



Roj: **AAP M 11713/2008** - ECLI: **ES:APM:2008:11713A**

Id Cendoj: **28079370142008200186**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **31/07/2008**

Nº de Recurso: **373/2008**

Nº de Resolución: **194/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PALOMA MARTA GARCIA DE CECA BENITO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

**AUTO: 00194/2008**

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

Rollo: RECURSO DE APELACION 373 /2008

AUTO N°

Ilmos. Sres. Magistrados:

PABLO QUECEDO ARACIL

AMPARO CAMAZON LINACERO

PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

En MADRID, a treinta y uno de julio de dos mil ocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 411/2006, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 72 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 373/2008, en los que aparecen como parte apelante D. Carlos María , representado por el procurador D. EMILIO GARCÍA GUILLÉN, y GLOBAL HISPANIA, S.L., representada por la procuradora Dña. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ TEIJEIRO, quienes además se opusieron ambos al recurso de contrario, y como apelados D. Jose Luis , representado por el procurador D. FELIPE DE JUANAS BLANCO, y MERRILL LYNCH CAPITAL MARKETS ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD DE VALORES, representada por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, quienes formularon oposición al recurso de GLOBAL HISPANIA, S.L. en base a los escritos que a tal efecto presentaron, y quienes además impugnaron el auto en los términos que se dan aquí por reproducidos, presentando alegaciones la parte GLOBAL HISPANIA, S.L. a la impugnación del auto que realizó la parte MERRILL LYNCH CAPITAL MARKETS ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD DE VALORES, sobre reclamación de cantidad por perjuicios, y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª PALOMA GARCIA DE CECA BENITO.

## HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 72 de Madrid, en fecha 9 de julio de 2007 se dictó auto, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Estimar la excepción de prejudicialidad civil opuesta por los demandados respecto del que se tramita también contra los mismos demandados ante el Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Madrid, autos nº 1029/2005, debiendo suspenderse la tramitación del presente procedimiento en el estado en que se encuentra hasta que finalice el proceso que se sigue en el referido Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Madrid."



SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpusieron recursos de apelación por las partes D. Carlos María y GLOBAL HISPANIA, S.L., oponiéndose además ambos al recurso de contrario, oponiéndose también la parte apelada D. Jose Luis y MERRILL LYNCH CAPITAL MARKETS ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD DE VALORES, al recurso presentado por GLOBAL HISPANIA, S.L., impugnando además las partes apeladas el auto en los términos que se dan aquí por reproducidos, presentando alegaciones la parte apelante GLOBAL HISPANIA, S.L. a la impugnación del auto que realizó la parte apelada MERRILL LYNCH CAPITAL MARKETS ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD DE VALORES, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 8 de julio de 2008.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido al cúmulo de asuntos pendientes que pesan sobre esta Sección.

### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La demanda presentada por Global Hispania, S.L. contra don Carlos María, don Jose Luis y Merrill Lynch Capital Markets España, S.A.,SV, planteaba acción por responsabilidad contractual (por hecho propio respecto de los dos primeros demandados, por hecho ajeno en cuanto a la tercera), en reclamación de 5.704.673'92, más los intereses legales devengados por esta cantidad, relatando que don Jesús Ángel, gestor de Suprasport, S.L. (participada por don Jesús Ángel y por Loginter,S.L.), e igualmente administrador de Loginter, S.L. (propietaria de la marca comercial **Fumarel**) y de la ahora demandante, Global Hispania, S.L. (socio mayoritario de Suprasport, S.L.), recabó, mediante pacto verbal, el asesoramiento de los demandados para la adecuada explotación de la marca **Fumarel**, proveedora del Comité Olímpico Español, con el fin optimizar su aprovechamiento comercial con vistas a los Juegos Olímpicos de Sydney 2000, obteniendo un Plan de Negocio para la "redefinición de la estrategia empresarial" de la entidad Suprasport, S.L., que arrancaba de una valoración de la compañía seguida de una ampliación de capital, plan cuya ineficacia bloqueó la propia expansión de Suprasport, S.L., al no encontrar a tiempo un inversor que confiara en las valoraciones efectuadas por los demandados, con pérdida de la oportunidad comercial que suponía la celebración de los Juegos Olímpicos. Se afirma que el objetivo perseguido por don Carlos María, secundado por don Jose Luis y con la aquiescencia de Merrill Lynch Capital Markets España, S.A.,SV, consistía en incorporarse al capital social de Suprasport, S.L. en condiciones ventajosas. La consecuencia de esa actuación habría sido la pérdida patrimonial experimentada por la demandante, Global Hispania, S.L., por razón de la caída de valor de su participación en Suprasport, S.L., que en la actualidad carece de valor alguno. La indemnización reclamada se dirige a resarcir esa pérdida patrimonial experimentada por Global Hispania, S.L.

El pleito anterior, respecto del que las partes plantean las excepciones de litispendencia, y de prejudicialidad civil, es el juicio ordinario seguido bajo el número 1029 de 2005 ante el Juzgado de Primera Instancia número 40 de Madrid, en virtud de demanda interpuesta por Loginter, S.L., contra los mismos demandados, don Carlos María, don Jose Luis y Merrill Lynch Capital Markets España, S.A.,SV, ejercitando acciones de la misma clase, es decir, en reclamación de responsabilidad contractual (igualmente por hechos propios y, en cuanto a la mercantil, por hechos ajenos), a partir del contrato concertado, verbalmente, entre don Jesús Ángel, representante de la actora, Loginter, S.L. (y gestor de Suprasport, S.L.), y los demandados, para la prestación de asesoramiento dirigido a la expansión de la marca **Fumarel**, con vistas a la concesión obtenida por dicha marca para vestir al equipo olímpico español en las Olimpiadas de Sydney 2000 y Salt Lake 2002, en cuya virtud los demandados elaboraron un plan de negocio deficiente y arriesgado, con un notable aumento de capital, con el propósito albergado por los Sres. Carlos María y Jose Luis de entrar en el accionariado de Suprasport, S.L., todo ello con el resultado de que la estrategia de ese plan de negocio generó problemas de tesorería en Suprasport, S.L., que terminaron con la presentación de concurso de acreedores por dicha entidad. Por todo lo cual se reclaman daños y perjuicios equivalentes a la contraprestación entregada por Suprasport, S.L. en retribución de los servicios de asesoramiento prestados.

El auto dictado en la primera instancia constata que el procedimiento seguido ante el Juzgado 40 se encontraba (entonces) pendiente de dictar sentencia, y que en ambos juicios se reclama responsabilidad contractual derivada de un mismo contrato, cuyo incumplimiento se denuncia. Respecto de la identidad de la parte demandante, declara acreditada su identidad en uno y otro juicio, porque Global Hispania, S.L. es "socio mayoritario de Suprasport, S.L., formando parte de su patrimonio social las participaciones que Loginter, S.L. tenía en el momento de realizar el encargo profesional a los demandados". La identidad de la parte



demandada se hace evidente. Sin embargo, no se aprecia identidad objetiva entre ambos procedimientos, pues mientras en el primer proceso se reclaman "daños y perjuicios coincidentes con la contraprestación dada por la demandante por los servicios prestados y la extracontractual de la mercantil, en el segundo se reclama, además de esta última responsabilidad, el perjuicio patrimonial experimentado por Global Hispania, S.L. derivado de la aplicación de las recomendaciones del plan de los demandados. Lo que supone reclamaciones distintas a partir de una misma responsabilidad contractual." Por todo lo cual no se aprecia litispendencia. Sin embargo, sí se aprecia prejudicialidad civil, por la conexión entre las pretensiones deducidas en ambos litigios, hasta el punto de que la decisión del primero es base lógico-jurídica necesaria para la resolución del segundo, y teniendo en cuenta que el principio de seguridad jurídica impide resoluciones contradictorias, por lo que se decreta la suspensión del curso de los autos hasta tanto finalice el primero de los juicios.

SEGUNDO.- Frente al expresado pronunciamiento interpone recurso de apelación Global Hispania, S.L., por considerar desacertada la apreciación de la excepción de prejudicialidad civil, argumentando que no existe conexión lógico-jurídica entre el presente procedimiento y el tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 40, ni es materialmente posible que en uno y otro recaigan resoluciones contradictorias por la absoluta diversidad entre las causas de pedir y el petitum.

Interpone igualmente recurso de apelación don Carlos María , quien reitera la excepción de litispendencia opuesta en la primera instancia, sosteniendo que entre ambos procedimientos concurren las tres identidades clásicas, de sujetos, objeto y causa de pedir, que impiden la válida prosecución del procedimiento. Afirma que la resolución apelada infringe los arts. 222, 410, 421 y concordantes L.E.c., y explica separadamente la identidad subjetiva, objetiva y de causa petendi que, a su entender, se producen entre ambos juicios.

Finalmente, impugna el auto la demandada Merrill Lynch Capital Markets España, S.A.,SV, solicitando se acoja la excepción de litispendencia o, subsidiariamente, se mantenga la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil.

TERCERO.- Para resolver las tres impugnaciones descritas se hace necesario analizar la concurrencia, entre el presente juicio y el tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 40, de las repetidas identidades de sujetos, objeto y causa de pedir, en relación con los arts. 222 y 410 y ss.L.E.c., y con la abundante y sobradamente conocida doctrina jurisprudencial elaborada en torno a la cuestión. Despejada esa primera cuestión, habrá de dilucidarse si existe entre uno y otro juicio la conexión lógico- jurídica referida en el art. 43 L.E.c. y que da lugar a la prejudicialidad civil.

No se hace necesario reproducir la doctrina jurisprudencial ampliamente invocada por las partes, que es correcta, pues el debate se centra en la forma de aplicar esa doctrina al supuesto enjuiciado.

CUARTO.- La litispendencia, como la cosa juzgada, son cuestiones que afectan al orden público y deben apreciarse de oficio, aún cuando no se susciten por las partes, sin que ello implique incurrir en incongruencia ( Ss. T.S. 25.Jul.2003 o 4.Mar.2002); lo que se trae ahora a colación para explicar que los requisitos de la litispendencia, y entre ellos la identidad subjetiva, pueden ser revisados en esta alzada, para alcanzar conclusiones distintas a las reflejadas en la resolución apelada, aún cuando no hayan sido controvertidos por los apelantes.

Pues bien, no queda constatada, por ahora, la identidad entre los demandantes de uno y otro procedimiento, Loginter, S.L. en el seguido ante el Juzgado número 40, y Global Hispania, S.L. en el presente. Se ha afirmado que una y otra empresa pertenecen a idéntico grupo, controlado por don Jesús Ángel , y también se ha alegado que Global Hispania, S.L. es simplemente la sucesora de Loginter, S.L., y carece de entidad propia al margen de asumir esa continuidad con la mercantil Loginter, S.L.

La única afirmación cierta en esta fase procesal, es que Global Hispania, S.L. y Loginter, S.L. son entidades independientes, con personalidad propia y diferenciada, y patrimonios separados, y en absoluto pueden confundirse por identidad o por sucesión, sin perjuicio de las conclusiones que se alcancen al término del juicio (a través de la doctrina de levantamiento del velo o de otro expediente equivalente). Por tanto, no cabe apreciar identidad subjetiva.

Esta cuestión (la relación jurídico-procesal) está íntimamente relacionada con la identidad de las partes en la relación contractual litigiosa (la relación jurídico-material, determinante de la legitimación ad causam). Pues no puede olvidarse que el contrato que se dice incumplido por los demandados fue concertado en forma verbal, y que quien materialmente encomendó el encargo de elaborar un Plan de Negocio para Suprasport, S.L. fue don Jesús Ángel . Ahora bien, no consta si éste actuaba en representación de Loginter, S.L., y sólo de esa entidad, o si actuaba también en representación de otra u otras empresas del grupo, ni se conoce tampoco si, haciéndolo en nombre de alguna de aquellas entidades, concertó alguna estipulación en favor de tercero, es decir, de otra u otras sociedades del grupo. En definitiva, no hay certeza sobre la identidad del contratante o



contratantes, ni tampoco sobre el legitimado o legitimados para exigir responsabilidad contractual ( art. 1257 Cc. sobre el principio de relatividad de los contratos).

Todo ello impide, por ahora, valorar (frente a lo sugerido en algún recurso), que Loginter, S.L. ostentara legitimación para reclamar judicialmente los perjuicios derivados del incumplimiento contractual hacia Global Hispania, S.L., o a la inversa, que ésta se encuentre legitimada para exigir la restitución de un desplazamiento patrimonial realizado por Loginter, S.L.

QUINTO.- El objeto de uno y otro procedimiento, tampoco coinciden. En primer lugar, porque en uno y otro se reclaman los daños y perjuicios experimentados por diferentes personas jurídicas, con patrimonios independientes (a salvo de lo que resulte al término del procedimiento), y por tanto no sólo no coinciden los respectivos objetos, sino que son de diferente titularidad. Los perjuicios reclamados por Loginter, S.L. consisten en el precio de transmisión de las participaciones de Suprasport, S.L. a don Carlos María y a don Jose Luis , más el de otra operación de transmisión de participaciones habida el 4 de Agosto de 2003, precio que habría servido de contraprestación por los servicios profesionales prestados por los referidos demandados. En tanto que la indemnización reclamada por Global Hispania, S.L. equivale a la pérdida patrimonial experimentada por causa de la pérdida de valor de Suprasport, S.L., de la que es socio mayoritario.

SEXTO.- La causa de pedir que fundamenta las respectivas pretensiones litigiosas, sí parece plenamente coincidente, pues tiene su origen en un único contrato, que lo fue el verbalmente concertado, en Enero de 2000, entre don Jesús Ángel (actuando por tercero) y don Carlos María y don Jose Luis , se discute si éstos por sí mismos o como dependientes de Merrill Lynch Capital Markets España, S.A.,SV. Y el supuesto incumplimiento de ese contrato por parte de los Sres. Carlos María y Jose Luis , generador de responsabilidad contractual, constituye la causa de pedir en las respectivas demandas interpuestas por Global Hispania, S.L. y por Loginter, S.L. Sin perjuicio de que, la misma conducta incumplidora, haya generado (en su caso) un perjuicio patrimonial hacia dos personas distintas, como lo son las respectivas demandantes.

En consecuencia, por ahora y sin perjuicio de lo que en definitiva resulte (por tratarse de cuestiones vinculadas con el fondo del procedimiento), no concurren las identidades subjetiva y objetiva necesarias para apreciar la excepción de litispendencia.

SÉPTIMO.- La prejudicialidad civil concurre, a tenor del art. 43 L.E.c., cuando para resolver sobre el objeto del litigio es preciso decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituye objeto principal de otro proceso pendiente, si no fuese posible la acumulación de autos.

Esa conexión o interdependencia entre ambos procedimientos resulta de lo hasta ahora argumentado, siempre sin olvidar que la naturaleza verbal del contrato impide sentar conclusiones definitivas sobre algunas cuestiones relativas al fondo del asunto, y relevantes también en relación con la prejudicialidad. Y la conexión radica en que las dos sociedades respectivamente demandantes, Global Hispania, S.L. y Loginter, S.L., someten a enjuiciamiento la actuación de los demandados en el cumplimiento del contrato litigioso (en la apariencia de que no existen dos relaciones contractuales, sino un contrato único), actuación generadora de perjuicios para ambas, de forma que la valoración o enjuiciamiento sobre la diligencia y exactitud del cumplimiento de las obligaciones asumidas por don Carlos María y don Jose Luis en virtud de dicho contrato, es cuestión que constituye objeto esencial de ambos procedimientos, sobre la que podrían formularse pronunciamientos contradictorios en caso de no decretar la suspensión que se postula. Por todo lo cual, y concurriendo una sólida apariencia de cuestión prejudicial civil, debe ratificarse la resolución recurrida.

OCTAVO.- Desestimándose los recursos de apelación, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 L.E.c., procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas con sus respectivos recursos.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por el Procurador Sr. García Guillén en representación de don Carlos María , por la Procuradora Sra. Rodríguez Teijeiro en representación de Global Hispania, S.L., y el Procurador Sr. Lanchares Perlado en representación de Merrill Lynch Capital Markets España, S.A.,S.V., contra el auto dictado en fecha 9 de Julio de 2007 en autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 72 de Madrid, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución en todos sus pronunciamientos, condenando a los apelantes al pago de las costas causadas con sus respectivos recursos.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del artículo 248.4 de la LOPJ.



Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ