



Roj: **STS 11/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:11**

Id Cendoj: **28079110012020100006**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2020**

Nº de Recurso: **1011/2017**

Nº de Resolución: **5/2020**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 14243/2016,**
STS 11/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 5/2020

Fecha de sentencia: 08/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1011/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1011/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 5/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 8 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la mercantil Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L., representada por la procuradora Lydia Leiva Cavero y bajo la dirección letrada de José Ignacio de Arsuaga y Ballugera. Es parte recurrida Eugenio y Promociones Dream Park S.L., representados por la procuradora Katuska Marín Martín y bajo la dirección letrada de Jordi Juliá Manresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Álvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona, contra Gaspar, Eugenio y Promociones Dream Park S.L., para que dictase sentencia por la que:

"se condene a los demandados a pagar solidariamente a Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L. la cantidad de 3.772.354,37€, subsidiariamente se condene solidariamente a los demandados al pago a mi mandante de la cantidad de 3.961.734,88€ menos la cantidad que sea objeto de condena por el Tribunal Supremo en la sentencia que resuelva sobre el rollo núm. 731/2012; y subsidiariamente se acuerde la reconstitución del patrimonio social a Hicar en dichas cantidades y su posterior pago de las mismas a mi mandante; todo ello más los intereses legales correspondientes y las costas del procedimiento".

2. La procuradora Beatriz de Miguel Balmes, en representación de la mercantil Promociones Dream Park S.L. y de Eugenio, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"absolviendo a mis mandantes de cuantas peticiones de condena se formulan en su contra, con expresa imposición de costas a la demandante".

3. El procurador Antonio Losada Rodríguez, en representación de Gaspar, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime en su integridad la misma, absolviendo a mi representado de cuantos pedimentos se formulan en su contra y condenando a la actora al pago de las costas".

4. El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales Don Álvaro Ferrer Pons, actuando en nombre y representación de la entidad Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L., condeno a Don Gaspar, a Don Eugenio y a la entidad Promociones Dream Park S.L. a abonar solidariamente a la actora la cantidad de 3.772.354,37 euros, más los intereses legales y las costas del procedimiento".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Gaspar y de Eugenio y Promociones Dream Park S.L. La representación de Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L. se opuso a los recursos interpuestos de contrario.

2. La representación procesal de Gaspar presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por los codemandados Eugenio y Promociones Dream Park S.L.

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 20 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Eugenio, Promociones Dream Park S.L. y Gaspar contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona con fecha 13 de junio de 2015, que revocamos en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L. (sic), con imposición de costas a la parte actora.

"No se hace pronunciamiento respecto de las costas de la segunda instancia".

TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*



1. El procurador Álvaro Ferrer Pons, en representación de Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L., interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción de los art. 216 y 218 LEC en cuanto constituye infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

"2º) Infracción del art. 218 LEC por falta de motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto constituye infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

"3º) Infracción del art. 222 y 400 LEC en cuanto constituye infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción de los artículos 225, 236, 237, 238, 240, 241, 253 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital".

2. Por diligencia de ordenación de 28 de febrero de 2017, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L., representada por la procuradora Lydia Leiva Cavero; y como parte recurrida Eugenio y la entidad Promociones Dream Park S.L. representados por la procuradora Katuska Marín Martín.

4. Esta sala dictó auto de fecha 3 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir los motivos primero y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la mercantil Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quince) de fecha 20 de diciembre de 2016, en el rollo de apelación núm. 688/2015, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 96/2014, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona.

"2.º) [...].

"3.º) Inadmitir el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal e inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quince) de fecha 20 de diciembre de 2016, en el rollo de apelación núm. 688/2015, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 96/2014, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona".

5. Dado traslado, la representación procesal de Eugenio y Promociones Dream Park S.L. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

El 14 de septiembre de 2006, Hicsa y Luma suscribieron un contrato de opción de compra sobre seis fincas situadas en la localidad de La Joyosa. Conforme a lo pactado, Luma pagó a Hicsa la suma de 1.499.207,20 euros en concepto de precio. El 6 de octubre de 2008, Hicsa comunicó a Luma el cumplimiento de todas condiciones convenidas y le requirió para que en el plazo de 60 días ejercitara la opción de compra. El 23 de octubre de 2008, Luma comunicó su decisión de no ejercitar la opción de compra y reclamó la devolución de las cantidades entregadas. Después, en enero de 2009, Luma presentó una demanda frente a Hicsa de resolución del contrato y de devolución de lo entregado. En ese procedimiento se dictó sentencia firme que estimó la demanda. Como en ejecución de la sentencia tan sólo se pudo embargar 180,74 euros, Hicsa adeudaba el resto, que sumaba un total de 3.961.734,88 euros.



Luma ejercitó una acción contra los administradores de Hicsa (Eugenio , Promociones Dream Park S.L. y Gaspar) en la que pedía su condena al pago de esa deuda societaria de 3.961.734,88 euros. La acción ejercitada para fundar esta petición era la prevista en el art. 367 LSC, basada en el incumplimiento de los deberes legales de disolución estando la sociedad incurso en causa de disolución. Si bien en primera instancia se estimó íntegramente la demanda, en apelación se redujo la condena a 189.380,51 euros.

2. Con estos antecedentes, Luma ha presentado una nueva demanda frente a Eugenio , Promociones Dream Park S.L. y Gaspar , en su calidad de administradores de Hicsa, y solicita su condena al pago de la suma de 3.772.345,37 euros, que coincide con la parte del crédito que tiene frente a Luma respecto del que en el pleito anterior no se hizo responsable de pago a los administradores en virtud del art. 367 LSC. Esta nueva reclamación se funda ahora en la acción individual de responsabilidad del art. 341 LSC y, subsidiariamente, en la acción social del art. 236 LSC.

3. El juzgado mercantil que ha conocido en primera instancia de esta reclamación, después de apreciar que los administradores acordaron un reparto de dividendos entre los años 2007 y 2008 de un total de 678.000 euros y 721.166'13 euros, que variaron los activos de la sociedad, así como el incumplimiento de la obligación de formalizar las cuentas a partir del ejercicio 2009, y haber cesado todos los administradores sin dejar a nadie a cargo de la sociedad, concluye que estos comportamientos constitutivos de un ilícito orgánico eran causa del perjuicio que ha supuesto para la demandante no haber cobrado su crédito de 3.772.345,37 euros.

4. Recurrída la sentencia en apelación por los administradores demandados, la Audiencia ha estimado el recurso al apreciar la eficacia de cosa juzgada de la sentencia firme dictada en el primer pleito en el que se pedía la condena de los mismos demandados al pago de la deuda social de 3.961.734,88 euros y que fue estimado en parte en cuanto que sólo se condenó a los demandados al pago de la suma de 189.380,51 euros. La eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo habría operado porque en el primer pleito en el que se solicitó en la demanda la condena de los mismos demandados al pago de la suma de 3.961.734,88 euros, fundada en la responsabilidad de los administradores por no haber promovido la disolución de la sociedad (art. 367 LSC), se produjo una preclusión de alegaciones, de forma que ya no cabía en un pleito posterior solicitar la suma no estimada sobre la base de otro título jurídico, en este caso la acción individual de responsabilidad (art. 341 LSC).

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de tres motivos, y recurso de casación. El recurso de casación ha sido inadmitido y del recurso extraordinario por infracción procesal tampoco se ha admitido el motivo segundo.

SEGUNDO. *Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, en la infracción de las normas procesales reguladores de la sentencia, en concreto denuncia la infracción de los arts. 216 y 218 LEC, pues la fundamentación jurídica de la sentencia omite los hechos detallados y alegados en la demanda. En concreto no se hace referencia a que la sociedad Hicsa quedó sin administradores en el 2012, que en el 2013 el Registro Mercantil acordó el cierre registral de Hicsa por falta de depósito de cuentas anuales y el incumplimiento de los deberes legales de instar la disolución de Hicsa o su concurso de acreedores.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo primero.* A la vista de la razón jurídica por la que la sentencia de la Audiencia estima la apelación y acuerda la desestimación de la demanda, resulta irrelevante que no se mencionen todos los hechos esgrimidos en la demanda. La Audiencia aprecia la eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo de la sentencia dictada en el primer pleito que Luma interpuso frente a los administradores de Hicsa en reclamación de una deuda social de esta sociedad, respecto de este segundo pleito en que vuelve a reclamar el pago de la parte del crédito que no fue objeto de condena en el primero, aunque bajo un fundamento distinto. Y para fundar esta decisión, la sentencia hace referencia a los hechos y las valoraciones jurídicas que estima relevantes. Que la Audiencia no tenga en cuenta otros hechos o no los considere relevantes, que al demandante si le parecen, no constituye una infracción procesal. Además, los que se dicen omitidos podrían tener, en su caso, relevancia si se hubiera entrado a analizar la prosperabilidad de la acción individual de responsabilidad ejercitada, pero no lo eran tanto para juzgar sobre el efecto de cosa juzgada material en sentido negativo, como consecuencia de la preclusión de alegaciones en el primer pleito.

TERCERO. *Motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo tercero.* El motivo se vuelve amparar en la infracción de normas reguladoras de la sentencia, en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y denuncia la infracción del art. 222 LEC, en relación con el art. 400 LEC.



En el desarrollo del motivo se razona que entre los dos procedimientos no concurren las necesarias identidades subjetiva, objetiva, de *causa petendi* y de *petitum*. No hay identidad de sujetos, porque en el segundo pleito no se ha demandado al Sr. Roque, y además los demandados solicitaron en su contestación que también fuera demandada Hicsa. No hay identidad de objeto porque en el primero se ejercitaba la acción de responsabilidad prevista en el art. 367 LSC, mientras que en el segundo "se ejercita la acción individual y social de reclamación de daños causados ex arts. 236, 237, 240 y 241 LSC". La *causa petendi* también cambia porque la segunda acción se basa en hechos posteriores al comienzo del primer procedimiento: la renuncia de los administradores; el cierre registral de Hicsa en el Registro Mercantil; y el incumplimiento por los administradores de las obligaciones de promover la disolución o el concurso de acreedores. Y el *petitum* también es distinto, en cuanto que las acciones son distintas, una es una acción por daño y la otra una acción por deudas sociales.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo tercero. Planteamiento de la controversia. En el motivo se impugna la apreciación realizada por la Audiencia de que la sentencia firme del primer procedimiento en el que se ejercitó una acción ex art. 367 LSC frente a los administradores de la sociedad genera eficacia de cosa juzgada material respecto de este segundo procedimiento en el que se reclama de los administradores la misma deuda social, pero fundada en una acción distinta, la acción individual del art. 241 LSC y, subsidiariamente, la acción social.

Para resolver esta cuestión conviene partir de la jurisprudencia sobre la eficacia de cosa juzgada material del art. 222 LEC en relación con la preclusión de alegaciones del art. 400 LEC.

3. Jurisprudencia sobre la eficacia de cosa juzgada material en relación con la preclusión de alegaciones. Como hemos declarado en otras resoluciones, por ejemplo en la sentencia 169/2014, de 8 de abril, "la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto".

El efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes, en su aspecto negativo, que es el que ahora interesa, "excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo" (art. 222.1 LEC), y "afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes" (art. 222.3 LEC).

Aunque, en principio, la cosa juzgada material exige una plena identidad de los procedimientos en cuanto a los sujetos, las cosas en litigio y la causa de pedir, también hay cosa juzgada material cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior es preclusivo respecto al proceso posterior, conforme a lo previsto en el artículo 400.2 LEC. De tal forma que el art. 222 LEC se integra con la previsión de preclusión de alegaciones prevista en el art. 400 LEC, que dispone lo siguiente:

"1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

[...]

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste".

Como declaramos en la sentencia 531/2015, de 14 de octubre, con esta norma, "se pretende, por una parte, impedir que en [el] mismo proceso se altere la *causa petendi* con alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos distintos de los invocados en la demanda, con la consiguiente indefensión para el demandado que habrá articulado su contestación en relación con una determinada *causa petendi*. Y, por otra, impedir que, resuelto el primer pleito con desestimación de la demanda, el demandante pueda volver a formular la misma pretensión sobre la base de unos hechos o fundamentos jurídicos que, pudiendo haber sido invocados en el pleito inicial, no lo fueron".

En síntesis, y en lo que ahora interesa, el efecto de "preclusión de alegaciones" respecto de las vertidas por el demandante en el primer pleito, una vez firme la sentencia que lo resuelve, da lugar a que esa sentencia tenga eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo respecto de las pretensiones interesadas en un segundo pleito que se apoyan en hechos y fundamentos jurídicos afectados por el efecto preclusivo.



De este modo, "del texto del precepto (400 LEC) se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda" (sentencia núm. 768/2013, de 5 de diciembre). Teniendo en cuenta que esta regla no requiere la identidad estricta entre pedimentos, sino que basta su homogeneidad (sentencia núm. 671/2014, de 19 de noviembre).

En definitiva, como recuerda la sentencia 628/2018, de 13 de noviembre, "conforme a la jurisprudencia de esta sala sobre los arts. 400 y 222 LEC, lo decisivo o determinante es la pretensión (sentencia 664/2017, de 13 de diciembre), de modo que no se puede volver a reclamar lo ya reclamado en un litigio anterior (sentencia 417/2018, de 3 de julio), ni solicitar el cumplimiento de un mismo contrato por dos veces (sentencia 9/2012, de 6 de febrero), pues "la finalidad de la cosa juzgada es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente" (sentencia 164/2011, de 21 de marzo)".

4. Para que se cumpla la exigencia de que exista una identidad subjetiva lo relevante es que los tres administradores demandados en este segundo pleito, también lo hubieran sido en el pleito anterior, sin perjuicio de que en aquel primero hubiera además otro demandado que no lo fue en el segundo. Esta última circunstancia resulta irrelevante, como también lo es que los demandados hubieran pedido en su contestación que fuera demandada la sociedad Hicsa, pues, además de que no lo ha sido, la acción ejercitada de responsabilidad de administradores no le concierne, como tampoco le concernía la acción ex art. 367 LSC.

5. La identidad objetiva se produce en este caso como consecuencia del reseñado efecto preclusivo del art. 400 LEC.

En el primer pleito se ejercitó una acción de responsabilidad contra los administradores de Hicsa basada en el incumplimiento de los deberes de promover la disolución, estando la sociedad incurso en causa de disolución. Esta acción se halla regulada en el art. 367 LSC. Presupone como hechos relevantes la concurrencia de una causa de disolución legal y el incumplimiento del deber legal que tienen los administradores de convocar la junta de socios para que acuerde la disolución o remueva la causa de disolución, o en su caso se inste el concurso de acreedores.

En el segundo pleito se ejercita una acción individual de responsabilidad frente a los administradores para ser resarcida de la parte de la deuda social (de Hicsa frente a Luma) pendiente de pago. Aunque la demanda pedía, de forma subsidiaria, la reintegración del patrimonio de Hicsa en ese mismo importe que se le adeudaba a Luma, para a continuación hacer pago a esta última de esa cantidad.

En cualquier caso, esta acción ejercitada en este segundo pleito es una acción de responsabilidad civil propia de los administradores, basada en un comportamiento antijurídico (ilícito orgánico), la culpa, el daño y la relación de causalidad. Es distinta de la acción ejercitada en el primer pleito, basada como hemos visto en el incumplimiento de los deberes de instar la disolución, estando la sociedad incurso en una causa legal, y que atribuye a los administradores la responsabilidad solidaria respecto del pago de las deudas posteriores a la aparición de la causa de disolución. Los hechos pueden ser distintos y, sobre todo, la causa de pedir varía.

Pero, a la vista del efecto preclusivo del art. 400 LEC, no es tan relevante que los hechos y la causa de pedir no coincidan en uno y otro pleito, como que lo pedido en el segundo pleito ya hubiera sido objeto de petición en el primero. Y en este caso así es.

La acción de responsabilidad ejercitada en este segundo pleito invoca como daño objeto de indemnización, el crédito que la demandante ostenta frente a la sociedad Hicsa que tiene pendiente de cobro y que no ha podido cobrar por el comportamiento de los administradores que justifica su responsabilidad. La suma objeto de indemnización formaba parte de la que, previamente, había sido solicitada en el primer pleito. Precisamente, la parte del crédito de Luma respecto de la que los administradores no fueron condenados a pagar ex art. 367 LSC en el primer pleito, es la que se reclama en el segundo, sin perjuicio de que varíe la causa de pedir. La reclamación ya no se funda en el incumplimiento del deber de promover la disolución, sino en un comportamiento más amplio, que califica de ilícito orgánico y que habría impedido el cobro del crédito de Luma, siendo el daño la frustración del cobro del crédito, y la condena solicitada su pago.

La propia demanda, en su fundamentación jurídica, lo reconoce cuando afirma:

"Se reclama el importe de la deuda social (principal, intereses y costas), excepto las cantidades objeto de condena en otro procedimiento, ejercitándose acumuladamente las acciones de responsabilidad individual y social por daños derivada de la actuación negligente de los demandados y responsabilidad por deudas sociales, por el reparto de dividendos, desaparición del tráfico económico, renuncia y paralización de los órganos sociales y de la mercantil e incumplimiento de solicitar el concurso de acreedores".



La demandante en el primer pleito podía haber acumulado a la acción ex art. 367 LSC, la acción individual de responsabilidad ex art. 241 LSC. Al no hacerlo, se produjo el efecto preclusivo que provoca ahora la apreciación de la eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo de lo resuelto en el primer pleito respecto de este segundo.

6. El recurso se refiere a hechos acaecidos con posterioridad al inicio del primer procedimiento que excluirían el efecto preclusivo. Pero carece de relevancia esta objeción, pues la práctica totalidad de los hechos denunciados como constitutivos del ilícito orgánico que justificarían a juicio del demandante la responsabilidad de los administradores por el daño sufrido por la demandante, ya se daban al instarse el primer pleito y los únicos que no lo eran son una prolongación o continuación de lo que ya estaba ocurriendo. Así la falta del depósito de las cuentas proviene del ejercicio 2009 y el cierre registral es una consecuencia de lo anterior, sin que añada mayor desvalor a lo verdaderamente relevante que es el incumplimiento del deber de formular las cuentas y procurar su aprobación y depósito, lo que ya ocurría cuando se inició el primer pleito. Del mismo modo, el incumplimiento de los deberes de promover la disolución y, en su caso, el concurso de acreedores ya se daba antes del planteamiento del primer pleito, y de hecho fundó la acción entonces ejercitada, sin perjuicio de que este incumplimiento continuara con posterioridad, sin que eso añadiera nada relevante. Como tampoco lo añade el cese de los administradores en el 2012, pues lo relevante sería la frustración de las posibilidades de cobro por haber provocado el cierre de hecho de la sociedad sin instar su disolución, lo que ya se venía dando cuando se inició el primer pleito.

Lo verdaderamente relevante, es que con lo que ya había ocurrido al tiempo de ejercitarse la demanda del primer pleito, podía haberse instado la acción que ahora se ejercita en el segundo pleito, sin que se justifique su ejercicio posterior (una vez resuelto en segunda instancia el primer pleito) por los hechos que ahora se señalan como posteriores a la demanda del primer pleito.

CUARTO. Costas

Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, se le imponen las costas de su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Luma Desarrollos Inmobiliarios S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 20 de diciembre de 2016 (rollo 688/2015), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 13 de junio de 2015 (juicio ordinario 96/2014).

2.º Imponer a la recurrente las costas generadas con su recurso y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.