

Roj: **SAP A 67/2006 - ECLI:ES:APA:2006:67**Id Cendoj: **03014370082006100030**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Alicante/Alacant**Sección: **8**Fecha: **23/01/2006**Nº de Recurso: **528/2005**Nº de Resolución: **29/2006**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ENRIQUE GARCIA-CHAMON CERVERA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO DE SALA Nº 528-M119/05

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 15/04

JUZGADO MERCANTIL ALICANTE-1

SENTENCIA NÚM. 29/06

Iltmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a veintitrés de enero de dos mil seis.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, actuando como Sección especializada en materia mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 15/04, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud de los recursos entablados por las partes demandadas, de un lado, "Sidi Hoteles, S.A.", representada por la Procuradora Doña Mercedes Peidró Doménech, con la dirección de la Letrada Doña Cristina Piles de la Fuente y; de otro lado, Don Armando, representada por la Procuradora Doña Mercedes Peidró Doménech, con la dirección del Letrado Don Antonio Cabanes Ferrer; y como apelada, la parte actora, Don Juan Ignacio y Fundación Hova, representadas por el Procurador Don Enrique de la Cruz Lledó, con la dirección del Letrado Don Gaspar Ripoll Ruiz de la Escalera.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 15/04 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, se dictó Sentencia de fecha dieciséis de junio de dos mil cinco, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por Juan Ignacio y FUNDACIÓN HOVA contra SIDI HOTELES SA y Armando y debo acordar y acuerdo la nulidad de los acuerdos sociales de modificación de estatutos sociales consistentes en la ampliación de capital social y en imposición de limitaciones a la libre transmisión de las acciones adoptados en la junta de SIDI HOTELES SA DE 13 de junio de 2.004, dejando sin efecto la ejecución de la ampliación realizada mediante la suscripción de las nuevas acciones por Armando

Procédase a la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil de Alicante, su publicación en extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y la cancelación de la inscripción de los acuerdos anulados en el Registro Mercantil y los asientos posteriores a los de los acuerdos impugnados que resulten contradictorios con la sentencia.

Las costas procesales imponen a las partes demandadas."



SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se prepararon sendos recursos de apelación por las partes demandadas; y tras tenerlos por preparados, presentaron el correspondiente escrito de interposición del recurso, de los que se dio traslado a la actora que presentó un único escrito de oposición frente a ambos recursos. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 528-M119/05, en el que se advirtió la falta de acreditación del pago de la tasa por parte de la mercantil apelante, acordándose la devolución de los autos al Juzgado de instancia para su subsanación. Una vez verificado, se acordó la práctica en esta alzada del interrogatorio del representante de la entidad apelada propuesta por los dos apelantes y se rechazó la admisión de los documentos aportados por la mercantil apelante y por la apelada. Se señaló la práctica de la prueba admitida para el día dieciocho de enero, en el que tuvo lugar. Seguidamente, se procedió a la deliberación, votación y fallo del recurso.

En fecha 12 de enero, la representación de "**Sidi** Hoteles, S.A." interpuso un recurso de reposición frente a la Providencia de fecha 22 de diciembre anterior de la que se ha dado traslado a las demás partes sin que haya aún transcurrido el plazo conferido para su posible impugnación. Todas las partes aceptaron al inicio del acto de la vista que la resolución del recurso de reposición no impedía la celebración de ese acto.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Iltmo. Sr. D. Enrique García Chamón Cervera.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acometeremos, en primer lugar, el examen de las alegaciones del recurso de apelación deducido por Don Armando .

En la primera de ellas se denuncia la infracción de normas o garantías procesales en la tramitación y resolución del litisconsorcio pasivo necesario suscitado de oficio por el Magistrado a quo y en la tramitación y resolución de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda opuesta oportunamente por esa misma parte, tramitación y resolución que le habría causado indefensión.

La respuesta a esta primera alegación exige hacer una serie de precisiones respecto de la pretensión deducida en la demanda que tiene por objeto la declaración de nulidad o, subsidiaria anulabilidad, del acuerdo social de modificación de los Estatutos adoptado en la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el día 13 de junio de 2004 , consistente en aumento de capital, reflejado en el acta aportada como documento número 4 de la demanda.

En primer lugar, el acuerdo adoptado en el primer punto del orden del día no sólo se limitó a la aprobación del acuerdo propuesto en el punto primero del orden del día consistente en "Examen y aprobación, si procede, de la propuesta de Aumento del capital social en la suma de Cuatrocientos ochenta y seis mil ochocientos diez (486.810,00) euros mediante la creación ochenta y una mil acciones de seis con uno (6,01) euros de valor nominal cada una y con el correspondiente desembolso total o parcial dinerario y la consiguiente modificación de los estatutos sociales." En el acuerdo adoptado, junto con la aprobación del acuerdo social de aumento de capital en los términos indicados y la consiguiente modificación de los Estatutos sociales, se incluyó la ejecución del acuerdo de aumento de capital, en concreto, la renuncia al derecho de suscripción preferente por parte de las mercantiles accionistas ("**Sidi** Valencia, S.A." y "**Sidi** Española, S.A."), el ofrecimiento de las nuevas acciones a Don Armando , como persona física, y la suscripción e íntegro desembolso de las nuevas acciones emitidas por aquél. Quiere decirse con ello que, al menos, desde un punto de vista formal, la ejecución del acuerdo de aumento de capital social se incluyó también dentro del primer punto del orden del día.

En segundo lugar, la consecuencia inherente a la declaración de nulidad o anulabilidad del acuerdo de aumento de capital social es, de conformidad con lo establecido con carácter general para cualquier acto jurídico en el artículo 1.303 del Código civil , la restauración ex tunc de la situación existente en el momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo impugnado. En nuestro caso, al constar que la suscripción y desembolso se había realizado íntegramente por Don Armando porque así se refleja en el acta de la Junta, la restauración al momento inmediatamente anterior al acuerdo llevará consigo que Don Armando devuelva los títulos representativos de las acciones cuya emisión se ha declarado nula y, recíprocamente, la mercantil "**Sidi** Hoteles, S.A." deberá restituírle la aportación dineraria realizada como consecuencia del desembolso del capital suscrito.

En tercer lugar, es criterio reiterado en nuestra doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 5 de octubre de 1994 y 9 de noviembre de 1999) que la obligación de devolver no nace del contrato anulado, sino de la ley, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en virtud del principio iura novit curia, sin que ello suponga alterar la armonía entre



lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar acudir a un nuevo pleito y el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de otra. La aplicación de este criterio jurisprudencial al caso que nos concierne es que la recíproca restitución de las prestaciones entre "Sidi Hoteles, S.A." y Don Armando podía acordarse en la Sentencia que declarara la ineficacia del acuerdo impugnado aunque no hubiera existido una pretensión expresa en la demanda que así lo interesara pues se trata de un efecto ex lege que puede establecerse por el Juez que resuelve el litigio en virtud del principio iura novit curia.

En cuarto lugar, es evidente que Don Armando tiene interés en la validez del acuerdo adoptado pues en el caso de estimarse la pretensión de nulidad deducida en la demanda perdería la privilegiada situación que le atribuyen los derechos políticos y patrimoniales correspondientes al 50,2 % del capital de "Sidi Hoteles, S.A." como consecuencia de la suscripción completa y desembolso íntegro del aumento de capital realizados por él. En nuestro caso, aún se hace más manifiesto ese interés porque la ejecución del acuerdo de aumento de capital no se lleva a cabo fuera de la Junta General sino que se incluye como parte del acuerdo adoptado en el punto primero del orden del día.

Fijadas las anteriores precisiones ya podemos adentrarnos en las concretas alegaciones de la parte apelante que, después de reseñar las vicisitudes acaecidas en las tres sesiones destinadas a la audiencia previa, denuncia la infracción de garantías y normas procesales en la tramitación y resolución del litisconsorcio pasivo necesario que se concretan en las siguientes, a saber:

1.-) infracción del artículo 420.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque la falta de litisconsorcio pasivo necesario fue suscitada de oficio por el Magistrado de instancia en el acto de la audiencia previa, cuando el precepto aludido sólo permite su oposición por el demandado en el escrito de contestación a la demanda. No se aprecia la existencia de la infracción denunciada porque: a) el acto de la audiencia previa atribuye al tribunal un papel activo hasta tal punto que le faculta para requerir a las partes aclaraciones o precisiones necesarias respecto de los hechos y argumentos contenidos en sus escritos de demanda o contestación (artículo 420.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); b) una de las finalidades esenciales de la audiencia previa es examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del proceso y a su terminación mediante Sentencia sobre su objeto (párrafo segundo del artículo 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); c) conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de todos conocida (entre las últimas, la STS de 22 de septiembre de 2005) la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario queda fuera de la jurisdicción rogada, en razón de trascender sus efectos al orden público; d) la estimación del litisconsorcio pasivo necesario fue acordada en la sesión de la audiencia previa celebrada el día 11 de enero de 2005 y, al estar conformes todas las partes (por supuesto, aún no estaba personado Don Armando) se concedió a la actora el plazo de diez días para que constituyera el litisconsorcio mediante la presentación de una demanda contra Don Armando .

2.-) infracción del artículo 401.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque se permitió la acumulación de la acción interpuesta contra Don Armando después de la contestación a la demanda por "Sidi Hoteles, S.A." No puede acogerse la infracción denunciada porque: a) haría imposible la presentación de la demanda dirigida contra los litisconsortes cuando se acuerda la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el acto de la audiencia previa, trámite al que se refiere el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en varios de sus apartados, siempre que en la demanda dirigida a los litisconsortes sólo se añadan a las alegaciones de la demanda inicial aquéllas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir; b) ya hemos dicho más arriba que la pretensión es única, la nulidad o anulabilidad del acuerdo de aumento de capital social, pero la consecuencia ineludible que llevaría aparejada la estimación de esa pretensión es la restauración de la situación al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo impugnado, efecto ex lege que puede ser acordado por el tribunal aunque no haya petición expresa en la demanda sin incurrir en vicio de incongruencia.

3.-) infracción del artículo 420.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el Magistrado de instancia dio traslado formal del escrito justificativo de las alegaciones que fundamentaban las pretensiones dirigidas contra Don Armando en la sesión de la audiencia previa celebrada el día 13 de abril de 2005 cuando el Sr. Armando ya había contestado a una demanda incompleta que tenía idéntico contenido a la presentada inicialmente contra "Sidi Hoteles, S.A." al no haberle dado traslado del escrito presentado por la actora el día 14 de enero de 2005 para justificar la integración voluntaria de la litis, obrante a los folios 803 a 805 de los autos. La Sala rechaza también esta infracción en atención a las siguientes razones: a) la omisión del traslado del escrito específico justificativo de las pretensiones dirigidas contra Don Armando , nunca imputable a la actora, pudo ser subsanado al conferirle nuevo traslado en la sesión de la audiencia previa celebrada el día 13 de abril de 2005 al apreciarse ese defecto en ese momento, acordando a su vez que hiciera nuevas alegaciones por escrito sobre el mismo en la siguiente sesión de la audiencia previa señalada para el siguiente día 29 de abril; b) la Sala tiene fundadas sospechas para creer, a la vista del escrito de contestación de Don Armando (en sus páginas 3 y 4 se refiere al acuerdo sobre el litisconsorcio pasivo necesario adoptado en la sesión de de



la audiencia previa de fecha 11 de enero de 2005 cuando en ese momento aún no se había personado en los autos), que tenía real y efectivo conocimiento del escrito aludido porque del mismo sí se dio traslado a la parte codemandada ya personada, "Sidi Hoteles, S.A.", cuya representación la ostentaba el mismo Sr. Armando ; c) después de dar nuevo traslado a la representación de Don Armando del escrito que justificaba la pretensión dirigida contra él para que formulara alegaciones sobre el mismo por escrito en la sesión celebrada el día 29 de abril, la dirección letrada de esa parte no añadió ninguna alegación respecto de las que ya había realizado en su anterior escrito de contestación.

4.-) acordar el litisconsorcio pasivo necesario cuando la parte actora nunca llegó a impugnar en la demanda la ejecución del acuerdo de ampliación de capital. Ya hemos dicho más arriba que la consecuencia ex lege de la declaración de nulidad o de la anulabilidad del acuerdo social de aumento de capital, expresamente solicitado en la súplica de la demanda, es la de restaurar la situación a la existente al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo y este efecto ex tunc que llevaría implícita la ineficacia del acuerdo de aumento de capital que no precisa de expresa solicitud en la demanda, dejaría sin efecto la suscripción completa y el íntegro desembolso realizado por Don Armando en la misma Junta celebrada el día 13 de junio de 2004. Así pues, en la medida en que pueden resultar directamente afectados los intereses de Don Armando , el cual viene identificado en el mismo acuerdo ahora impugnado al reflejarse allí también la ejecución del aumento de capital, ha de estimarse acertada la declaración del litisconsorcio pasivo necesario. Precisamente, éste es el fundamento de esta institución según dispone el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y una muy reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, STS de de 21 de octubre de 2004): "Es doctrina constante de esta Sala, la de que, aún cuando el actor es libre para llamar al pleito a quien crea y entiende que debe estar presente en el mismo, la relación jurídico procesal que se inicia con la demanda y perfecciona con el emplazamiento en la litis del demandado o demandados tan sólo estará bien constituida cuando se haya dado la oportunidad de ser oídos en la litis a cuantos, por tener un interés directo en el pleito, puedan resultar afectados por lo fallado en el mismo, ya que, en otro caso, la resolución que en él recayera podría ocasionar indefensión a aquellos que, faltos de la oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniese, hubiesen de verse obligados a acatar lo resuelto, que opera sobre sus derechos o intereses."

5.-) infracción del principio de igualdad de partes al haber permitido el Magistrado de instancia que la actora dirigiera su demanda contra Don Armando cuando en la demanda rectora de este proceso tan sólo se interesaba la declaración de nulidad del acuerdo social de aumento del capital social. No puede prosperar esa alegación al ser el litisconsorcio pasivo necesario susceptible de ser apreciado de oficio.

6.-) infracción del principio dispositivo o de aportación de parte. Tampoco puede acogerse esa infracción desde el momento en que el efecto restaurador ex tunc inherente a la declaración de nulidad o de anulabilidad del acuerdo social de aumento de capital no requiere la expresa solicitud de parte sino que surge ex lege pudiéndose acordar en la Sentencia sin incurrir en vicio de incongruencia.

En conclusión, la estimación del litisconsorcio pasivo necesario en el acto de la audiencia previa, lejos de causar indefensión a Don Armando , lo que ha provocado es que se haya constituido adecuadamente la relación jurídico procesal de tal manera que su integración en esta litis le ha permitido defender la validez del acuerdo de aumento de capital porque sus intereses (derechos políticos y económicos correspondientes al 50,2% del capital de "Sidi Hoteles, S.A." adquiridos como consecuencia de la suscripción y desembolso de las nuevas acciones emitidas tras el aumento de capital) estaban directamente afectados por la resolución de este litigio.

SEGUNDO.- Seguidamente, pasamos a examinar los argumentos que sustentan la alegación relativa a la infracción de garantías y normas procesales en la tramitación y resolución de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Se insiste en que se ha infringido el artículo 420.1 en relación con el artículo 399, ambos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque con el traslado a Don Armando de la copia de la demanda inicial junto con el escrito presentado por el actor en fecha 14 de enero de 2005 resulta imposible conocer la acción que se ejercita contra él al no constar el ejercicio de ninguna pretensión dirigida en su contra, lo que le ha provocado una situación de indefensión al no haberse acordado el sobreseimiento del proceso.

Ha de rechazarse esta alegación por las siguientes razones:

En primer lugar, el párrafo segundo del artículo 420.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece importantes restricciones en cuanto al contenido de la demanda que dirige el demandante contra los litisconsortes pues sólo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquéllas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir. La lectura del escrito presentado por la actora el día 14 de enero de 2005 en el que justifica la llamada al proceso de Don Armando permitía a éste conocer, junto con la copia de la demanda, cuáles eran las razones de su llamada a



este proceso al objeto de integrar adecuadamente la relación jurídico procesal. En el referido escrito se expresa que si prospera la impugnación del acuerdo de aumento de capital ello provocará "la consiguiente restitución de prestaciones, en particular, con la consecuencia de que el capital social vuelva a quedar fijado en la cantidad de 480.080.- euros dividido en 80.000.- acciones de un valor nominal cada una de ellas de 6.01 euros, de que quede así mismo sin efecto la emisión de 81.000.- nuevas acciones suscritas por D. Armando y de que se proceda a reintegrar a éste el importe por valor de 486.810.- euros desembolsado por dichas acciones". El texto transcrito contiene las alegaciones imprescindibles que pueden añadirse a la demanda inicial para justificar la llamada al proceso de Don Armando sin alterar de forma sustancial la causa de pedir.

En segundo lugar, el artículo 424.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo permite decretar el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor y frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones. En nuestro caso, el escrito presentado por la actora el día 14 de enero de 2005 junto con el texto de la demanda permiten conocer cuál es la pretensión dirigida contra Don Armando pues con ambos documentos se puede entender de manera inequívoca que si prospera la impugnación del acuerdo de aumento del capital social ello llevará consigo que quedará sin efecto la operación de suscripción y desembolso por parte del Sr. Armando respecto de las nuevas acciones emitidas.

En tercer lugar, si como ya hemos dicho más arriba, el acogimiento de la pretensión de impugnación del acuerdo social de aumento de capital produciría por ministerio de la Ley el efecto de la restauración de la situación anterior al momento en que se adoptó el acuerdo sin que sea necesaria una petición expresa de la parte actora, con mayor razón debe entenderse suficientemente cumplimentado el trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 420.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante el escrito presentado por la parte actora el día 14 de enero de 2005.

En cuarto lugar, ninguna indefensión consta que se haya producido a esa parte pues se le dio la oportunidad de formular alegaciones complementarias de su primer escrito de contestación y propuso prueba e intervino en la práctica de la prueba propuestas por las demás, lo que sólo es posible si conoce la pretensión dirigida contra ella.

TERCERO.- En el mismo recurso, de forma separada, se alega la falta de legitimación pasiva del Sr. Armando porque el artículo 117.3 del TRLSA sólo permite que puedan dirigirse las acciones contra la sociedad. Quiere decirse con ello que sólo cabe dirigir la acción de impugnación contra "Sidi Hoteles, S.A." y nunca contra Don Armando .

Para evitar ser reiterativos la Sala da por reproducidos los mismos argumentos expuestos más arriba para justificar la situación de litisconsorcio pasivo necesario que exigían que fuera llamado Don Armando a este proceso.

A continuación, en otra alegación articulada de manera separada se viene a reproducir la excepción de la falta de legitimación activa de "Fundación Hova" y de Don Juan Ignacio así como también la caducidad de la acción sin exponer ningún argumento con el que combatir la fundamentación recogida en la Sentencia impugnada sobre su desestimación. Simplemente, se remite el apelante a lo ya expuesto por esa parte en el escrito de contestación, en la audiencia previa, juicio y conclusiones. Al verse privada la Sala del conocimiento de las concretas pretensiones impugnatorias dirigidas a revocar el pronunciamiento desestimatorio de esas excepciones y considerando plenamente acertadas las razones expuestas en la fundamentos jurídicos segundo y tercero de la Sentencia recurrida destinados específicamente a rechazar esas excepciones, nos limitamos a dar por reproducidos esos mismos argumentos con el fin de evitar innecesarias repeticiones. Todo ello en aplicación de la conocida doctrina dimanante tanto del Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987, 11/1995, 24/1996, 115/1996, 105/97, 231/97, 36/98, 116/98, 181/98, 187/2000) como de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de fechas 5 de octubre de 1998, 19 de octubre de 1999, 3 y 23 de febrero, 28 de marzo, 30 de marzo, 9 de junio, ó 21 de julio de 2000, 2 y 23 de noviembre de 2001) que permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y que entiende y proclama que si la resolución de primer grado es acertada, la que la confirma en apelación no tiene porque repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal debe corregir sólo aquello que resulte necesario (SSTS de 16 de octubre y 5 de noviembre de 1992, 19 de abril de 1993 5 de octubre de 1998, y 30 de marzo y 19 de octubre de 1999).

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, se combate la estimación de la autocontratación como causa de la nulidad del acuerdo social de aumento de capital adoptado por la Junta General Universal y Extraordinaria celebrada el día 13 de junio de 2004 aunque bajo esta alegación general se exponen varios motivos de discrepancia.

En el primer motivo se aduce que no puede ser objeto de impugnación la ejecución del acuerdo de aumento de capital porque el único acuerdo social susceptible de impugnación es el de aumento del capital social.



Debemos rechazar este motivo por las siguientes razones: 1.-) ya hemos dicho anteriormente que la ejecución de ese acuerdo no se produjo después de la Junta porque la suscripción y desembolso por Don Armando de las nuevas acciones emitidas fueron realizados en unidad de acto en el seno de esa misma Junta hasta tal punto que viene incluido dentro de los acuerdos adoptados en el primer punto del orden del día; 2.-) también hemos dicho ya en reiteradas ocasiones que en la medida en que la nulidad del acuerdo social de aumento del capital lleva consigo la ineficacia subsiguiente de todos actos de ejecución, incluso, sin que exista una previa petición expresa de la parte actora, ningún inconveniente existe para que la ejecución del acuerdo de aumento de capital sea objeto de debate en este proceso y de un concreto pronunciamiento en la Sentencia sobre su eficacia; 3.-) no es aplicable la doctrina jurisprudencial (STS 10 de noviembre de 2003) que invoca el recurrente porque no coincide el supuesto de hecho habida cuenta de que en ese litigio se atacaba el acuerdo social de ampliación de capital y el negocio jurídico previo del que procedía el crédito cuya compensación daba lugar al aumento de capital pues ambos actos jurídicos (adquisición del crédito y ampliación de capital por compensación del crédito) mantienen su autonomía y no puede aprovecharse la impugnación de la ampliación de capital para atacar un negocio jurídico previo e independiente; en nuestro caso, es evidente la relación causal entre el acuerdo de aumento de capital y su posterior ejecución de tal manera que la nulidad o ineficacia del primero se extenderá inexorablemente a todas sus consecuencias; 4.-) la autocontratación no puede ser examinada aisladamente sino, como acertadamente se expone en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la Sentencia impugnada, es un elemento más que contribuye a la conclusión que la convocatoria y celebración de la Junta no tuvo por objeto la finalidad propia de una ampliación de capital sino conseguir, bajo una apariencia de legalidad, el control por parte de Don Armando del 50,2 % del capital de "Sidi Hoteles, S.A."

En el segundo motivo se argumenta que el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia objetiva para pronunciarse sobre la validez de la suscripción de acciones al no estar contemplada esa materia en el artículo 86-ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial . No alcanza a entenderse este motivo pues el artículo 86-ter-2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al Juzgado de lo Mercantil el conocimiento de todas aquellas cuestiones que dentro del orden jurisdiccional civil se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y es indudable que dentro de esa competencia objetiva, definida en términos tan amplios, ha de incluirse la impugnación de los acuerdos sociales de una institución tan propia de la legislación societaria como es el aumento de capital así como la ineficacia de todos los actos que se derivan del mismo.

En el tercer motivo se refiere que las accionistas de "Sidi Hoteles, S.A.", esto es, "Sidi Valencia, S.A." y "Sidi Española, S.A.", renunciaron libre y voluntariamente al derecho de suscripción preferente estando justificada esa renuncia porque su situación económica desaconsejaba que esas mercantiles pudieran ejercer el derecho de suscripción preferente. No puede acogerse tampoco ese motivo porque: 1.-) la supuesta renuncia del derecho de suscripción preferente de las dos únicas mercantiles socias de "Sidi Hoteles, S.A." no estaba autorizada por ningún acuerdo de sus respectivos Consejos de Administración ni de sus Juntas Generales, pues nunca se han aportado certificado de esos acuerdos por Don Armando quien tenía plena disponibilidad sobre la fuente de prueba al tener acceso a los Libros de actas de las dos mercantiles accionistas (artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); 2.-) se privó del plazo no inferior a un mes desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de la nueva emisión que el artículo 158.1 TRLSA concede a los antiguos accionistas para ejercer el derecho de suscripción preferente; 3.-) con esa renuncia se perjudicaba el interés de "Fundación Hova", entidad sobre la cual carece de poder de dirección Don Armando y que participa en el capital social de las dos mercantiles accionistas en el 50 % de su capital, de tal manera que, indirectamente, tenía una capacidad de influencia sobre "Sidi Hoteles, S.A." que alcanzaba el 50% por lo que, conforme dispone el artículo 6.2 del Código civil , no será válida la renuncia que perjudique a terceros; 4.-) la supuesta dificultad económica que atravesaban las dos mercantiles socias como justificativa de su incapacidad para ejercer el derecho de suscripción preferente se pretende acreditar con las testificales del Sr. Jose María y del Sr. Lorenzo , personas especialmente relacionadas con Don Armando y con "Sidi Hoteles, S.A.", lo que unido a las imprecisiones de la declaración Don. Lorenzo sobre la cuantía y momento en que se iban a acometer unas inmediatas y costosas inversiones por parte de las dos socias, impide que pueda darse credibilidad a las declaraciones realizadas por ambos sobre este particular en el acto del juicio; 5.-) esta renuncia al derecho de suscripción preferente de dudosa legalidad tampoco puede ser examinada aisladamente sino que es un acto más que contribuye a reforzar la conclusión acerca de que el acuerdo de aumento de capital y su inmediata ejecución en la Junta de 13 de junio de 2004 no tenía más objeto que ocultar a Don Juan Ignacio , miembro del Consejo de Administración que representaba los intereses de la mitad del capital social de "Sidi Hoteles, S.A.", la asunción del control de la mayoría del capital social por Don Armando .

El cuarto motivo tiene por objeto alegar la ausencia de autocontratación ilícita al no existir conflicto de intereses. Para la resolución de esta cuestión debemos empezar indicando los distintos conceptos en los que intervino Don Armando en la Junta celebrada el día 13 de junio de 2004: 1.-) intervino como Vicepresidente del Consejo de administración de "Sidi Hoteles, S.A." asumiendo la presidencia de la Junta ante la ausencia



del Presidente del Consejo, Don Juan Ignacio ; 2.-) intervino como Consejero Delegado de las dos únicas mercantiles socias, "Sidi Valencia, S.A." y "Sidi Española, S.A." y único representante de esas socias en esa Junta; 3.-) intervino como persona física interesada en la suscripción de las nuevas acciones emitidas tras el aumento del capital social. Así las cosas, el conflicto de intereses es manifiesto: a) hay un conflicto de intereses en la fijación del valor de las nuevas acciones emitidas porque, aún constanding la existencia de reservas en las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio, se fijó como valor de las mismas el valor nominal sin ninguna prima de emisión, lo cual beneficiaba a Don Armando , interesado como persona física en la adquisición al menor precio; b) se ofrecieron por Don Armando , en calidad de representante de las accionistas y como representante de "Sidi Hoteles, S.A.", las nuevas acciones emitidas a Don Armando , en calidad de persona física, cuando cualquier otro tercero, atendiendo a la verdadera situación económica de "Sidi Hoteles, S.A.", podía haber ofrecido una suma superior, lo que infringe el deber de diligencia que impone a los administradores el artículo 127 TRLSA ; c) en calidad de representante de las mercantiles socias renunció al ejercicio del derecho de suscripción preferente sin ninguna contraprestación económica como permite el artículo 158.3 del TRLSA porque, en calidad de persona física, no le interesaba abonar ningún importe adicional en el momento de la suscripción de las nuevas acciones emitidas; d) la renuncia al derecho de suscripción preferente que realizó Don Armando en calidad de representante de las mercantiles socias, le beneficiaba exclusivamente a él porque así detentaba, en calidad de persona física, más de la mitad del capital social de "Sidi Hoteles, S.A." y dejaba en una posición minoritaria a los intereses de "Fundación Hova".

El rechazo de todas las alegaciones del recurso de apelación deducido por Don Armando lleva consigo su íntegra desestimación.

QUINTO.- A continuación, hemos de abordar las alegaciones contenidas en el recurso de apelación deducido por la mercantil "Sidi Hoteles, S.A."

Estas alegaciones principian con una que es calificada como "Previa" en la que se detallan una serie de inexactitudes contenidas en los Antecedentes de Hecho y en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida. Si con esas llamadas inexactitudes pretende la recurrente poner de manifiesto la existencia de errores materiales sin ninguna finalidad impugnatoria debió utilizar la vía de la rectificación prevista en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que tiene una finalidad distinta de la del recurso de apelación. Por el contrario, si las referidas inexactitudes constituyen el fundamento de las alegaciones propiamente impugnatorias desarrolladas después en las alegaciones pudo omitirlas perfectamente por ser reiterativas.

En la primera alegación se reproducen en esta alzada dos cuestiones incidentales surgidas en el curso del proceso que fueron resueltas mediante sendas resoluciones interlocutorias por el Magistrado a quo en contra de los intereses de la ahora apelante, habiéndose desestimado el recurso de reposición interpuesto posteriormente contra las mismas. Son, de un lado, el llamado incidente de desistimiento y, de otro lado, la solicitud de suspensión por prejudicialidad penal.

En el llamado incidente de desistimiento pretende la parte apelante atribuir eficacia al escrito presentado por el Procurador Don Manuel Palacios Cerdán el día 19 de noviembre de 2004 (folio 473 de los autos) por el que interesaba el desistimiento del proceso al haber sido revocado los poderes procesales otorgados al Procurador Don Enrique de la Cruz Lledó (el que presentó la demanda inicial) por el Administrador de la Fundación Hova, a la sazón, Don Werner Gsthöhl. La Sala va a prescindir de examinar cuál era el Procurador que tenía poderes vigentes en la fecha en que se presentó la solicitud de desistimiento y sólo va a examinar si, aún en la hipótesis de que al Procurador Don Enrique de la Cruz Lledó le hubiesen sido revocados válidamente sus poderes procesales, hubiese producido algún efecto el desistimiento interesado por el Procurador Don Manuel Palacios Cerdán. La contestación necesariamente ha de ser negativa por las razones siguientes: 1.-) el poder aportado por Don Manuel Palacios Cerdán no es un poder especial para desistir en este proceso como exige el artículo 25.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues no puede valer una cláusula general de desistir "de los procedimientos" sin indicar los procedimientos concretos; 2.-) el escrito de desistimiento no lleva firma de Abogado (se desconoce cuál era el Abogado que asistía jurídicamente a Fundación Hova en ese trámite) cuando es preceptiva su intervención al no estar incluido en la excepción del artículo 31.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que nunca debió proveerse esa solicitud y la consecuencia de esta infracción es la nulidad de pleno derecho como declara el artículo 238.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; 3.-) el escrito de desistimiento, una vez emplazado el demandado (situación concurrente en nuestro caso), no produce efectos inmediatos sino que requiere previamente dar traslado del mismo al demandado para que preste su conformidad u oposición (artículo 20.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, en nuestro caso, nunca pudo cumplimentarse ese trámite, entre otras cosas, porque el Procurador Don Manuel Palacios Cerdán renunció a la representación conferida mediante escrito presentado el día 13 de diciembre de 2004 y porque el nuevo Administrador de Fundación Hova, Don Werner Keicher, otorgó el día 26 de noviembre de 2004 nuevos poderes a Don Enrique de la Cruz quedando sin efecto la representación que pudiera ostentar Don Manuel Palacios.



En conclusión, debe rechazarse la solicitud de nulidad interesada por la apelante al objeto de retrotraer el procedimiento al momento en que se manifestó el desistimiento.

También reproduce en esta alzada la apelante la solicitud de suspensión por prejudicialidad penal que fue desestimada en la instancia solicitando la retroacción del procedimiento al momento en que se efectuó esa solicitud. Igual suerte desestimatoria ha de correr esta alegación al no concurrir el requisito previsto en el artículo 40.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, ser el documento supuestamente falso (actuaciones realizadas por Don Juan Luis Cervera García consistentes en el otorgamiento de poderes y un requerimiento, en calidad de apoderado de Fundación Hova, cuando desde el día 15 de noviembre de 2004 supuestamente se le habían revocado los poderes que ostentaba de esa entidad) decisivo para resolver sobre el fondo del asunto. No tiene esa influencia sobre el fondo del asunto porque: 1.-) si con la querrela por falsedad documental (cuya copia obra a los folios 1064 a 1128) se perseguía que el único Procurador de Fundación Hova era Don Manuel Palacios Cerdán con el objeto de atribuir efectos a su escrito de desistimiento, ya hemos dicho que el referido desistimiento no ha llegado a tener ninguna relevancia en este proceso; 2.-) en todo caso, una vez conferidos poderes procesales por el nuevo Administrador de Fundación Hova, Don Werner Keicher, en fecha 26 de noviembre de 2004, a Don Enrique de la Cruz y habiendo manifestado en el acto de la vista celebrada en esta alzada que siempre ha tenido interés en la prosecución de este proceso para defender así los intereses de la entidad que representa, la posible falsedad del poder procesal otorgado por el Sr. Cervera García que se investiga en las Diligencias Previas número 534/05 seguidas en el Juzgado de Instrucción número 4 de Alicante, carecen de relevancia para la decisión sobre el fondo del asunto.

SEXTO.- En el recurso de apelación se vuelven a oponer las excepciones de caducidad y de falta de legitimación activa de la Fundación Hova. Sólo se formulan alegaciones con contenido propiamente impugnatorio respecto de la falta de legitimación activa de la Fundación Hova; respecto de la excepción de caducidad se da por reproducido lo ya manifestado a lo largo del procedimiento.

Así pues, respecto de la excepción de caducidad, al verse privada la Sala del conocimiento de las concretas pretensiones impugnatorias dirigidas a revocar el pronunciamiento desestimatorio de esa excepción y considerando plenamente acertadas las razones expuestas en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia recurrida destinado específicamente a rechazar esa excepción, nos limitamos a dar por reproducidos esos mismos argumentos con el fin de evitar innecesarias repeticiones. Todo ello en aplicación de la antes referida doctrina dimanante tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala Primera del Tribunal Supremo que permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y que entiende y proclama que si la resolución de primer grado es acertada, la que la confirma en apelación no tiene porque repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal debe corregir sólo aquello que resulte necesario.

Sin embargo, la apelante sí formula alegaciones impugnatorias respecto de la falta de legitimación activa de Fundación Hova por considerar que no concurre en ella la condición de tercero que acredite interés legítimo, circunstancia exigida en el artículo 117.1 TRLSA para impugnar los acuerdos adoptados en la Junta celebrada el día 13 de junio de 2004. La Sala comparte plenamente los argumentos expuestos por el Magistrado de instancia cuando justifica el "interés legítimo" de la Fundación Hova en la impugnación del acuerdo de aumento de capital y posterior suscripción y desembolso de las nuevas acciones por Don Armando. Ese interés legítimo consiste en el perjuicio que causa a Fundación Hova el acuerdo social ahora impugnado porque antes del mismo tenía una participación indirecta en "Sidi Hoteles, S.A." que alcanzaba el 50% por medio de las sociedades "Sidi Valencia, S.A." y "Sidi Española, S.A.", ambas, únicas accionistas de aquella y, después del acuerdo pasa a tener una participación indirecta del 24,9 %, adquiriendo una posición mayoritaria (50,2%) Don Armando. Las alegaciones de la apelante sobre la independencia formal de las sociedades que conforman lo que podemos denominar grupo de sociedades "Sidi" significa desconocer la realidad de las relaciones existentes entre ellas y el verdadero carácter de entidades matrices o dominantes al 50 % de la Fundación Hova y de la Fundación Inva. Prueba de la situación de participación por mitad de las dos entidades matrices es que Don Armando y Don Juan Ignacio, representantes de los intereses de cada una de esas Fundaciones, eran los que se reunían para tomar decisiones por consenso sobre la explotación de la actividad empresarial de las tres sociedades y así vino a reconocerlo el propio Sr. Armando en prueba de interrogatorio y lo confirmó el testigo Sr. Jesús Manuel, Secretario del Consejo de Administración de "Sidi Hoteles, S.A."

SÉPTIMO.- En la siguiente alegación ya se pasa a examinar el fondo del asunto, afirmando la apelante que el acuerdo social de aumento de capital es plenamente ajustado a Derecho.

En primer lugar, se denuncia una errónea valoración de la prueba al no haber sido valoradas adecuadamente la testifical de Don. Jose María y Lorenzo, el interrogatorio del Sr. Armando ni la testifical-pericial del Sr. Mauricio, ésta última propuesta por la misma parte actora. Parece desprenderse de esta alegación que si se hubiesen valorado adecuadamente esas pruebas se habría llegado a la conclusión de que el aumento de capital



era necesario para "Sidi Hoteles, S.A." y que no podían participar en el mismo las mercantiles accionistas, "Sidi Valencia, S.A." y "Sidi Española, S.A." ante las importantes inversiones que debían acometer.

Esas conclusiones difícilmente pueden compartirse, ni siquiera con los medios probatorios que se han indicado, porque: 1.-) se ha pretendido justificar la operación de aumento de capital en que era necesaria para paliar una llamada situación de "tensión de tesorería", expresión ambigua que nunca se ha llegado a concretar con cifras; 2.-) no se ha aclarado si "Sidi Hoteles, S.A." disponía de otras vías alternativas para conseguir fondos que fuesen distintas y menos excepcionales que la del aumento de capital como son, bien disponer de las líneas de crédito en entidades financieras que no estaban agotadas o bien, reclamar a sus deudores; 3.-) tampoco se ha explicado la razón de la cuantía del aumento de capital social que, por una casualidad harto sospechosa, permite al que la suscribe ser titular de la mayoría del capital social; 4.-) no se ha precisado cuál era la situación patrimonial tan angustiosa de "Sidi Valencia, S.A." ni de "Sidi Española, S.A." que les impedía ejercer el derecho de suscripción preferente pues tan sólo se refiere, sin concretar, que iban a realizar importantes inversiones desconociéndose su cuantía y el momento de ejecución.

Seguidamente, se tratan de rebatir las supuestas infracciones de la convocatoria de la Junta General Extraordinaria celebrada el día 13 de junio de 2004:

1.-) inexistencia de reunión previa del Consejo de Administración. Es evidente que en el acta de la Junta se hace constar de manera expresa que la convocatoria fue acordada por el Consejo de administración pero: a) no consta ningún acuerdo del referido órgano en los libros de actas; b) sólo reconoce Don Armando haber asistido a la reunión del Consejo donde se acordó la convocatoria de la Junta, negando su asistencia los otros dos miembros, Don Jesús Manuel y Don Juan Ignacio. No puede convalidarse ese defecto formal alegando que esa convocatoria fue acordada unilateralmente por Don Armando, en calidad de consejero delegado, al no ser la convocatoria de Juntas una facultad indelegable pues ello viene a contradecir el tenor del acta y la propia declaración del Sr. Armando que siempre afirmó, sin prueba alguna, que se reunió el Consejo para acordar la convocatoria.

2.-) inexistencia del informe justificativo de la propuesta de modificación estatutaria exigido en el artículo 144.1.a) TRLSA. Son abundantes los indicios que apuntan a que el referido informe no estaba elaborado ni antes ni durante la celebración de la Junta General y así: a) no se hace mención alguna al referido informe en las convocatorias publicadas para la Junta; b) tampoco se hace ninguna mención en el acta de la Junta a la existencia del referido informe, incluso, Don Jesús Manuel, en su declaración testifical, afirmó que no tenía conocimiento del mismo; c) no se hace mención alguna al referido informe en la escritura de elevación a públicos de los acuerdos adoptados en la Junta de 13 de junio de 2004; d) el referido informe, en su contenido, hace referencia a actos que tuvieron lugar después de la celebración de esa Junta como son la suscripción de contratos de arrendamiento de los dos establecimientos hoteleros que tuvo lugar el día 23 de junio de 2004; e) la escasa convicción transmitida por el Sr. Luis Enrique, autor del referido informe, cuando en el acto del juicio trataba de ofrecer una explicación acerca de estas incoherencias. La ausencia del referido informe es suficiente causa de nulidad de los acuerdos sobre modificación de estatutos.

3.-) convocatoria irregular con fechas discrepantes. El artículo 97 TRLSA exige una doble publicidad de la convocatoria, de un lado, mediante anuncio publicado en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" y, de otro lado, en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración. Es evidente, a la vista del documento número 3 de la demanda, que las fechas señaladas para la celebración de la Junta no coinciden en los dos medios de publicidad y las fechas que se señalaron en el periódico "La Verdad" para la celebración de la Junta no cumplen el requisito del espacio temporal de los quince días, antes aludido. Dejaremos para más adelante el examen de la utilización de la publicidad de la convocatoria en contra de la práctica social.

La apelante, seguramente consciente de la evidencia de los defectos formales de la convocatoria de la Junta, invoca seguidamente que la Junta se constituyó con el carácter de Universal en cuyo caso ya no era necesaria la concurrencia de los requisitos formales antes referidos. El Magistrado a quo también advierte esa situación y a pesar de ello también declara ilícita la convocatoria de la Junta aunque sea Universal pues no consta la convocatoria ni la asistencia de Don Juan Ignacio como venía siendo práctica habitual durante muchos años de tal manera que, utilizando una publicidad formal de la convocatoria con evidentes infracciones legales, sólo asistió Don Armando a esa Junta cuya convocatoria y celebración siempre fue ocultada a Don Juan Ignacio, representante de los intereses de Fundación Hova que, ya hemos dicho, tenía una participación indirecta en el capital social del 50 % en "Sidi Hoteles, S.A." En la referida Junta, Don Armando fue el único interviniente como ya hemos referido antes al examinar la existencia del conflicto de intereses en la autocontratación. En esa Junta consiguió, con su sólo declaración de voluntad, sin que pudiera oponerse nadie a ello: a) la aprobación del aumento de capital social mediante la emisión de nuevas acciones sin prima de emisión al ser las únicas accionistas, las mercantiles "Sidi Valencia, S.A." y "Sidi Española, S.A." que asistieron representadas por Don



Armando ; b) la renuncia de esas mercantiles accionistas al derecho de suscripción preferente sin ninguna contraprestación económica y sin que constara acuerdo alguno de los órganos sociales acerca de la renuncia; c) el ofrecimiento de la suscripción de las nuevas acciones por Don Armando , como Presidente de la Junta y como representante de las accionistas, a sí mismo, como persona física; d) la suscripción y desembolso por parte de Don Armando de las nuevas acciones emitidas que lleva consigo detentar la mayoría del capital social de "Sidi Hoteles, S.A."; e) Fundación Hova, una de las dos entidades matrices del grupo, después de la suscripción de las nuevas acciones por el Sr. Armando , pasa a tener una participación indirecta en "Sidi Hoteles, S.A." que se reduce del 50% al 24,9%. Resulta muy ilustrativo acerca de la plena seguridad que tenía Don Armando en la suscripción de las nuevas acciones que ya fue provisto del numerario suficiente a la referida Junta al haber obtenido previamente un préstamo hipotecario con ese fin.

En consecuencia, el acuerdo de aumento de capital y su posterior ejecución es fraudulento (artículo 6.4 del Código civil) pues busca con la apariencia de legalidad conseguir que Don Armando pase a detentar el control de la mercantil "Sidi Hoteles, S.A." perjudicando así a los intereses de la Fundación Hova a cuyo representante, Don Juan Ignacio , siempre se le ocultó para evitar su asistencia.

OCTAVO.- La cuarta alegación del recurso carece de objeto pues la petición de la práctica del interrogatorio de Don Werner Keicher, legal representante de Fundación Hova, ya se acordó en esta alzada y se practicó en el acto de la vista que tuvo lugar el pasado día 18 de enero.

En la quinta alegación del recurso se denuncia la improcedente aplicación a este litigio de la teoría del levantamiento del velo y refiere que es más propia de la vía penal. No es improcedente la aplicación de la teoría del levantamiento del velo pues la misma sirve para justificar la legitimación activa de la Fundación Hova y la existencia de un perjuicio para la misma como consecuencia del aumento del capital social aunque no sea accionista de "Sidi Hoteles, S.A." Por otro lado, debe de ser un error la indicación relativa a que la teoría del levantamiento del velo es más propia del orden penal pues es abundante e incesante su aplicación por la jurisprudencia civil.

En la última alegación del recurso se denuncia una incongruencia extra petitum porque en el Fundamento Jurídico octavo de la Sentencia impugnada se estima la pretensión de nulidad del acuerdo de imposición de limitaciones a la libre transmisión de acciones adoptado en el punto segundo del orden del día de la Junta General de 13 de junio de 2004 porque la parte actora desistió de esa pretensión en el acto de la audiencia previa. Después de haber observado la reproducción del soporte audiovisual correspondiente a las tres sesiones de la audiencia previa, no consta que la parte actora haya desistido de esa pretensión por lo que, no habiéndose allanado a la misma la demandada que reconoce que no era válido el acuerdo por la falta de la previa conversión de las acciones en nominativas y no constando que se haya dejado sin efecto mediante un acuerdo posterior de la Junta, lo procedente realmente es la declaración de su nulidad.

Así pues, el rechazo de todas las alegaciones del recurso de apelación deducido por "Sidi Hoteles, S.A." lleva consigo su íntegra desestimación.

NOVENO.- La desestimación de los dos recursos de apelación implica que cada parte apelante soporte las costas causadas en esta alzada por sus respectivos recursos, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 394.1, al que se remite el artículo 398.1, ambos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. DÉCIMO .- En el primer otrosí del escrito de oposición a ambos recursos de apelación se interesa sean sancionados los Procuradores y Letrados firmantes de los escritos de interposición de recurso de apelación porque los mismos contienen expresiones con las que se falta al respeto, a la integridad, imparcialidad y preparación profesional del Magistrado de instancia. La Sala ha observado que en el escrito de interposición del recurso de apelación deducido por "Sidi Hoteles, S.A." se han utilizado expresiones que no son habituales en ese trámite procesal atribuyendo a la persona del Juzgador a quo la causa de las discrepancias con la Sentencia recurrida, utilizando expresiones con las que sugiere una falta de imparcialidad, incluso, se llegan a realizar comentarios gratuitos, innecesarios y carentes de buen gusto. Nuestro Tribunal Constitucional, respecto de la libertad de expresión en relación con el ejercicio de la función de defensa, dice en su STC de 26 de septiembre de 2005 : "Resulta, por tanto, que para poder apreciar si las correcciones disciplinarias impuestas a los Abogados en el ejercicio de su función de defensa son acordes con el derecho a la libertad de expresión -derecho, que como se ha indicado, en estos supuestos se encuentra reforzado dada su conexión con el derecho a la defensa que consagra el art. 24 CE y por este motivo es especialmente resistente a restricciones que en otro contexto habrían de operar- debe atenderse a si las expresiones utilizadas resultaban justificadas por las exigencias del ejercicio del derecho de defensa, y para ello deberán tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes pues éstas pueden justificar la mayor beligerancia en los argumentos sin más límite que el insulto y la descalificación innecesaria. Como ha declarado este Tribunal en la STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5 , "excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este Tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a



la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". En la medida en que los comentarios referidos no alcanzan el insulto ni la descalificación y se realizan en el curso de las alegaciones del recurso de apelación para mostrar la discrepancia con la Sentencia recurrida, debemos rechazar la incoación de pieza separada para imposición de corrección disciplinaria que interesaba la parte apelada.

En el segundo otrosí del escrito de oposición a los dos recursos de apelación se interesa dar traslado al Ministerio Fiscal por la simulación de desistimiento en la que intervino la parte demandada e interesa se imponga a la apelante y a su defensa la sanción prevista en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al reproducir en esta alzada la solicitud de suspensión por prejudicialidad penal. No pueden atenderse esas peticiones porque, de un lado, no se observan indicios claros de criminalidad en el que hemos llamado incidente de desistimiento sin perjuicio de que si la parte solicitante así lo considera puede ejercer las acciones correspondientes en calidad de ofendida o perjudicada ante la jurisdicción penal y; de otro lado, la parte demandada puede reproducir en esta alzada la solicitud de suspensión por prejudicialidad penal que ya fue promovida y rechazada en la instancia conforme autoriza para ello el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con desestimación de los dos recursos de apelación deducidos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de fecha dieciséis de junio de dos mil cinco , en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la mencionada resolución, con expresa imposición a cada apelante de las costas causadas en de esta alzada originadas por sus respectivos recursos.

Se inadmiten las peticiones realizadas por la parte apelada en el primer y segundo otrosíes de su escrito de oposición a los dos recursos de apelación.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-

...