



Roj: **STS 3606/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3606**

Id Cendoj: **28079110012021100651**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2021**

Nº de Recurso: **5882/2018**

Nº de Resolución: **679/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 679/2021**

Fecha de sentencia: 06/10/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5882/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE TARRAGONA SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5882/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 679/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 6 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Gervasio , representado por el procurador D. José Manuel Jiménez López, bajo la dirección letrada de D. Carles Cases Blanch, contra la sentencia núm. 398/2018, de 27 de septiembre, dictada por la Sección



1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el recurso de apelación núm. 661/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 537/2016 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Tarragona, sobre acción individual de responsabilidad de administrador social. Ha sido parte recurrida ABASIC S.L.U., representada por la procuradora D.ª Elena Muñoz González y bajo la dirección letrada de D. Miguel Merino Criado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Maite García Solsona, en nombre y representación de Abasic S.L.U., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Gervasio, administrador social de la compañía Fashion Premium S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que se les condene al pago, de forma solidaria, de la cantidad reclamada de DOSCIENTOS QUINCE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS Y SESENTA CÉNTIMOS (215.776,60 -€) con intereses y costas causadas por la presente reclamación."

2.- La demanda fue presentada el 11 de octubre de 2016 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Tarragona, se registró con el núm. 537/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Josefa Martínez Bastida, en representación de D. Gervasio, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Tarragona dictó sentencia n.º 111/2017, de 21 de junio de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el/la Procurador/a D. Dña. Maite García Solsona, en nombre y representación de ABASIC, S.L.U., contra DON Gervasio debo ABSOLVER Y ABSUELVO a este último de todos los pedimentos de la demanda, con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Abasic S.L.U.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, que lo tramitó con el número de rollo 661/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha, cuya parte dispositiva establece:

"LA SALA estima el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Jordi Garrido Mata en nombre y representación de la sociedad de capital "ABASIC, S.L.U." contra la sentencia núm. 111/2017, de 21 de junio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Tarragona, dictada en el procedimiento de juicio ordinario núm. 537/2016, que revocamos y en su lugar estimamos sustancialmente las pretensiones materiales deducidas en la demanda y en consecuencia condenamos al demandado D. Gervasio a que:

1. Abone a la sociedad demandante "ABASIC, S.L.U." la cantidad de 215. 776, 50 euros, más el interés legal ordinario desde la fecha de la interpelación judicial al demandado; más los intereses del artículo 576 LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

2. Abone las costas procesales de primera instancia.

Las costas procesales de la segunda instancia no se imponen a ninguno de los litigantes. Devuélvase a la parte apelante el depósito que en su caso haya constituido para interponer el recurso de apelación".

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª María Josepa Martínez Bastida, en representación de D. Gervasio, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3ª L.E.C. se denuncia la infracción de normas sobre preclusión en la alegación de hechos ( Arts. 400.1 y 426.5 L.E.C.).

Segundo.- Infracción de los arts. 270 y 271 L.E.C., en cuanto a la preclusión de la aportación de documentos".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Único.- El único motivo se interpone al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º L.E.C., al oponerse la Sentencia recurrida a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 150/2017, de 2 de marzo, nº 274/2017, de 5 de mayo, nº 253/2016 de 18 de abril, nº 472/2016, de 13 de julio, y nº 417/2016, de 28 de abril, que establecen que el impago de la deuda por parte de la sociedad no puede equipararse a la causación de un daño directo al acreedor del que sean responsables los administradores".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de procesal de D. Gervasio , contra la sentencia n.º 398/2018, de 27 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 661/2017, dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 537/2016, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Tarragona".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 30 de septiembre de 2021, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Por resolución firme de 21 de octubre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Tortosa, la sociedad Fashion Premium S.L. fue condenada al pago a Abasic S.L.U. de 215.776,60 €.

Tras despacharse ejecución por auto de 18 de diciembre de 2015, no fue posible realizar el cobro, al no haberse encontrado bienes de la sociedad ejecutada susceptibles de embargo.

2.- El administrador único de la sociedad Fashion Premium era D. Gervasio .

3.- Abasic formuló una demanda contra el Sr. Gervasio , en la que ejercitó la acción individual de responsabilidad, con los siguientes y resumidos argumentos: (i) cuando se generó la deuda social, en los años 2014 y 2015, la sociedad deudora estaba incurso en causa legal de disolución, con un patrimonio neto negativo y pérdidas; (ii) el administrador social incumplió la obligación legal de promover la disolución; (iii) asimismo, el administrador actuó con negligencia en el ejercicio de su cargo y mantuvo una actitud completamente pasiva respecto del pago de la deuda con la sociedad demandante, de la que era plenamente conocedor.

4.- Previa oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró, resumidamente, que el administrador demandado no había incumplido los deberes y obligaciones a su cargo, ni había actuado con falta de diligencia. Por el contrario, instó el concurso voluntario de la sociedad, sin que conste retraso en la solicitud, ni que ello produjera un perjuicio específico a la demandante. Y concluyó que no existía una relación de causalidad entre la conducta del demandado como administrador y la falta de cobro de su crédito por la demandante.

5.- Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por Abasic, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó al demandado al pago de 215.776,50 €, más los intereses legales y costas. Consideró, resumidamente, que: (i) el negocio jurídico que dio lugar a la deuda, de importe muy elevado, se celebró justo antes de la declaración de concurso y desaparición de la sociedad; (ii) si el administrador hubiera observado el deber general de diligencia y adoptado una mínima prudencia empresarial, no habría comprado bienes por importe tan elevado, al no poder desconocer que la sociedad no podría pagarlos, lo que constituye una conducta culpable; (iii) la variación negativa del patrimonio neto en el ejercicio anterior al de solicitud de concurso y en el que resultan impagadas las facturas, que se redujo hasta alcanzar una cifra negativa que constituía causa legal de disolución social, no podía ser desconocida por el administrador. Y concluyó con la siguiente afirmación:

"El ilícito orgánico en que incurrió el demandado, consistente en una administración social gravemente culpable, se halla causalmente conectado con el hecho jurídico de la contratación con la sociedad demandante en un momento de irreversible crisis económica, a sabiendas de todo ello; que de hecho desembocó poco tiempo después (en el mes de septiembre de 2015) en la comunicación preconcursal del artículo 5.bis LC así como, una vez fracasada aquélla, en la solicitud de declaración de concurso voluntario; y dicho ilícito orgánico ha

generado un daño directo a la sociedad actora consistente en el impago de un derecho de crédito -vencido, líquido y exigible- por importe de 215.776, 50 euros".

6.- El Sr. Gervasio ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Preclusión de la alegación de hechos*

##### *Planteamiento:*

1.- El primer motivo de infracción procesal, planteado al amparo del art. 469.1.3º LEC, denuncia la infracción de los arts. 400.1 y 426.5 LEC, en cuanto a la preclusión de la alegación de hechos.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la parte demandante introdujo en su recurso de apelación hechos no alegados en primera instancia (ni en la demanda, ni en la audiencia previa), como la supuesta existencia de un plan de pagos, así como extensas argumentaciones jurídicas sobre la supuesta negligencia del administrador que no se habían efectuado tampoco en esa fase procesal.

##### *Decisión de la Sala:*

1.- Según se desprende de los arts. 400.1 y 426.1 LEC, como regla general, los hechos objeto del debate quedan fijados con la demanda y no son susceptibles de alteración. Si bien los arts. 412 y 426 LEC permiten, como excepción, introducir algunas modificaciones a la delimitación de la pretensión realizada en los escritos alegatorios iniciales. Estos preceptos permiten formular alegaciones complementarias en la audiencia previa, en los términos previstos en la ley, que no pueden alterar sustancialmente las pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en los escritos iniciales. De tal manera que el principio de preclusión de alegaciones se compagina con el de economía procesal, de tal forma que exista una cierta elasticidad a lo largo del proceso, a la vista de los resultados que se pueden ir produciendo ( sentencias 17/2010, de 9 de febrero; 420/2010, de 5 de julio; y 511/2018, de 20 de septiembre).

2.- Sobre esta base, no cabe apreciar que en este caso se produjera una modificación de los hechos o de las alegaciones. El examen de las actuaciones revela que ya en la demanda se había hecho mención a la existencia de pérdidas y patrimonio neto negativo que imposibilitaban el pago de las mercancías compradas a la demandante, a la pasividad del administrador ante dicha situación y a su negligencia con anterioridad a la solicitud de concurso. Que en el recurso de apelación se hiciera mención a una fragmentación de la deuda no supone propiamente una alegación nueva, sino una explicación más detallada de un *iter* de incumplimientos que ya había sido relatado en las alegaciones de primera instancia. E igual sucede con la fundamentación jurídica, que no fue nueva o diferente en el recurso de apelación, sino simplemente más argumentada que en primera instancia.

3.- En consecuencia, debe desestimarse este primer motivo de infracción procesal.

#### **TERCERO.-** *Segundo motivo de infracción procesal. Preclusión de la aportación de documentos*

##### *Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.3º LEC, denuncia la infracción de los arts. 270 y 271 LEC, en cuanto a la preclusión de la aportación de documentos.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la parte demandante aportó en segunda instancia unos documentos que no había aportado en la primera, sin que concurriera ninguno de los supuestos legalmente previstos para dicha aportación en fase de apelación.

##### *Decisión de la Sala:*

1.- Para comprender el sentido de este motivo, debe tenerse en cuenta que la Audiencia Provincial comprobó que en las actuaciones que se le habían remitido por el Juzgado para la resolución del recurso de apelación no figuraban todos los documentos aportados con la demanda, por lo que dictó una providencia acordando devolver las actuaciones a fin de que el órgano de primera instancia subsanara dicha omisión, lo que realizó mediante un requerimiento a la parte demandante para que aportara nuevamente tales documentos (que, al parecer, no se habían incorporado correctamente al expediente por los medios telemáticos oficiales).

2.- Pues bien, del examen de las actuaciones no se desprende que esta segunda aportación documental fuera diferente de la primera. De hecho, en las alegaciones de la demanda ya se mencionan los documentos números 2 a 7; y no consta que la parte demandada hiciera objeción alguna en ambas instancias a un supuesto déficit documental.



3.- Como quiera que los arts. 270 y 271 LEC no resultan de aplicación al caso, no pueden ser infringidos, por lo que este segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

### Recurso de casación

**CUARTO.-** *Único motivo de casación. Acción individual de responsabilidad. Daño directo*

*Planteamiento:*

1.- El recurso de casación se basa en un único motivo, por el cauce del art. 477.2.3º LEC, en el que denuncia la infracción de los arts. 236 y 241 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en relación con las sentencias de esta sala 150/2017, de 2 de marzo; 274/2017, de 5 de mayo; 253/2016, de 18 de abril; 472/2016, de 13 de julio; y 417/2016, de 28 de abril.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que el impago de la deuda por parte de la sociedad no puede equipararse a un daño directo para el acreedor del que sean responsables los administradores; así como que la insolvencia de la sociedad tampoco puede constituir ese daño directo.

El administrador recurrente actuó de manera diligente al instar el concurso de la sociedad, que fue declarado fortuito. No actuó con intención de causar daño a la demandante y, en su caso, el daño directo no lo fue al patrimonio de la acreedora, sino al patrimonio social.

*Decisión de la Sala:*

1.- La denominada acción individual de responsabilidad está regulada en el art. 241 LSC, si bien la formulación general del principio de responsabilidad del administrador social está contenida en el art. 236.1 del mismo Texto legal.

Conforme al art. 236.1 LSC:

"Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa".

A su vez, el art. 241 LSC:

"Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos".

2.- La jurisprudencia de esta sala considera la acción individual de responsabilidad como una modalidad de responsabilidad por ilícito orgánico, contraída por los administradores en el desempeño de las funciones de su cargo, y que constituye un supuesto especial de responsabilidad extracontractual, con una regulación propia en el Derecho de sociedades ( art. 241 LSC), que la especializa dentro de la genérica del art. 1902 CC ( sentencias 150/2017, de 2 de marzo; y 665/2020, de 10 de diciembre; y las que en ellas se citan).

Para la apreciación de esta modalidad de responsabilidad, deben concurrir los siguientes requisitos:

- i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores;
- ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal;
- iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal;
- iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño;
- v) el daño que se infiere sea directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y
- vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

3.- Con carácter general, no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por el impago de cualquier deuda social, aunque tenga otro origen. Lo contrario supondría contrariar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son su personalidad jurídica diferenciada, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC.



De ahí que resulte tan importante que se identifique bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor, y que este daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad.

**4.-** No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador: cuando la sociedad resulte deudora por haber incumplido un contrato, haber infringido una obligación legal o haber causado un daño extracontractual, su administrador sería responsable por ser él quien habría infringido la ley o sus deberes inherentes al cargo, entre otros, el de diligente administración.

Esta objetivación de la responsabilidad y la equiparación del incumplimiento contractual de la sociedad con la actuación negligente de su administrador no son correctas, puesto que no resultan de la legislación societaria ni de la jurisprudencia que la desarrolla.

**5.-** El impago de las deudas sociales no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales. De ahí que se exija al demandante, además de la prueba del daño, tanto la prueba de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño, sin que el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador, ni determinante sin más de su responsabilidad.

Asimismo, como regla general, no cabe atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales de una sociedad que ha entrado en una situación de insolvencia que impide a sus acreedores cobrar sus deudas. Por el contrario, cuando la LSC ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales, ha exigido el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad o solicitar el concurso, y ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución ( art. 367 LSC).

Quien ha causado el quebranto patrimonial del acreedor, al no pagar su crédito, ha sido la sociedad, no sus administradores sociales. La actuación antijurídica de los administradores, por negligente o contraria a la diligencia exigible, no puede consistir en el propio comportamiento, contractual o extracontractual, de la sociedad que ha generado un derecho de crédito a favor del demandante.

**6.-** Incluso en el caso de que los administradores sociales no hubieran sido diligentes en la gestión social y hubieran llevado a la sociedad a la insolvencia, el daño directo se habría causado a la sociedad administrada por ellos, que habría incurrido en pérdidas, no a los acreedores sociales, que solo habrían sufrido el daño de modo indirecto, al no poder cobrar sus créditos de la sociedad. Así pues, los daños sufridos por el acreedor no serían daños directos o primarios, sino reflejos o secundarios, derivados de la insolvencia de la sociedad.

Para que el administrador responda frente al socio o frente al acreedor que ejercita una acción individual de responsabilidad del art. 241 TRLSC, es necesario que el patrimonio receptor del daño directo sea el de quien ejercita la acción. Y no es directo, sino indirecto, el daño sufrido por el patrimonio de la sociedad que repercute en los socios o acreedores.

**7.-** En caso de que el acreedor haya sufrido daños como consecuencia de la insolvencia de la sociedad deudora, la acción que puede ejercitarse no es por regla general la individual, sino la social, que permite reintegrar el patrimonio de la sociedad.

Es cierto que, en determinados supuestos, hemos considerado que la imposibilidad del cobro de sus créditos por los acreedores sociales es un daño directo imputable a los administradores sociales. Pero para ello es preciso que concurren circunstancias muy excepcionales y cualificadas, que en este caso no costa que se hayan producido.

**8.-** La Audiencia Provincial cifra la responsabilidad del administrador en el hecho de que realizó el pedido de las mercancías, por importe de 215.776,60 €, en fecha muy próxima a la comunicación de negociaciones para evitar el concurso, por lo que no podía desconocer que no se podrían pagar, lo que constituyó, cuando menos, una conducta gravemente culpable. Y que, en el año 2014, en que se realizaron las primeras compras, el déficit patrimonial era ya de tal magnitud que podía aventurarse fácilmente que sería imposible el cumplimiento de las obligaciones contraídas.



Dicha interpretación no es acorde con la expuesta jurisprudencia de esta sala.

No consta que la operación que dio lugar a la deuda, aun siendo de un elevado importe económico, fuera fraudulenta, extraordinaria o se alejara de las pautas habituales de contratación de la sociedad; antes al contrario, la propia argumentación de la sentencia recurrida relativa a que las marcas proveedoras obligaban a comprar un gran número de género induce a pensar lo contrario.

Tampoco puede considerarse que la conducta del administrador fuera negligente en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones legales: cuando tuvo noticia de la existencia de graves dificultades económica acudió al mecanismo preconcursal procedente y ante la inviabilidad de éste, instó el concurso voluntario de la sociedad, que fue declarado fortuito.

Que *a posteriori* pueda considerarse que la decisión del administrador de optar por marcas punteras que le obligaban a comprar un stock de mercancía elevado fue desacertada y no atajó la situación de insolvencia de la sociedad, que acabó en su declaración de concurso, no puede derivarse en una responsabilidad individual del administrador social. Debemos recordar que la responsabilidad del administrador no se genera por el hecho de que se haya incumplido el contrato, ni tampoco por el fracaso de la empresa.

9.- En su virtud, el recurso de casación ha de ser estimado.

#### **QUINTO.- Costas y depósitos**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que deban imponerse al recurrente las costas por él causadas, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.2 LEC.

3.- Como quiera que la estimación del recurso de casación implica la desestimación del recurso de apelación, las costas de este último deben imponerse a la apelante, según ordena el art. 398.1 LEC.

4.- Igualmente, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la formulación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

#### **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 D. Gervasio contra la sentencia núm. 398/2018, de 27 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 661/2017.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma parte recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

3.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Abasic S.L.U. contra la sentencia núm. 111/2017, de 21 junio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Tarragona, en el juicio ordinario núm. 537/2016, que confirmamos.

4.º- Imponer a D. Gervasio las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

6.º- Imponer a Abasic S.L.U. las costas del recurso de apelación.

7.º- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal y la devolución del prestado para el recurso de casación.

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

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

Así se acuerda y firma.