cual " siempre que la cosa se hubiese



perdido en poder del deudor se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito" dado que tanto la doctrina científica como la practica de los tribunales estiman aplicable no solo a los supuestos de tenencia material de la cosa perdida por el deudor , sino también al hecho de ostentar sobre la misma la facultad de disposición, circunstancia que aquí concurre, en la demandada, al ostentar en el año que se produjo la perdida la total gestión de la sociedad MEI y, por ello, de la totalidad de las participaciones objeto de la opción de compra, que era desarrollada por su personal.

Esa presunción legal de culpa establecida en el art. 1183 precitado, aquí no ha sido desvirtuada, pues no puede estimarse que la imposibilidad sobrevenida fuera debida a culpa alguna concurrente del propio actor concedente de la opción, en base a la existencia de descubiertos con la Hacienda publica invocados en la contestación, pues además de que éstos y los pagos correspondientes fueron posteriores al acuerdo de reducción del capital a cero mediante al amortización de todas las participaciones, incluidas las objeto de la opción de compra, y simultanea ampliación de capital social con emisión de otras nuevas, que fue la que determinó la perdida, en las propias Escrituras tanto de opción de compra (estipulación sexta), como de compra al resto de los socios de sus participaciones,(estipulaciones séptima y novena) se establecía la responsabilidad y garantía de los vendedores por cualquier obligación nacida con anterioridad a tales contratos aunque sus efectos se produjeran con posterioridad.

Las consecuencias que por ello derivan de esa deuda anterior no son otras que la procedencia de reducción en este caso del importe de la indemnización por equivalencia a que tiene derecho el actor, en la parte correspondiente a su participación en el capital social en la citada deuda con Hacienda, que no consta hubiera sido abonada a la demanda por éste y el resto de los socios con anterioridad, como se invocó por el mismo en el transcurso de su interrogatorio.

Ello determina que la estimación de la demanda haya de ser parcial, en el sentido de reducir el importe de la opción y consiguiente prestación indemnizatoria por equivalencia al resultante de deducir del pactado, el correspondiente al 18,33% de la citada deuda fiscal precedente, que supone la cantidad de 40.720,53€.

La demanda y por ello el presente recurso se estima parcialmente en cuanto se fija el importe de prestación por equivalencia y consiguiente condena a su abono por la demandada en la cantidad de 267.895,47€ resultado de deducir de la reclamada los citados 40.720,53€.

SEXTO.- La estimación parcial tanto del presente recurso como de la demanda determina no proceda hacer expresa imposición de costas en ambas instancias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 y 394.2º, respectivamente de la L.E.Civil .

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

FALLO

Se acoge parcialmente el recurso de apelación deducido por DON Valeriano , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Oviedo, en autos de juicio ordinario núm. 1265/2011 seguidos a su instancia contra la mercantil **DURO FELGUERA S.A.**, a que el presente rollo se refiere, la que se REVOCA .

En su lugar, con parcial estimación de la demanda condenamos a la demandada a que abone al actor la cantidad de 267.895,47 €, como cumplimiento por equivalencia del contrato de opción de compra y venta, con mas los intereses legales de la misma desde la fecha de la interpelación procesal y los procesales del art. 576 de la L.E.Civil , desde la fecha de esta sentencia.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias.

Contra la presente Sentencia cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Asi por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.