

Id Cendoj: 28079110012010100595
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2157/2006
Nº de Resolución: 614/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Levantamiento del velo. Actuación fraudulenta respecto de una sociedad acreedora mediante el vacío de contenido económico de la sociedad obligada y creación de una sociedad que sustituye a la anterior en las actividades del tráfico, produciéndose una sucesión (sustancial) de empresa, que da lugar a una elusión de responsabilidades, todo ello en beneficio del autor de la operación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil diez.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuestos ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, respecto la Sentencia dictada en grado de apelación como consecuencia de autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Barcelona; cuyos recursos fueron interpuestos por D. Moises y la entidad IBERICA TANKER CHARTERING, S.L., representados por el Procurador D. Julio Antonio Tinaquero Herrero; siendo parte recurrida, las entidades IBERICA MARITIMA BARCELONA S.A. e IBERICA MARITIMA TARRAGONA S.A., representadas por el Procurador D^a María Jesús González Díez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Jesús Miguel Acín Biota, en nombre y representación de las entidades "Ibérica Marítima Barcelona S.A." e "Ibérica Marítima Tarragona, S.A.", interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona Número Dos, siendo parte demandada la entidad Ibérica Bulk Tanker S.L. y D. Moises ; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que estimando la demanda, se declare: 1º. Que Ibérica Tanker Chartering S.L., es a todos los efectos Ibérica Bulk Chartering S.L. por haberse dado una sucesión de empresa, y haber quedado ello acreditado en un proceso arbitral anterior. 2º. Que por ende Tanker debe responder de todas las deudas y obligaciones que ésta tenga y especialmente debe responder frente a mis mandantes solidariamente, de la condena que efectúa el laudo acompañado. 3º. Que se declare que Don Moises , en su calidad de administrador único y socio del 99% de Tanker, ha sido el artífice de la sucesión de empresa y el único beneficiado y por tanto debe responder solidariamente de la condena impuesta en el laudo, por el incumplimiento efectuado del contrato previsto en la *cláusula V. 4º* . Que se les condene a indemnizar a mis mandantes según la parte dispositiva del laudo acompañado, la suma de 519.672,52 , más los intereses legales. 5º. Que les sean impuestas las costas del procedimiento."

2.- El Procurador D. Victor de Daniel Carrasaco-Aragay, en nombre y representación de la entidad Ibérica Tanker Chartering S.L., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que a) Desestime íntegramente la demanda. b) Se impongan a las actoras el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación del presente procedimiento."

3.- El Procurador D. Victor de Daniel Carrasaco-Aragay, en nombre y representación de D. Moises , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime totalmente la demanda,

absolviendo de la misma a mi representado, con expresa imposición de las costas causadas a las actoras.

4.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Dos de Barcelona, dictó Sentencia con fecha 20 de diciembre de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por las entidades IBERICA MARITIMA BARCELONA S.A. e IBERICA MARITIMA TARRAGONA, S.A., representadas por el procurador Sr. Acín Biota y asistidas por el letrado Sra. Cuevas Labella, contra D. Moises , representado por el procurador Sr. Carrasco Aragay y asistido por el letrado Sr. Guerrero Martínez y contra la entidad IBERICA TANKER CHARTERING, S.L., representada por el procurador Sr. Carrasco Aragay y asistida por el letrado Sr. Estebe Blanch, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a las demandadas de la pretensión formulada de contraria, imponiendo a la actora el pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de las entidades Ibérica Marítima Barcelonesa, S.A. e Ibérica Marítima Tarragona, S.A., la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, dictó Sentencia con fecha 28 de julio de 2.006 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: ESTIMAR parcialmente el recurso interpuesto por la representación IBERICA MARITIMA BARCELONA, S.A. e IBERICA MARITIMA TARRAGONA, S.A., contra la sentencia del Juzgado de primera instancia nº 2 de Barcelona, de 20 de diciembre de 2.004 , cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero; DEJAMOS sin efecto lo allí resuelto, y CONDENAMOS a los demandados a pagar solidariamente a las actoras la suma de 415.738,01 euros, más los intereses legales. Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Victor de Daniel Carrasco-Aragay, en nombre y representación de D. Moises , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, respecto la Sentencia dictada con fecha 28 de julio de 2.006 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** *PRIMERO.-* Se alega infracción por inaplicación del *art. 133 de la LSA. SEGUNDO .-* Se alega infracción del *art. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. TERCERO.-* Se denuncia infracción del apartado 2 del *arts. 217 de la LEC .*

2.- El Procurador D. Victor de Daniel Carrasco-Aragay, en nombre y representación de la entidad Ibérica Tanker Chartering, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, respecto la Sentencia dictada con fecha 28 de julio de 2.006 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** *PRIMERO.-* Se alega infracción del *art. 469.1.3 y 247.2 de la LEC. SEGUNDO .-* Se denuncia infracción del *art. 217.2 de la LEC. TERCERO .-* Se denuncia infracción del *art. 12.2 de la LEC. CUARTO .-* Se alega infracción del *art. 218.1 de la LEC. QUINTO .-* Se alega infracción de los dispuesto en el *art. 24.1 y 24.2 de la Constitución Española.*

CUARTO.- Por Providencia de fecha 16 de noviembre de 2.006, se tuvieron por interpuestos los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal anteriores, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala Primera del Tribunal Supremo, comparecen, como parte recurrente, D. Moises y la entidad IBERICA TANKER CHARTERING, S.L., representados por el Procurador D. Julio Antonio Tinaquero Herrero; y como parte recurrida, las entidades IBERICA MARITIMA BARCELONA S.A. e IBERICA MARITIMA TARRAGONA S.A., representadas por el Procurador D^a María Jesús González Díez.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 13 de enero de 2.009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "ADMITIR el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos respectivamente por las representaciones procesales de D. Moises por un lado, e "IBERICA TANKER-CHARTERING, S.L" contra la Sentencia dictada, en fecha 28 de julio de 2006, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimotercera), en el rollo de apelación nº 364/2005, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 615/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Barcelona."

SEPTIMO.- Dado traslado, el Procurador D^a. María Jesús González Díez, en nombre y representación de las entidades Ibérica Marítima Barcelona S.A. e Ibérica Marítima Tarragona S.A., presentó escrito de oposición a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de septiembre de 2.010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus Corbal Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa, en síntesis, sobre las consecuencias de una actuación fraudulenta por parte del que era socio y administrador de una sociedad que, después de vaciar de contenido económico a la misma, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones contractuales que ésta tenía contraídas con otra entidad, crea una nueva sociedad, en la que asume la práctica totalidad del capital social (99%), para suceder a la anterior en la actividad que venía desarrollando, eludiendo las responsabilidades existentes.

Por las entidades mercantiles IBERICA MARITIMA BARCELONA, S.A. e IBERICA MARITIMA TARRAGONA, S.A. se dedujo demanda el 22 de julio de 2.003 contra Ibérica Tanker Chartering, S.L. y Dn. Moises en la que solicitan:

1º. Se declare que Ibérica Tanker Chartering S.L., es a todos los efectos Ibérica Bulk Chartering S.L. por haberse dado una sucesión de empresa, y haber quedado ello acreditado en un proceso arbitral anterior.

2º. Que por ende Tanker debe responder de todas las deudas y obligaciones que ésta tenga y especialmente debe responder frente a mis mandantes solidariamente, de la condena que efectúa el laudo acompañado.

3º. Que se declare que Don Moises , en su calidad de administrador único y socio del 99% de Tanker, ha sido el artífice de la sucesión de empresa y el único beneficiado y por tanto debe responder solidariamente de la condena impuesta en el laudo, por el incumplimiento efectuado del contrato previsto en la *cláusula V* .

4º. Que se les condene a indemnizar a mis mandantes según la parte dispositiva del laudo acompañado, la suma de 519.672,52 , más los intereses legales.

Con anterioridad a la demanda había tenido lugar un proceso arbitral seguido a instancia de las actoras contra la entidad mercantil Ibérica Bulk Chartering, S.L. y contra Dn. Moises en el que se dictó laudo de equidad el 14 de mayo de 2.003 en el que se aprecia incumplimiento contractual y se condena a los demandados a pagar la suma total de 519.672,52 euros. Sin embargo, con posterioridad a la demanda, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2.004 dejó sin efecto la condena respecto del Sr. Moises , anulando parcialmente el laudo, por falta de sumisión al arbitraje.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Barcelona el 20 de diciembre de 2.004, en los autos de juicio ordinario núm. 615 de 2.003, desestimó la demanda, entendiendo, en síntesis, que el presupuesto y fundamento de la pretensión de la parte actora es el laudo arbitral, y que, como éste únicamente puede afectar y obligar a las partes que convinieron libremente dirimir sus diferencias mediante arbitraje, no puede extender sus efectos a los aquí demandados.

La Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 28 de julio de 2.006, en el Rollo núm. 364 de 2.005, estima en parte el recurso de apelación de las actoras y, con revocación de la resolución recurrida, acoge parcialmente la demanda condenando a los demandados a pagar solidariamente a las demandantes la suma de 415.738.01 euros, más los intereses legales.

La argumentación básica en que se fundamenta la Sentencia de la Audiencia se resume en apreciar una sucesión fraudulenta de empresas, de modo que los socios de Bulk, los Srs. Moises y Florencio , constituyeron dos sociedades, Tanker y Spanmark respectivamente, a través de la que cada uno de ellos continuó las actividades de Bulk, que cesó en las misma en diciembre de 2.001, careciendo de activo alguno, lo que imposibilitó la ejecución del laudo. La entidad Tanker, de la que el Sr. Moises es titular del 99% de las participaciones, ha sucedido sustancialmente (la resolución recurrida lo fija en un porcentaje de un 80%) a Bulk, aprovechando la mayoría de su activo, del personal y de los clientes. Tanker fue creada para continuar las actividades de Bulk, constituyendo un instrumento del Sr. Moises para, amparándose en la personalidad de las sociedades, llevar a cabo una actuación personal, continuación del negocio de Bulk, en beneficio exclusivo, y eludir posibles responsabilidades.

Por la entidad mercantil IBERICA TANKER CHARTERING, S.L. se formuló recurso extraordinario por infracción procesal y por Dn. Moises se interpuso recurso de casación, que fueron admitidos por Auto de

esta Sala de 13 de enero de 2.009 .

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL de Ibérica Tanker Chartering, S.L.

Se articula en cinco motivos .

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, al amparo del *ordinal tercero del art. 469.1 LEC* , se alega infracción del *art. 247.2 LEC* , determinante de nulidad, con base en que la resolución recurrida, al no rechazar las pretensiones actoras, incurre en fraude procesal. Este se produce, según la recurrente, porque a través de la norma de cobertura del *art. 37 de la Ley de Arbitraje 36/1.988, de 5 de diciembre (actual art. 43 de la LA 60/2003, de 23 de diciembre)* , que reconoce efectos de cosa juzgada a los laudos arbitrales, se obtiene un resultado antijurídico, al soslayar o eludir la norma que con carácter imperativo resulta de aplicación, cuya norma burlada es el *art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas* que regula la responsabilidad de los administradores por actos u omisiones contrarios a la ley, y que es aplicable por remisión del *art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* .

El motivo se desestima por las razones siguientes:

La alegación relativa a la norma de cobertura es errónea. El fundamento de la pretensión actora no se halla en el laudo sino que reside en la existencia de una sucesión de empresas efectuada para un fin fraudulento: burlar el cumplimiento de obligaciones contractuales y eludir el pago de lo debido. El laudo arbitral es un presupuesto de la pretensión actora, dado que sienta el incumplimiento contractual y cuantifica la responsabilidad, pero no es el fundamento de dicha pretensión, pues ésta no es una efecto directo sino reflejo o mediato. La "causa petendi" y la "ratio decidendi" coinciden en la existencia de una actuación fraudulenta determinante de responsabilidad a través de la doctrina del levantamiento del velo. Por otro lado, la discrepancia con la aplicación de esta última doctrina es tema ajeno al enunciado del motivo.

La invocación como norma eludible o soslayable -burlada- del *art. 133 LSA* resulta igualmente infundada, porque no es una norma de aplicación imperativa. Además, cuando existen varias alternativas para accionar, la parte es libre de optar por una u otra, por lo que, la posibilidad de una hipotética responsabilidad del administrador, no obsta a que se puede ejercitar una pretensión de actuación fraudulenta con aplicación de la doctrina denominada del levantamiento del velo.

TERCERO.- En el motivo segundo se alega, por el cauce del *ordinal 3º del art. 469.1 LEC, infracción de lo previsto en el apartado 2 del art. 217 LEC* regulador de la carga de la prueba.

El motivo incurre en el error de utilizar un cauce inadecuado, pues corresponde el del ordinal 2º y no el del 3º, pero además, lo que aquí es más trascendente, carece de consistencia. Esto último es así porque la sentencia recurrida declara probados los hechos jurídicos relevantes que fundamentan su decisión. La hipotética insuficiencia de los elementos probatorios tomados en consideración, la idoneidad o inidoneidad de los mismos, e incluso su ausencia o inmotivación, son aspectos ajenos a la carga de la prueba. Sólo cuando se declara falta de prueba un hecho relevante puede entrar en juego la doctrina del "onus probandi", y procede entonces verificar si se ha aplicado o no correctamente la atribución de la carga probar según la regla general o regla de especial aplicación en la materia.

CUARTO.- En el motivo tercero, al amparo del *ordinal 3º del art. 469.1 LEC* , se alega infracción de lo previsto en el *art. 12.2 de la LEC* regulador del litisconsorcio. Se argumenta que debieron haberse llamado al proceso a las entidades BULK y SPANMARK y Don. Florencio .

El motivo carece de consistencia.

Por lo que respecta a la entidad Ibérica Bulk Chartering, S.L. no es de ver, dada la existencia de la condena en el laudo arbitral, cuál es el pronunciamiento que cabría formular contra ella. Y por lo que respecta a Spanmark y Don. Florencio , con independencia de que no hay una situación de inescindibilidad jurídica con los codemandados, en cualquier caso, una hipotética responsabilidad, o sería independiente de aquéllos (por el 20%), o sería solidaria, y es reiterada la doctrina de esta Sala que excluye el litisconsorcio pasivo necesario en los casos de solidaridad o de responsabilidad "in solidum".

QUINTO.- En el motivo cuarto se alega la existencia de infracción del *art. 218.1. LEC* , por concurrir incongruencia.

El motivo carece de fundamento porque no existe desarmonía alguna entre el fallo de la sentencia y

el petitum de la demanda, pues aquél acoge parcialmente la condena al pago de la cantidad solicitada; ni tampoco hay discordancia entre la "causa petendi" y la "ratio decidendi", pues ésta se fundamenta en la existencia de una sucesión de empresa que produce un resultado fraudulento, sin que sea cierto que la pretensión actora se base en el laudo arbitral, cuyo contenido únicamente constituye un hecho que opera en este proceso con efecto reflejo o mediato.

Finalmente, la referencia en el apartado primero del suplico de la demanda al proceso arbitral resulta irrelevante en la perspectiva de la congruencia en que aquí se examina, porque la alusión a "haber quedado ello acreditado en un proceso arbitral anterior" constituye un complemento de la frase que le precede de "haberse dado una sucesión de empresa". Es más, claramente ratifica lo que se expone en el cuerpo de la demanda respecto de que esta sucesión de empresa, -con propósito y resultado fraudulento- es la causa que fundamenta la pretensión, lo que, a la postre, constituyó la razón decisiva o determinante del fallo.

SEXTO.- En el quinto y último motivo se alega la vulneración de los *apartados 1 y 2 del art. 24 CE* .

El motivo se desestima por defectuoso planteamiento, ya que no cabe acumular cuestiones heterogéneas ni citar genéricamente el contenido de los *apartados del art. 24 CE* sin individualizar, fundamentando la denuncia, la garantía constitucional conculcada o el principio rector del proceso desconocido por la Sentencia recurrida. Un motivo de un recurso extraordinario no puede limitarse a un mero escrito alegatorio; y, sobre todo, cuando se aduce una vulneración de un derecho fundamental, de la misma manera que al Tribunal le es exigible una "motivación reforzada" en la respuesta, a la parte le viene exigida una singular delimitación del derecho infringido y un esfuerzo argumentativo acerca de la efectiva conculcación.

Como se ha dicho, en el motivo que se examina se vierten alegaciones sin incardinación concreta que hacen imposible una respuesta unitaria. En cualquier caso, las alegaciones efectuadas, o no son ciertas, o no suponen infracción del *art. 24 CE* .

En primer lugar, no se corresponde con la realidad la afirmación de que la sentencia recurrida admite los planteamientos de la demanda como si se tratara de una auténtica ejecución del laudo. Para fundamentar el fallo, la resolución impugnada toma en cuenta el laudo, pero también, y ello de modo especialmente significativo para el objeto del proceso -que no es la responsabilidad de BULK (cosa juzgada), sino la actuación fraudulenta de las dos codemandadas-, las declaraciones en el juicio de los Srs. Moises y Florencio y la documental consistente en mensajes por e-mail, certificación de Seguridad Social y testimonio de ejecución del laudo. No es cierto, por lo tanto, que no haya valoración probatoria. Por otro lado, en cuanto al valor del laudo arbitral debe tenerse en cuenta (a) que su eficacia es equivalente a una sentencia judicial; (b) que en el caso no opera con efecto directo, sino reflejo -indirecto o mediato-, de modo que constituye un hecho de cuya realidad hay que partir; (c) como toda resolución procesal firme puede producir efectos probatorios en otro proceso (efecto colateral o indirecto); (d) las codemandadas no hicieron ningún planteamiento acerca de que el proceso arbitral pudiera haber sido un proceso aparente o fraudulento; (e) habida cuenta el contenido del laudo, y su efecto reflejo, era a la codemandada recurrente a la que, en su caso, le correspondía rebatir (a los meros efectos de este proceso) la existencia del incumplimiento y de la deuda de Bulk, sin que pueda invocar indefensión aquella parte que pudo evitarla, o a quien le es imputable; y (f), finalmente, de aceptarse la tesis de Tanker resultaría que su conducta fraudulenta quedaría necesariamente impune, dado que Bulk no podría ser traída al proceso civil por la existencia de sumisión al arbitraje, y ella (Tanker) no podría ser llamada al proceso arbitral por falta de dicha sumisión, conclusión que, de aceptarse, implicaría denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuya bilateralidad es consustancial, para las aquí actoras.

SEPTIMO.- La desestimación de los motivos del recurso conlleva la de éste y la condena de la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas (*art. 398.1* en relación con el *art. 394.1 LEC*).

RECURSO DE CASACION DE Dn. Moises .

Se compone de tres motivos.

OCTAVO.- En el motivo primero se alega infracción por inaplicación del *art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas* (por remisión del *art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*), que regula la responsabilidad de los administradores por actos u omisiones contrarios a la Ley.

Para desestimar el motivo bastaría con decir que el Tribunal "a quo" mal puede incurrir en la infracción legal que se le atribuye si se advierte que no se ha ejercitado ninguna acción de responsabilidad

de administrador del *art. 133 LSA*, ni siquiera de responsabilidad en tal concepto de administrador. Es más, si se hubiera aplicado tal normativa societaria, la resolución recurrida habría incurrido en incongruencia extra petita, o, mejor, en incongruencia mixta o por error.

Pero también cabe añadir que la actuación fraudulenta, por la que es condenado el Sr. Moises con fundamento en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, resulta con claridad meridiana de su comportamiento y circunstancias concurrentes.

Aunque el tema relativo al levantamiento del velo no ha sido planteado adecuadamente en casación mediante la formulación de un motivo con el enunciado de infracción legal idónea para el examen casacional, pues no lo es el aquí indicado, sin que baste una exposición en el cuerpo del motivo a modo de un escrito alegatorio, en cualquier caso la discrepancia del recurrente con la doctrina denominada del levantamiento del velo carece de consistencia.

Dicha doctrina, con independencia de la mayor o menor fortuna de su título, aunque es incuestionable su reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, constituye un importante mecanismo jurídico para corregir las consecuencias dañosas para terceros derivadas de un ejercicio abusivo de la figura de la persona jurídica, cuya creación con las notas de autonomía patrimonial y personalidad jurídica propia, además de la limitación de responsabilidad en algunas de sus modalidades, constituyó una de las aportaciones más fantásticas del Derecho al desarrollo de la vida social, y singularmente en la faceta comercial. Y precisamente en el caso se ha utilizado correctamente para corregir un ejercicio abusivo de la personalidad jurídica.

Se dice en el recurso que "no hay velo que levantar", pero la expresión figurada de "levantar el velo" se refiere a la oportunidad de examinar en conjunto, como operación compleja, una pluralidad de operaciones mercantiles que, si bien individualmente - dejar sin actividad y vacía de contenido económico una sociedad; creación de otra que contrata parte de los trabajadores de la anterior y contacta con su clientela; asunción por una persona de la práctica totalidad del capital de la nueva sociedad; etc.- no son ilícitas, sin embargo, interrelacionadas -de ahí que haya que penetrar en su sustrato como entiende la doctrina aludida-, pueden revelar una actuación torticera y fraudulenta en cuanto responde a la finalidad, o produce el resultado, de burlar legítimos derechos ajenos.

Y ello es lo que ha sucedido en el caso, tal y como se razona en la resolución recurrida en el fundamento tercero respecto de Tanker y en el fundamento cuarto respecto del Sr. Moises. Dice el juzgador "a quo" respecto de éste [que es el aquí recurrente] que "utiliza fraudulentamente una sociedad de responsabilidad limitada, para llevar a cabo una actuación personal, la continuación del negocio de BULK, en beneficio exclusivo, amparándose en la limitación de responsabilidad de la sociedad para eludir posibles responsabilidades", y añade que "TANKER no deja de ser un instrumento del Sr. Moises para materializar la distracción del negocio de BULK a favor suyo...". En definitiva, las actoras se ven defraudadas en sus relaciones negociales con Bulk por una actuación ilícita en su conjunto efectuada por el Sr. Moises, siendo claro al respecto el propósito -intención- que guió la operación compleja, aunque idéntico hubiera sido el resultado consciente de fraude.

La aplicación a los hechos del caso -incólumes en casación- de los efectos -responsabilidad pecuniaria- de la doctrina del levantamiento del velo tiene un sólido apoyo en la normativa del *Código Civil que sanciona el fraude (art. 6.4)* y el ejercicio abusivo del derecho (*art. 7.2*) y exige que los derechos se ejerciten de buena fe (*art. 7.1*) y en la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias, entre otras, con respuesta a las peculiaridades de cada caso, de 22 de febrero, 30 de mayo, 29 y 30 de octubre, 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2.007, 1 de febrero de 2.008, 3 de abril y 7 de julio de 2.010), siendo de resaltar por su paralelismo con el supuesto que se enjuicia la Sentencia de 30 de mayo de 2.008, en la que se señala que «la persona que "instrumenta" la sociedad causante del daño debe responder, sin que se pueda amparar en la responsabilidad limitada de la misma».

NOVENO.- En el motivo segundo, con denuncia de infracciones legales de los *arts. 133 LSA, por inaplicación, y 1 de la LSA* se vuelve a insistir en apreciaciones que son ajenas a la razón determinante del fallo.

Esta Sala viene reiterando la artificialidad del motivo cuando la argumentación impugnativa margina la "ratio decidendi" de la sentencia. La temática del pleito no es si las actoras pudieron haber ejercitado la acción de responsabilidad del administrador societario, cuya alternativa era una mera facultad dependiente exclusivamente de su libérrima voluntad habida cuenta que no había ningún tipo de subordinación o condicionamiento por parte de la acción ejercitada, sino si es o no procedente la aplicación de las

consecuencias de la doctrina denominada del levantamiento del velo. La responsabilidad del Sr. Moises , en la perspectiva del objeto del proceso, no deriva de una hipotética responsabilidad societaria por daño directo o indirecto, sino de una actuación, en principio lícita, cuál la de sustituir una sociedad, que se vacía de contenido, por otra, para continuar las actividades de aquélla, pero que deviene torticera -se convierte en ilícita- por el propósito, o aprovechamiento, de perjudicar a tercero - incumplimiento contractual; impago de deuda-. En esto consiste el fraude, del que resulta beneficiado el autor de la operación, y por ello es correctamente condenado.

DECIMO.- En el motivo tercero se alega infracción de lo previsto en el *apartado 2 del art. 217 de la LEC* regulador de la carga de la prueba.

El motivo se desestima porque versa sobre una cuestión procesal, y por consiguiente ajena al recurso de casación, y cuyo examen sólo sería posible mediante el recurso extraordinario por infracción procesal (*art. 469.1.2º LEC*).

UNDECIMO.- La desestimación de los motivos del recurso de casación conllevan la de éste y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas (*arts. 398.1 y 394.1 LEC*).

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de IBERICA TANKER CHARTERING, S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 28 de julio de 2.006, en el Rollo núm. 364 de 2.005, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- Que igualmente desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dn. Moises contra la Sentencia antes expresada, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, 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.