

Roj: **STS 6864/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6864**Id Cendoj: **28079110012011100692**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/10/2011**Nº de Recurso: **879/2008**Nº de Resolución: **675/2011**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 850/2008,**
STS 6864/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por los demandantes Inversiones Mebru S.A. y D. Leoncio , D^a Rafaela y D^a Rosa , representados ante esta Sala por la procuradora D^a María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 2008 por la Sección 9^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación nº 560/07 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 492/06 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, sobre nulidad de suscripción de acciones. Han sido parte recurrida las compañías mercantiles demandadas **Urbem** S.A. y **Regesta** Regum S.L., representadas ante esta Sala por el procurador D. Victorio Venturini Medina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 31 de julio de 2006 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil Inversiones Mebru S.A. y D. Leoncio , D^a Rosa y D^a Rafaela contra las compañías mercantiles **Urbem** S.A. y **Regesta** Regum S.A. solicitando se dictara sentencia "en virtud de la cual:

1.- Sea declarada la nulidad de la suscripción, efectuada por "**Regesta** Regum, S.L.", de 168.487 acciones de "**Urbem**, S.A." números 228.151 a 396.637, ambos inclusive, emitidas conforme acuerdo de la Junta General de "**Urbem**, S.A." de 14 de marzo de 2.006.

2.- Si "**Urbem**, S.A." hubiere recibido de "**Regesta** Regum, S.L." el importe de la referida suscripción, que debe ascender a 25.794.731,92 euros, sea declarado el derecho de "**Regesta** Regum, S.L." a obtener su devolución de "**Urbem**, S.A.".

3.- Sea declarado el derecho de mis mandantes a suscribir estas 168.487 acciones nuevas de "**Urbem**, S.A." números 228.151 a 396.637 (ambos inclusive).

4.- Se conceda a mis principales un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia a efecto de que los mismos efectúen el pago de estas 168.487 nuevas acciones a "**Urbem**, S.A., números 228.151 a 396.637 (ambos inclusive).

4.1.- prorrateando los derechos preferentes de suscripción de estas 168.487 nuevas acciones entre mis poderdantes del siguiente modo:

D. Leoncio , 31.093 nuevas acciones.

D^a Rafaela , 22.054 nuevas acciones.

D^a Rosa , 31.093 nuevas acciones.

"Inversiones Mebru, S.A.", 84.247 nuevas acciones.

4.2.- y correspondiendo, por ello, a cada uno de mis mandantes un desembolso para esta suscripción de 39,67 euros de nominal más 113,426274 euros de prima, siempre por acción, en junto 153,096274 euros por acción.

5.- Se declare para mis representados el reconocimiento de su propiedad sobre estas acciones si efectúan su pago en los quince días que se les conceda desde la notificación de la Sentencia. El pago deberá realizarse en cualquiera de las cuentas de "**Urbem**, S.A." siguientes: BBVA cuenta número 0182-2339-10-00000168-5 y Banco de Valencia cuenta número 2000092292.

6.- Todo ello con condena en costas a quien se opusiere."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, dando lugar a las actuaciones nº 492/06 de juicio ordinario, y emplazadas las demandadas, estas comparecieron y contestaron a la demanda solicitando se dictara "resolución y sentencia en virtud de la cual desestime todas las pretensiones de la parte actora y especialmente declare:

1.- Que la cuantía de los presentes autos es de 25.794.731'92 euros.

2.- Que la suscripción y desembolso de las 168.487 acciones de **Urbem**, S.A. por parte de **Regesta Regum**, S.L. es plenamente válida y eficaz.

3.- Que las costas se impongan a los demandantes".

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, en la que la cuantía litigiosa quedó fijada en 25.794.731'92 euros, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 3 de septiembre de 2007 desestimando la demanda e imponiendo las costas a la parte actora.

CUARTO.- Interpuestos por el demandante D. Leoncio , de un lado, y por las codemandantes, D^a Rosa y D^a Rafaela e Inversiones Mebru S.A., de otro, contra dicha sentencia sendos recursos de apelación, que se tramitaron con el nº 560/07 de la Sección 9^a de la Audiencia Provincial de Valencia , esta dictó sentencia el 21 de febrero de 2008 desestimando ambos recursos, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a los recurrentes las costas de la apelación.

QUINTO.- Anunciados por los cuatro demandantes-apelantes, ahora conjuntamente, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal. El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en cuatro motivos amparados en el art. 469.1 LEC, ordinal 2º los tres primeros motivos y ordinal 4º el restante: el motivo primero por infracción del art. 218.2 en relación con el art. 421.1, ambos de la LEC ; el segundo por infracción de los apdos. 3 y 6 de su art. 217 ; el tercero por infracción de su art. 218.2 ; y el cuarto por infracción del art. 24 CE. Y el recurso de casación se articulaba en dos motivos: el primero por infracción de los arts. 158 y 56 LSA y 1526 CC en relación con los arts. 1218 y 1227, también del CC , y el segundo por infracción del art. 48 LSA .

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 26 de enero de 2010, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación de los recursos y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 10 de mayo de 2011 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuestión principal planteada ante esta Sala mediante los presentes recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, es la del objeto del proceso, de la que a su vez derivan la del ámbito de la segunda instancia y la de la carga de la prueba.

El litigio versa sobre el derecho de suscripción preferente por los antiguos accionistas de la compañía mercantil **URBEM** S.A. (en adelante **Urbem**) de las nuevas acciones emitidas en virtud de un acuerdo de aumento del capital social adoptado por su junta general. Este acuerdo fijaba el plazo inicial de un mes para que los ya socios suscribieran las 262.840 nuevas acciones en proporción al capital que por entonces ostentara cada



uno, y un plazo adicional de quince días, si en el de un mes no se hubieran suscrito totalmente las nuevas acciones, para que los socios que ya hubieran ejercido su derecho de suscripción preferente dentro del primer plazo manifestaran su voluntad de suscribir las aún no suscritas, previéndose entonces que estas se repartirían proporcionalmente al número de acciones que cada socio ya tuviere en la sociedad.

La demanda se interpuso por los accionistas D. Leoncio , D^a Rosa , D^a Rafaela e INVERSIONES MEBRU S.A. (en adelante *Mebru*), titulares antes del acuerdo de aumento del capital social de 14.510, 14.510, 10.292 y 39.315 acciones respectivamente, representativas a su vez del 6'62457255%, 6'62457255%, 4'69883534% y 17'9493501% del capital social de *Urbem* , y suscriptores de nuevas acciones dentro de aquel primer plazo de un mes (17.412, 17.412, 12.350 y 47.179 respectivamente), contra la propia *Urbem* y contra la compañía mercantil **REGESTA REGUM S.L.** (en adelante *Regesta*) . Lo que se alegaba, en esencia, era que los otros dos accionistas de *Urbem* antes del acuerdo, D. Eloy , titular de 125.429 acciones antiguas, representativas del 57'264887% del capital social, y D. Feliciano , titular de 14.977 acciones antiguas, representativas del 6'83778243% del capital social, no habían suscrito nuevas acciones dentro del primer plazo y, sin embargo, todas las que hubieran podido suscribir ejerciendo su derecho de suscripción preferente habían sido "suscritas y desembolsadas sin derecho alguno para ello" por *Regesta* , entidad pendiente de inscribir en el Registro Mercantil que, por acuerdo de la misma junta general que había adoptado el aumento del capital social, fue nombrada administrador único de *Urbem* en sustitución de D. Eloy . En consecuencia lo pedido en la demanda fue, en esencia, la declaración de nulidad de la suscripción por *Regesta* de 168.487 acciones de *Urbem* , con devolución a *Regesta* , en su caso, del importe desembolsado, y la declaración del derecho de los demandantes a suscribir proporcionalmente esas 168.487 acciones.

Las compañías *Urbem* y *Regesta* contestaron conjuntamente a la demanda reprochando a los demandantes su conducta desleal para con *Urbem* al haber competido con ella en el sector de la construcción y promoción inmobiliaria; destacando la labor de D. Eloy como artífice de la prosperidad de *Urbem* y "persona a la que todos sus socios le debían el reconocimiento de haber convertido su pequeña empresa familiar en una de las sociedades más grandes de la Comunidad Valenciana dentro del sector inmobiliario", hasta el punto de que los demandantes Leoncio Rafaela Rosa , hijos del fundador de *Urbem* , le debían "las ganancias multimillonarias" que habían obtenido cuando vendieron parte de sus acciones a *Mebru* , todo lo cual demostraba "la catadura ética, moral, societaria y jurídica de los impugnantes e igualmente... su envidia, codicia y avaricia", así como "su intención de dañar a la sociedad que les ha hecho inmensamente ricos torpedeándola desde dentro, y recurriendo a todas las artimañas clásicas de los competidores directos y desleales"; delimitando las cuestiones litigiosas, "[p]or más que se quiera marear la perdiz, y los impugnantes-incordiantes son fieles discípulos del inolvidable Profesor Perdices", como solamente dos, a saber "si el derecho de suscripción preferente es transmisible o no" y "si se puede privar al accionista de su derecho de suscripción preferente"; imputando a la parte demandante el considerar que el derecho de suscripción preferente era personalísimo e intransmisible, "disparate jurídico que solo se entiende partiendo de un lapsus mental transitorio de su autor" y que "se agrava cuando se observa que el escrito de demanda es fruto de la dirección letrada de cuatro acreditados abogados"; manifestando sorpresa ante el hecho de que la "prolija demanda" no dedicara ni una sola línea al art. 158.3 LSA , autorizante de la transmisión de los derechos de suscripción preferente, "[a]nte lo cual solo cabe pensar dos cosas; una es que la edición de la L.S.A. que han manejado los impugnantes-incordiantes no hubiera incluido el precepto transcrito; la otra es que sean discípulos del ínclito Profesor Perdices y consecuentemente prescindan de aquellos preceptos legales que todos conocen y aplican"; citando a varios prestigiosos autores de la doctrina científica que no ponían en duda la transmisibilidad del derecho de suscripción preferente; alegando que los Sres. Eloy y Feliciano no habían renunciado a este derecho, que *Urbem* no tenía restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones y que tampoco se había excluido el derecho de suscripción preferente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 159 LSA ; aduciendo que lo realmente sucedido era que "[l]os accionistas Eloy Y Feliciano transmitieron su derecho de suscripción preferente a **REGESTA REGUM S.L.** al amparo de lo dispuesto y permitido en el artículo 158.3 de la LSA "; calificando de inimaginable la hipótesis de que los Sres. Eloy y Feliciano se hubieran "visto simultáneamente afectados por el virus de la locura, de la prodigalidad o de la dilapidación" para dejar caducar su derecho a suscribir las nuevas acciones; y en fin, solicitando la desestimación de la demanda y la declaración de ser plenamente válida y eficaz la suscripción y desembolso de 168.487 nuevas acciones de *Urbem* por *Regesta* .

Sin que llegara a practicarse prueba sobre la efectiva transmisión del derecho de suscripción preferente por los Sres. Eloy y Feliciano a *Regesta* , ya a que a la propuesta únicamente por la parte actora (interrogatorio del representante legal de *Urbem* y testifical) renunció la propia parte en el acto del juicio, la sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda por haber "transmitido sus derechos de adquisición preferente el Sr. Eloy y el Sr. Feliciano a tercero" conforme autorizaba el art. 158.3 LSA .

Los cuatro demandantes, D. Leoncio por separado de los otros tres, recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia alegando, en esencia, que *Regesta* era una entidad no inscrita hasta la fecha en el Registro



Mercantil y creada por los Sres. Eloy y Feliciano para hacerse con el control total de **Urbem** marginando absolutamente a los demandantes y pagando la suscripción de las nuevas acciones con fondos a cargo de la propia **Urbem** ; que **Regesta** era un tercero carente de la condición de antiguo socio de **Urbem** y que había suscrito nuevas acciones "sin haber adquirido de ningún accionista antiguo los derechos de suscripción preferente"; que el objeto del pleito era "la no existencia en el patrimonio de '**Regesta Regum S.L.**' en 22/03/06 y 11/04/06, fechas en las que se efectúa su desembolso, de ningún derecho de suscripción preferente"; que "[n]egada esta transmisión por esta parte, en todo el proceso '**Regesta Regum S.L.**' no practica ninguna prueba tendente a demostrarla"; y en fin, que la única forma por la que **Regesta** había devenido accionista de **Urbem** era que, como administrador único de esta, se había registrado a sí misma como accionista en el libro de acciones nominativas.

La sentencia de segunda instancia desestimó los recursos de los demandantes razonando que incurrieran en una *mutatio libelli* (cambio de demanda) prohibida por el art. 412.1 LEC al presentar como núcleo esencial del debate "no el originariamente planteado en la demanda-la falta de condición de socio de **Regesta Regum SL** para acceder a la suscripción de las acciones resultantes de la ampliación de capital-sino la inexistencia en el patrimonio de **Regesta Regum SL** de derecho alguno por falta de aportación del documento público en el que debiera haberse efectuado aquella cesión, así como por razón de la inexistencia de prueba en el proceso en orden al rastro económico que aquella transmisión operada entre los accionistas Sres. Eloy y Feliciano y la codemandada, debió dejar". En consecuencia, el tribunal aprecia una "alteración de los términos del debate" y una vinculación de los recursos "a la cuestión nueva planteada: necesidad de constancia de la transmisión del derecho en documento público y acreditación de la capacidad económica de la mercantil codemandada, que los recurrentes consideran que debió ser aportado al proceso, y a lo que se opone precisamente la recurrida argumentando que no se aportó porque no era ese el planteamiento inicial de la demandada".

SEGUNDO .- Los demandantes han impugnado la sentencia de apelación mediante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en cuatro motivos formulados al amparo del art. 469.1 LEC, ordinal 2º los tres primeros motivos y ordinal 4º el restante, que desde una u otra perspectiva se alzan contra la razón causal del fallo impugnado rebatiendo que lo planteado en apelación fuera una cuestión nueva que eximiera de prueba a la parte demandada. Así, el motivo primero se funda en infracción del art. 218.2 en relación con el art. 412.1, ambos de la LEC, por haberse apreciado indebidamente una *mutatio libelli* (cambio de demanda) siendo así que el objeto litigioso se integra también por lo alegado en la contestación a la demanda. El motivo segundo se funda en infracción de los apdos. 3 y 6 (actual 7) del art. 217 LEC porque la prueba de la transmisión del derecho de suscripción preferente por los Sres. Eloy y Feliciano a **Regesta** incumbía a la parte demandada que había alegado esa transmisión. El motivo tercero se funda en infracción del art. 218.2 LEC por incurrir la sentencia impugnada en "arbitrariedad en la fijación de los hechos y apreciación de la prueba, puesto que concluye una declaración fáctica sin medio de prueba alguno sobre la que sustentarla". Y el motivo cuarto se funda en infracción del art. 24 de la Constitución por error probatorio evidente ante la total ausencia de prueba de la misma transmisión.

Por su parte el recurso de casación se articula en dos motivos o "fundamentos": el primero por infracción de los arts. 158 y 56 LSA y 1526.1 CC, en relación con los arts. 1218 y 1227 del propio Código, y el segundo por infracción del art. 48 LSA, negándose en ambos el derecho de **Regesta** a suscribir nuevas acciones porque su alegada adquisición del derecho de suscripción preferente tendría que constar con alguna acreditación documental.

TERCERO .- De todo lo antedicho se desprende que los motivos esenciales de ambos recursos son los dos primeros del recurso extraordinario por infracción procesal, pues la razón causal del fallo impugnado consiste, en suma, en que el planteamiento procesal de la parte demandante, hoy recurrente, no permitía al tribunal de apelación pronunciarse sobre la falta de prueba de la transmisión del derecho de suscripción preferente por los Sres. Eloy y Feliciano a **Regesta**

Pues bien, ambos motivos deben ser estimados por las siguientes razones:

1ª) Según el art. 412.1 LEC el objeto del proceso no se integra solo por la demanda sino también por la contestación y, en su caso, la reconvencción.

2ª) Según el art. 405.1 LEC el demandado, en la contestación a la demanda, debe exponer los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente.

3ª) En el presente caso la demanda se fundaba en la infracción del derecho de suscripción preferente de los demandantes porque después de suscribir las nuevas acciones que proporcionalmente les correspondían en el primer plazo no se les habían ofrecido las sobrantes para poder suscribirlas en el segundo plazo, apareciendo



suscritas por un tercero (**Regesta**) las que los otros dos socios (Sres. Eloy y Feliciano) habrían podido suscribir en el primer plazo.

4ª) A esto respondieron las demandadas, en su contestación, admitiendo que las acciones que los Sres. Eloy y Feliciano habrían podido suscribir en el primer plazo habían sido suscritas por **Regesta** , pero que ello se debía a que dichos socios habían transmitido a esta su derecho de suscripción preferente como autorizaba el art. 158.3 LSA de 1989 .

5ª) Por tanto la transmisión de los derechos de suscripción preferente fue un hecho obstativo a las pretensiones de los demandantes que pasó a integrar el objeto del proceso en virtud de la contestación a la demanda. Como declara la jurisprudencia, el objeto del proceso se integra por lo alegado tanto en la demanda como en la contestación, y la sentencia ha de pronunciarse al respecto en función del resultado de la prueba, con independencia de qué parte la hubiera aportado (SSTS 21-10-09 , 18-6-09 , 27-3-08 y 26-3-08 entre otras muchas).

6ª) En el proceso no cabe imponer al demandante la carga de plantear o anticipar hipótesis desfavorables a sus pretensiones cuando lo alegado le baste para satisfacerlas.

7ª) En el presente caso, por tanto, los demandantes no tenían por qué referirse en su demanda a una eventual transmisión de los derechos de suscripción preferente de los Sres. Eloy y Feliciano a **Regesta** , y menos aún cuando resulta que la aparición de **Regesta** como nueva accionista se presentaba en la propia demanda como sorpresiva y totalmente injustificada.

8ª) El art. 426 LEC asigna a la audiencia previa, entre otras finalidades, la de depurar el objeto del proceso mediante alegaciones complementarias y rectificaciones no sustanciales.

9ª) El examen por esta Sala de la grabación de la audiencia previa revela, de un lado, que el letrado de la parte demandante alegó expresamente que **Regesta** no había adquirido ningún derecho de suscripción preferente, en cualquier caso no probado (minuto 23:40 aproximadamente), así como que **Regesta** no era titular de derecho alguno de suscripción preferente "por ningún título" (minuto 26:30 aproximadamente); y de otro, que el letrado de la propia parte demandada insistió una y otra vez en considerar como cuestión nuclear del litigio si los Sres. Eloy y Feliciano habían ejercido sus derechos de suscripción preferente o los habían cedido. Así, en un momento dado manifestó que "solo nos estamos cuestionando si se han transmitido o no" (minuto 36:20 aproximadamente) y, poco después, que "el único tema que aquí se debate es si **Regesta** Regum tiene o no derecho" (minuto 39:00 aproximadamente). Es más, al proponerse prueba y solicitar el letrado de la parte demandante el interrogatorio del legal representante de la parte demandada, el letrado de esta última propuso su declaración como testigo, en cuanto simple socio, para preguntarle únicamente si había transmitido su derecho de suscripción preferente a **Regesta** (minuto 53:09 aproximadamente).

10ª) De todo lo anterior se sigue que cuando los demandantes, en sus respectivos recursos de apelación, impugnaron la sentencia de primera instancia por haber desestimado la demanda con base en la transmisibilidad legal de los derechos de suscripción preferente, pero sin que hubiera prueba alguna de una efectiva transmisión, no estaban modificando el planteamiento de su demanda ni incurriendo por tanto en la prohibición que establece el art. 412.1 LEC . Antes bien, lo que realmente estaban haciendo era someter a la consideración del tribunal de segunda instancia lo que la propia parte demandada había considerado cuestión clave o nuclear del litigio.

11ª) Por tanto la sentencia recurrida, al dejar de pronunciarse sobre aquello que los apelantes, al igual que las demandadas- apeladas, consideraban "*núcleo esencial del debate*", fundándose el tribunal en el art. 412-1 LEC , infringió este precepto en relación no solo con el art. 218.2 de la misma ley citado por la parte recurrente sino también con su más específico art. 465.4 , que impone al tribunal pronunciarse "sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso".

12ª) En cuanto a la prueba de la transmisión del derecho de suscripción preferente, ni la sentencia de primera instancia, ni la de apelación ni la propia parte demandada-recurrida la consideran un hecho admitido por la parte demandante, pero en cualquier caso la grabación de la audiencia previa revela, como se ha hecho constar anteriormente, no solo que la parte demandante negó ese hecho sino que, además, la propia parte demandada lo consideró necesitado de prueba. Sin embargo la sentencia de primera instancia pareció darlo por probado sin más y la de apelación, al negarse a conocer de los recursos de apelación de los demandantes, dejó subsistente esa apariencia.

13ª) Lo anterior, en cuanto pueda interpretarse como una declaración judicial de que la transmisión del derecho de suscripción preferente es un hecho probado, infringe los apdos. 3 y 6 (actual 7) del art. 217 LEC , citados como infringidos en el segundo motivo por infracción procesal, ya que dicha transmisión era un hecho



impeditivo o enervante de la eficacia jurídica de los hechos de la demanda y, además, su prueba estaba en manos de la misma parte demandada que lo había alegado.

14ª) En definitiva, ese hecho impeditivo no se ha probado, y la propia parte demandada-recurrida viene a reconocerlo así cuando, en su escrito de oposición a los recursos, imputa dicha falta de prueba a la parte actora por haber renunciado a las pruebas de interrogatorio del legal representante de las demandadas y testifical. Se trata de un reproche injustificado porque, como ya se ha razonado, la carga de probar el hecho en cuestión incumbía a la parte demandada y no a la parte demandante; como injustificado es también el reproche de que los demandantes tenían que estar enterados de lo sucedido en virtud de sus requerimientos notariales anteriores a la interposición de la demanda, pues la contestación del representante de **Urbem** al requerimiento de 15 de mayo de 2006 fue que "[s]i los requerimientos han sido redactados 'iocandi causa', el órgano de administración de 'URBEM, S.A.' ni comparte ese sentido del humor, ni dispone de tiempo para bromear por tenerlo todo ocupado en la gestión más eficaz y la mejor administración posible para esta mercantil" y "[s]i los requerimientos no son jocosos para nuestros competidores requirentes (C.L.E.O.P. y la compañía) debo considerarlos improcedentes, por lo que, en ejercicio de mi responsabilidad, no puedo acceder a lo requerido", en tanto que la contestación del representante de **Regesta** al requerimiento de 7 de abril de 2006 consistió simplemente en darse por enterado. No hubo, pues, ninguna información a los demandantes sobre la transmisión del derecho de suscripción preferente.

15ª) Entenderlo de otro modo comportaría legitimar la burla de los derechos reconocidos a los accionistas en el acuerdo de aumento del capital social mediante la pura y simple vía de hecho de que el administrador carente de la condición de antiguo accionista inscriba a su nombre las nuevas acciones para, después, alegar que lo hizo en virtud de una adquisición del derechos de suscripción preferente de antiguos accionistas que ni siquiera intente probar.

CUARTO .- La estimación de los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal determina la improcedencia de examinar el *tercero*, en cuanto trata de la errónea valoración de unas pruebas en realidad inexistentes y que el tribunal de apelación se negó explícitamente a valorar, y la estimación de su *cuarto* y *último motivo*, ya que la negativa del tribunal a conocer de los fundamentos de los recursos de apelación de los demandantes, dando así por sentada la discutida transmisión de los derechos de suscripción preferente, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva causándoles una indefensión que solo podía remediar mediante sus recursos para ante esta Sala.

En consecuencia, conforme a la regla 7ª de la disposición final 16ª LEC, esta Sala debe pronunciarse sobre el fondo del asunto teniendo en cuenta lo alegado por la parte recurrente en su recurso de casación.

QUINTO .- La solución del litigio, en virtud de todo lo razonado hasta ahora, no puede ser otra que la estimación de la demanda en aplicación de los arts. 158.1, 56 y 48 LSA de 1989 ya que, no probaba en absoluto la transmisión de sus derechos de suscripción preferente por los Sres. Eloy y Feliciano a **Regesta**, la inscripción por esta a su propio nombre de las acciones que habrían podido suscribir aquellos, valiéndose de su condición de administradora única de **Urbem**, vulneró los derechos de suscripción preferente de los demandantes plasmados en el acuerdo de la junta general de **Urbem**, que preveía un segundo plazo de quince días para que los socios que hubieran ejercido su derecho de suscripción preferente durante el primer plazo, cual es el caso de los demandantes, manifestaran su voluntad, tras recibir la comunicación que se imponía al órgano de administración, de suscribir las acciones no suscritas con antiguos accionistas.

De lo alegado y probado en las actuaciones, por tanto, no resulta un simple defecto de forma que pueda resolverse como ante un caso de donación de acciones ha hecho la sentencia de esta Sala de 14 de abril de 2011 (rec. 1147/07) sino, muy al contrario, un despojo por vías de hecho de los derechos que la LSA y el acuerdo de la junta general de **Urbem** reconocían a los demandantes como accionistas, aproximándose a lo sucedido en otros casos sobre los que se pronunciaron las sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 2006 (rec. 3006/99) y 20 de abril de 2009 (rec. 445/04).

De no ser así, esto es, de admitir que la sola inscripción de las acciones a nombre de **Regesta** en el libro de acciones nominativas de **Urbem** demuestra que hubo transmisión de los derechos de suscripción preferente, e incluso de admitir que por la meras manifestaciones concordes de presunto transmitente y presunto adquirente en el litigio subsiguiente pueda tenerse por probada la transmisión, concordancia que ni siquiera se ha producido en el presente litigio, quedarían burlados los derechos que a los antiguos accionistas reconocen acuerdos como el de la junta general de **Urbem** y se legitimarían actuaciones del órgano de administración contrarias tanto a los deberes que dichos acuerdos les imponen como a sus deberes para con todos los socios.

SEXTO .- Aunque la demanda se estima en su totalidad, no se incorporan al fallo sus peticiones de detalle o futuro que implican no tanto pronunciamientos propiamente judiciales como actuaciones del órgano de administración y de los accionistas subsiguientes al pronunciamiento judicial, si bien procede advertir en



la presente sentencia que el órgano de administración de **Urbem** no podrá obstaculizar de ningún modo la efectividad del derecho que se reconoce a los demandantes.

SÉPTIMO .- Conforme al art. 394.1 LEC las costas de la primera instancia deben imponerse a la parte demandada; conforme a su art. 398.2 las costas de la segunda instancia no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes, ya que los recursos de apelación de los demandantes tenían que haber sido estimados; y conforme al propio art. 398.2 tampoco deben imponerse especialmente a ninguna de las partes las costas de los recursos resueltos por esta Sala, dada la estimación del extraordinario por infracción procesal y por derivación, conforme a la D. Final 16ª, regla 7ª LEC, del recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuestos por los demandantes Inversiones Mebru S.A. y D. Leoncio , Dª Rafaela y Dª Rosa , contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 2008 por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación nº 560/2007 .

2º.- **CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA** , dejándola sin efecto.

3º.- En su lugar, estimar los recursos de apelación interpuestos por los referidos demandantes contra la sentencia de 3 de septiembre de 2007 dictada por el magistrado-juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia en las actuaciones de juicio ordinario nº 492/06, revocándola en su totalidad.

4º.- **ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta en su día por Inversiones Mebru S.A. y D. Leoncio , Dª Rafaela y Dª Rosa contra las compañías mercantiles **Urbem** S.A. y **Regesta** Regum S.L. y, en consecuencia:

A) Declarar la nulidad de la suscripción por la demandada **Regesta** Regum S.L. de las 168.487 acciones de **Urbem** S.A. emitidas conforme al acuerdo de la junta general de **Urbem** S.A. de 14 de marzo de 2006, acciones números 228.151 a 396.637, ambos inclusive, con devolución a **Regesta** Regum S.L. del importe que en su caso hubiera desembolsado.

B) Y declarar el derecho de los referidos demandantes a suscribir esas mismas acciones en las condiciones previstas en el mencionado acuerdo, comenzando a correr el plazo de quince días para el ingreso del importe correspondiente el siguiente al de la notificación de esta sentencia y debiendo abstenerse el órgano de administración de **Urbem** S.A. de entorpecer de cualquier modo el derecho que se reconoce a los demandantes.

5º.- Imponer a las demandadas **Urbem** S.A. y **Regesta** Regum S.L. las costas de la primera instancia.

6º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia ni las de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Roman Garcia Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.