



Roj: **STS 400/2005 - ECLI:ES:TS:2005:400**

Id Cendoj: **28079110012005100045**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2005**

Nº de Recurso: **3579/1998**

Nº de Resolución: **21/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil cinco.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Arucas, sobre contrato de obras; cuyos recursos fueron interpuestos por D. Gabino , representado por el Procurador D. Saturnino Estévez Rodríguez y D. Luis Miguel , representado por el Procurador D. Constantino Calvo-Villamañán Ruiz; siendo parte recurrida la entidad MAFAL S.L., representada por el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez; D. Rodrigo , representado por el Procurador D. Ignacio Argos Linares. Autos en los que han sido parte la entidad JADAD, S.A., D. Emilio y D. Luis Angel , que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procurador D^a. Dunia González Betancort, en nombre y representación de la entidad mercantil "MAFAL, S.L.", interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Arucas, siendo parte demandada la entidad "Jadad, S.A.", D. Luis Miguel , D. Gabino , D. Emilio , D. Luis Angel y D. Rodrigo ; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "en la que declare: a) la resolución del contrato de obras con suministro de materiales a que alude el ordinal primero de la demanda por incumplimiento de la codemandada JADAD, S.A. b) En su caso, la extinción del referido contrato de obras por imposibilidad de terminación de las mismas por causa imputable a la codemandada, JADAD, S.A. c) Que la codemandada JADA, S.A. le es en deber a la actora en la cantidad de VEINTINUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTAS TREINTA PESETAS (29.183.430.-) con sus intereses legales desde la fecha de su devengo que lo fue el día 14 de diciembre de 1.990. Que igualmente le es en deber por los suplidos y gastos que como consecuencia de la guardia y mantenimiento se vienen devengando, y que serán fijados en ejecución de sentencia. d) Que igualmente, viene obligada la codemandada JADAD, S.A. al abono a la actora de los daños y perjuicio causados y que sean acreditados en ejecución de sentencia, y a reintegrar a aquella en las cantidades retenidas con cargo a las certificaciones abonadas desde la número 1 a la cinco, inclusive, y cuya liquidación definitiva se practicara en ejecución de sentencia e) Condene en consecuencia a la codemandada JADAD, S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abonar las cantidades, objeto de declaración. f) Declare la responsabilidad de los codemandados, personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, que lo será solidaria con aquella Entidad, y condenándoles asimismo a las responsabilidades económicas contenidas en el petitum c), d) y e). g) Imponga finalmente las costas a todos los demandados."

2.- El Procurador D. Carmelo Roberto Jiménez Rojas, en nombre y representación de la entidad Jadad, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se estimen las excepciones dilatorias invocadas, y sin entrar por tanto a conocer el fondo del asunto, con expresa condena en costas a la actora, y caso



contrario se desestime la demanda de autos por totalmente improcedente, con expresa condena en costas a la contraparte por su evidente temeridad y evidente mala fe."

3.- El Procurador D. Alfredo Crespo Sánchez, en nombre y representación de D. Gabino , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "estimando las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda, falta de legitimación activa de la actora en relación con mi mandante, falta de legitimación pasiva en mi mandante, y, desestimando la demanda, absuelva a mi representada de la misma, condenando en costas a la actora."

4.- La Procurador D^a. María Jiménez Almeida, en nombre y representación de D. Luis Miguel , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "desestimándola y absolviendo libremente a mi representado, con imposición al demandante de todas las costas causadas."

5.- En fecha 28 de octubre de 1.992, se declaró en rebeldía a los demandados D. Emilio , D. Luis Angel y D. Rodrigo , al no haber comparecido en el plazo concedido para contestar a la demanda.

6.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia de Arucas, dictó Sentencia con fecha 24 de julio de 1.995 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesto por la Procuradora Dña. Dunia González Betancort en nombre y representación de la Entidad Mercantil MARFAL S.A., contra la Entidad JADAD S.A. representada por el Procurador D. Carmelo Roberto Jiménez Rojas, D. Luis Miguel , representado por la Procuradora Dña. María Jiménez Almeida, D. Gabino , representado por el Procurador D. Alfredo Crespo Sánchez, D. Emilio , D. Luis Angel y D. Rodrigo en situación de rebeldía, debo declarar y declaro: 1.- La resolución del contrato de obras con suministro de materiales a que se refiere el hecho primero de la demanda por incumplimiento de la codemandada JADAD S.A. y la extinción del referido contrato. 2.- Que la entidad JADAD S.A. le es en deber a la actora en la cantidad de VEINTINUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA MIL CUATROCIENTAS TREINTA PESETAS con sus intereses, así como los gastos y suplidos que como consecuencia de la guarda y mantenimiento se hayan devengado a determinar en ejecución de sentencia. 3.- Que igualmente la codemandada JADAD S.A. viene obligada al abono a la actora de los daños y perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia, así como a las cantidades retenidas con cargo a las certificaciones abonadas. Condenando en consecuencia a la codemandada JADAD S.A. a estar y pasar por esta declaración y a abonar las cantidades objeto de la declaración, declarando la responsabilidad de los codemandados personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, responsabilidad que lo será solidaria con aquella Entidad, condenándoles a las responsabilidades económicas en el petitum de la demanda, así como al pago de las costas."

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación por las representaciones respectivas de la entidad Jadad, S.A., D. Luis Miguel y D. Gabino , la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 22 de julio de 1.998 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que, desestimando los recursos de apelación, respectivamente interpuestos por la representaciones de JADAD, S.A., de DON Luis Miguel y de DON Gabino , contra la sentencia dictada el 24 de julio 1995, por el Juzgado de Primera Instancia de Arucas , en el procedimiento de que el presente rollo trae causa, debemos confirmar y confirmamos la misma en su integridad, y condenamos a los tres citados apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Saturnino Estévez Rodríguez, en nombre y representación de D. Gabino , interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, de fecha 22 de julio de 1.998 , con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del nº 4º del art. 1.692 de la LEC de 1.881 , se alega infracción del art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas , y de los arts. 6.4 y 7 del Código Civil , así como de la doctrina jurisprudencial relativa al levantamiento del **velo**. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 129 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas .

2.- El Procurador D. Constantino Calvo-Villamañán Ruiz, en nombre y representación de D. Luis Miguel , interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, de fecha 22 de julio de 1.998 , con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del nº 4º del art. 1.692 de la LEC de 1.881 , se alega infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al "levantamiento del **velo**" en las sociedades anónimas. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 1.253 del Código Civil .

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez, en nombre de la entidad "Mafal, S.L.", presentó escrito de impugnación a los recursos formulados de contrario.



4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de enero de 2.005, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la entidad mercantil MAFAL, S.L. se dedujo demanda sobre extinción de contrato de obra con suministro de materiales y reclamación de cantidad contra la también entidad mercantil JADAD S.A. y contra las personas individuales Dn. Luis Miguel , Dn. Gabino , Dn. Emilio , Dn. Luis Angel y Dn. Rodrigo , solicitando la resolución del contrato referido celebrado entre las dos sociedades litigantes el 15 de agosto de 1.988 por incumplimiento de la codemandada JADAD S.A. -pagadas las cinco primeras certificaciones de obra conforme al sistema pactado de libramiento mensual con obligación de abono mensual dentro de los cinco primeros días de su recibo siempre que concurriera la aprobación de la dirección facultativa, se dejó de pagar la sexta-; y en su caso, la extinción del referido contrato por imposibilidad de terminación por causa imputable a JADAD, S.A.; así como la condena de esta entidad al pago de las cantidades que se expresan por diversos conceptos, y por último "se declare la responsabilidad de los condenados, personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, que lo será solidaria con aquella Entidad, y condenándoles asimismo a las responsabilidades económicas contenidas en el petitum apartados c), d) y e) que se refieren a los pronunciamientos condenatorios pecuniarios". La responsabilidad de las persona físicas se fundamenta en la doctrina del levantamiento del **velo**, a cuyo efecto se argumenta: a), fácticamente (hecho séptimo) en que la existencia de hipoteca constituida por los demandados sobre la edificación, en favor del Banco Hipotecario, hace ilusoria cualesquiera acciones de la actora sobre la finca, a fin de hacer valer el crédito refaccionario del que goza, habida cuenta las responsabilidades de aquel derecho real y el precio de la finca, en subasta; lo que evidencia, la actuación fraudulenta de los codemandados, personas físicas, al constituir la mercantil, también demandada, con exiguo capital social, a fin de cubrir sus responsabilidades patrimoniales con cobertura de persona jurídica, eludiendo con ello el pago a la misma, que no a la Entidad de crédito que por mor a su garantía real tiene asegurada cuando menos las responsabilidades hipotecarias en subasta. Los codemandados aludidos son los únicos socios de la mercantil demandada, que a eso sólo fin constituyeron, y participan por igual en las acciones suscritas y desembolsadas; y, b), jurídicamente en la infracción de los arts. 6.4, sobre fraude, 7.1, sobre buena fe, y 7.2 sobre abuso de derecho, todos ellos del Código Civil.

Por el Juzgado de 1ª Instancia de Arucas se dictó Sentencia el 24 de julio de 1.995 , en los autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 349/91, en la que se declara: 1. La resolución del contrato de obras con suministro de materiales a que se refiere el hecho primero de la demanda por incumplimiento de la codemandada JADAD S.A. y la extinción del referido contrato; 2. Que la entidad JADAD S.A. es en deber a la actora en la cantidad de veintinueve millones ciento ochenta mil cuatrocientas treinta pesetas con sus intereses, así como los gastos y suplidos que como consecuencia de la guarda y mantenimiento se hayan devengado, a determinar en ejecución de sentencia. 3. Que igualmente la codemandada JADAD, S.A. viene obligada al abono a la actora de los daños y perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia, así como las cantidades retenidas con cargo a las certificaciones abonadas; y condena en consecuencia a la codemandada JADAD S.A. a estar y pasar por esta declaración, declarando la responsabilidad de los codemandados personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, responsabilidad que será solidaria con aquella Entidad, condenándoles a las responsabilidades económicas contenidas en el petitum de la demanda.

La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de julio de 1.998, dictada en el Rollo 153/97, desestima los recursos de apelación respectivamente interpuestos por las representaciones de JADAD, S.A.; Dn. Luis Miguel y Dn. Gabino y confirma la resolución del Juzgado de 1ª Instancia. Con base en la poca distancia cronológica entre la creación de la sociedad y la celebración del contrato; el escaso capital social del ente; que el patrimonio social era exiguo, o casi se puede decir nulo, puesto que se limitaba a la propiedad de los terrenos en que se llevó a cabo la obra discutida, los cuales estaban afectos a una hipoteca de máximo a favor del Banco Hipotecario que finalmente ejecutó; que la única operación real llevada a cabo por la sociedad fue el contrato de obra litigioso; y que no se presentó declaración alguna por ningún tipo de impuestos, con base en todo ello -como se dijo- se aprecia la existencia de fraude de ley, uso abusivo del derecho y mala fe , proscrita en el art. 7 CC y que con la doctrina del levantamiento del **velo** se trata de evitar. A tal fin se argumenta, por un lado, que mediante la ficción de crear una sociedad anónima, los socios de la misma evitan la responsabilidad personal, amparándose como norma de cobertura en el art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas que exime de responsabilidad individual a los socios por deudas sociales, creación societaria que obedeció a una ficción y no a la voluntad de normal desenvolvimiento de una sociedad; y se dice, por otro lado, que la propia carencia aparente de bienes por parte de los socios pone de manifiesto que, al contratar por medio de una sociedad interpuesta, evitaban la posibilidad de adquirir deudas



propias, que a la postre, no podrían pagar; y trasladada la responsabilidad únicamente a la sociedad, que no tenía capital ni patrimonio libre de carga suficiente para responder, llegado el caso de que ésta no pudiera hacer frente a sus deudas (como ha sido el caso), se produce un perjuicio para el tercero que con ella contrató, quedando los socios libres de cualquier responsabilidad personal.

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpusieron dos recursos de casación. El primero, formulado por Dn. Gabino se articula en dos motivos, ambos al amparo del número cuarto del art. 1.692 LEC, en los que denuncia infracción del art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y jurisprudencia que lo interpreta, y de los arts. 6.4 y 7, ambos del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del **velo**, e infracción de los artículos 129 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas. El segundo recurso, interpuesto por Dn. Luis Miguel se estructura también en dos motivos por el causa del nº 4º del art. 1.692, y en ellos se acusa infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al "levantamiento del **velo**" en las sociedades anónimas y del art. 1.253 del Código Civil

SEGUNDO.- En el enunciado del primer motivo del recurso de Dn. Gabino se denuncia la infracción de los arts. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 6.4 y 7 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del **velo**. En el cuerpo del motivo se hacen diversas alegaciones, con un loable esfuerzo de estudio aunque innecesariamente extenso, en orden, entre otras cuestiones y fundamentalmente, a razonar la indebida aplicación de las doctrinas sobre el fraude de ley, abuso del derecho y levantamiento del **velo** y la conculcación del principio de la buena fe.

El motivo debe ser estimado porque no se han dado los comportamientos antijurídicos atribuidos al recurrente.

La contratista de la obra -su representación orgánica- conocía perfectamente las circunstancias económicas y financieras de la entidad mercantil con quien contrataba. Tanto el capital social, como la hipoteca de la finca sobre la que se iba a construir, eran datos que gozaban de la publicidad registral, por lo que no cabe imaginar que haya podido haber engaño de ningún tipo, ni una apariencia de mayor solvencia determinante del contrato. La constructora sabía con quien contrataba, en que condiciones lo hacía y, en suma, la entidad del riesgo asumido, por lo que no puede suscitar "a posteriori" la desproporción entre el capital social y la obra acometida, la que, en ocasiones, puede ser un dato relevante, pero no cuando, a pesar de conocerla, se contrata, porque entonces se está asumiendo la situación.

De los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, -los que no cabe someter a debate porque no se ha formulado la impugnación adecuada mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba con indicación de la norma legal probatoria que haya podido ser ignorada o deficientemente aplicada-, no cabe deducir o extraer un propósito defraudatorio. No resulta razonable considerar que la constitución de una sociedad mercantil con responsabilidad limitada responde a una finalidad defraudatoria o torticera, cuando los que la integran no tienen un patrimonio importante que poner a salvo mediante la instrumentación de aquella limitación societaria de responsabilidad, que en la modalidad de sociedad anónima tiene carácter esencial. No resulta aceptable estimar que al constituirse tal tipo societario, y en concreto la limitación de responsabilidad, se está buscando un resultado prohibido, pues no es ilícito tratar de circunscribir la responsabilidad al importe de la aportación social, con exclusión de la personal por las deudas del ente. Puede ser que los codemandados personas individuales hayan actuado con cierta dosis de imprevisión, inconsciencia e ingenuidad, pero de ello a la mala fe o al fraude hay una gran trecho, tanto más que no existe constancia alguna de que se hayan lucrado en nada, pues no existe información procesalmente valorable sobre el destino que tuvo el total dinerario procedente del préstamo hipotecario.

Por consiguiente, no concurrió, y por ello no cabe apreciar, una situación de fraude de ley o de abuso de derecho -instituciones jurídicas, como dice la Sentencia de 2 de mayo de 1.984, que si bien doctrinalmente y desde el punto de vista de la teoría general del <<ius civile>> son distintas, en la práctica no siempre resulta clara su exacta separación - SS 12 mayo 1.972 y 5 enero 1.977 -, dado que en general su finalidad es idéntica, impedir que los textos de la ley, estimados literalmente, puedan servir para amparar actos o situaciones contrarias a la realización de la Justicia-, ni se incidió en una conducta contraria a la mala fe, ni se aprecia una situación abusiva mediante una instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria que deba traducirse en una sanción para los integrantes de la sociedad, mediante la aplicación de la técnica anglosajona del desentendimiento de la personalidad jurídica autónoma ("disregard of legal entity"), aunque también se habla de levantar la máscara, y sobre todo -y tal frase se ha consagrado en nuestra práctica judicial- de levantar el **velo** ("to lift the veil") de la persona jurídica.

Efectivamente:

La constitución de una sociedad anónima por cinco cotitulares de una parcela para construir en la misma, tratando de financiar la operación inmobiliaria con un préstamo garantizado con una hipoteca sobre el solar -único bien de la sociedad-, lo que era conocido, y en cualquier caso fácilmente conocible por la publicidad



registral, por el contratante de la ejecución de la obra, no supone fraude de ley, porque ni hay, ni se busca un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico. El art. 6.4 del Código Civil establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Como reitera la jurisprudencia, el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley (SS., entre otras, 17 abril 1.997, 3 febrero 1.998, 21 diciembre 2.000). Se caracteriza (SS., entre otras, 4 noviembre 1.994, 23 enero 1.999, 27 mayo 2.001, 13 junio 2.003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada de <<cobertura>>, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada <<eludible o soslayable>>, amén de que ha de perseguir un determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (S. 27 marzo 2.001 y 30 septiembre 2.002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (SS. 17 abril 1.997, 3 febrero 1.998 y otras), pero es preciso que la ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (S. 23 febrero 1.993) y, que la actuación se encamine a la producción del resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (SS. 4 noviembre 1.982 y 30 junio 1.993). La norma del art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, y tal precepto otorga a los mismos una protección total y directa. Para que pudieran ser sancionados sería preciso destruir el hermetismo societario, por responder la constitución de la sociedad a una instrumentación fraudulenta, pero, como ya se adelantó, y como se hará hincapié más adelante, no es ello lo que sucedió en el caso. En suma, en la faceta que se analiza, y en los términos que se expresó la Sentencia de 28 de mayo de 2.002 , "no concurren los requisitos determinantes del fraude de ley ni se aprecia el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, ni se ha tratado de obtener la tutela de una norma que esté dada para un concreto fin, poniendo en juego los medios suficientes para otra distinta y contrapuesta finalidad".

El abuso del derecho se halla regulado en el art. 7.2 del Código Civil , en el que se establece que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, y añade que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización.... La doctrina jurisprudencial exige para su apreciación como elementos esenciales: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo -ausencia de interés legítimo-), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) - Sentencias, entre otras, 21 diciembre 2.000, 16 mayo y 12 julio 2.001, 2 julio 2.002, 13 junio 2.003 , entre otras-; sin que quepa invocar la sanción cuando el exceso pernicioso en el ejercicio del derecho esté garantizada por precepto legal - Sentencia 2 julio 2.002, que cita 28 abril 1.976 y 14 julio 1.992 -. Para la apreciación concreta del abuso del derecho es precisa una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas y subjetivas [antes expuestas] (SS. 3 noviembre 1.990, 30 mayo 1.998, 18 julio 2.000, 28 junio y 12 julio 2.001, 28 mayo y 2 julio 2.002). La fijación de las circunstancias en su aspecto fáctico corresponde a la función soberana del juzgador de instancia, sólo verificable en casación por la vía del error en la valoración probatoria, en tanto la determinación de la significación jurídica, sobre la base de los datos fácticos fijados, es revisable en casación, porque el abuso del derecho es un concepto jurídico indeterminado -concepto válvula- que integra la "questio iuris". Y en esta segunda tarea, porque las apreciaciones fácticas de la sentencia de instancia han devenido incólumes en casación y resultan vinculantes para este Tribunal, debe decirse que no se aprecia la existencia del abuso de derecho, el cual, en absoluto se revela de los datos de hecho tomados en consideración por la resolución recurrida. La actuación de los codemandados personas físicas puede merecer diversas apreciaciones críticas -negativa-, pero en absoluto cabe entender que actuaron con una anormalidad en el ejercicio del derecho y con la evidente intención de dañar o perjudicar a otros, o con ausencia de un interés legítimo.

Por otro lado, y sobre todo teniendo en cuenta lo que se ha repetido acerca del conocimiento de la situación por la entidad contratista, tampoco cabe entender que fue afectado el principio de la buena fe (ex. art. 7.1 CC), en la perspectiva de haberse suscitado una confianza, o apariencia de solvencia, posteriormente defraudada.

Por último, en relación con la técnica del levantamiento del **velo**, debe resaltarse que supone un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso. Como se ha reiterado en nuestra mejor doctrina, y en la extranjera, se pretende tan sólo que la forma de la sociedad anónima. -[lo que también es aplicable a la de responsabilidad limitada] no siga siendo [sea] un asilo intangible ante el que haya de detenerse la eficacia de los principios fundamentales del Derecho, de los de la buena fe,



simulación, abuso del derecho y fraude, pues la persona jurídica no está para chocar con los fundamentos del respectivo ordenamiento social y económico. Se destaca la idea de que si bien es cierto que el respeto a la forma externa y a la confianza que ella produce no conviene que sea quebrantada [lo exige la seguridad jurídica], sin embargo ello se puede predicar a favor de la generalidad, pero nunca en beneficio de quienes la utilizan para fines extraños o contrarios a los que justifican la figura misma de la sociedad anónima. La conclusión que se extrae es que el hermetismo de la persona jurídica no tiene carácter absoluto, pero la seguridad jurídica y la pluralidad de intereses que están en juego exigen, que, ante una cuestión tan delicada, se proceda con cautela y caso por caso, y así se ha pronunciado esta Sala -que ha dicho que la aplicación exige moderación, S. 12 febrero 1.999, y que se requiere probar el ánimo y actuar defraudatorio, SS. 12 junio 1.995, 12 febrero 1.999 -. Las hipótesis en que se puede apreciar el abuso fraudulento de la personalidad jurídica de los entes societarios son numerosas, y la jurisprudencia (que es muy abundante en la materia -entre las Sentencias dictadas en los últimos años cabe citar las de 11 y 17 octubre y 22 noviembre 2.000; 5 y 7 abril; 8 mayo, 25 junio, 21 septiembre, 16, 25 y 31 octubre y 12 noviembre 2.001; 24 y 25 junio, 10 y 17 julio, 11 noviembre y 17 diciembre 2.002; 22 y 25 abril, 19 mayo, 11 julio, 13 noviembre y 30 diciembre 2.003; 14 abril, 20 mayo, 3 y 24 junio, 14 julio y 16 septiembre 2.004 -), ha aludido, o contemplado, según las diversas situaciones presentadas, la creación artificial o mera apariencia para obtener un resultado contrario a derecho; ente totalmente ficticio o pura ficción; inconsistencia de la persona jurídica; instrumentación; desdoblamiento de una persona en dos sociedades; personalidad jurídica meramente formal; confusión de personalidades, o de patrimonios; sustancial confusión e identidad; etc., pero en todo caso ha requerido la existencia de datos claros - significativos- que demuestren la actuación fraudulenta. Y estos no concurren en el caso por las razones que ya se expusieron, sin que en modo alguno quepa deducir dicha actuación de la circunstancia de que en un momento dado la sociedad quedó sin medios económicos para pagar a un acreedor, ni siquiera en el hecho de haber emprendido una obra importante con un capital exiguo, cuando, como se dijo, las condiciones económicas del ente societario eran plenamente conocidas, o debían serlo, por la contratista de la obra, ni, por lo demás, tampoco consta que los cinco socios constituyentes de JADAD, S.A. pretendieran sustraer a las resultancias de la operación inmobiliaria más patrimonio que el proveniente de su condición de empleados y que constituye el medio normal de subsistencia propio y de sus familias.

TERCERO.- El acogimiento del primer motivo hace innecesario el estudio del segundo en el que se denuncia infracción de los arts. 129 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas . Sin embargo resulta oportuno decir brevemente que en la demanda no se ejerció acción alguna en relación con la actuación de los administradores de JADAD, S.A., sino que se demandó sólo a los socios como tales; y, por otro lado, la sentencia recurrida no aplica ni siquiera menciona dichos artículos, y por consiguiente no pudo aplicarlos indebidamente o efectuar una interpretación incorrecta, y como, además, no eran de observancia en el caso -ajenidad a la cuestión debatida-, dichos preceptos del enunciado no pudieron ser conculcados por falta de aplicación.

CUARTO.- En el primer motivo del recurso de Dn. Luis Miguel se invoca la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al "levantamiento del **velo**" en las sociedades. En el cuerpo del motivo se expone que dicha doctrina supone una medida de aplicación excepcional que se debe aplicar de modo prudencial como "ultima ratio", y exige la apreciación de una mal uso de la personalidad de la sociedad, es decir, mala fe y abuso de derecho y que las actuaciones de dicha sociedad deben realizarse con la finalidad de producir perjuicio a terceros. Y seguidamente se hace un examen de los hechos en que la resolución recurrida basa la doctrina, para concluir que no existe -a juicio de la recurrente- en tales hechos por si mismos la concurrencia de los requisitos que exige la jurisprudencia para la aplicación de la misma.

El motivo se estima porque la situación del recurrente es similar a la del recurrente anterior, por lo que es de aplicación mutatis mutandis lo dicho en el fundamento precedente en relación con la doctrina mencionada.

La estimación del motivo hace innecesario el examen del segundo, en el que se acusa infracción del art. 1.253 CC ; aunque también resulta oportuno decir con la máxima brevedad que mal se pudo infringir el precepto de que se trata, porque se refiere a las presunciones de hecho, y el tribunal no hizo uso de ellas, sin que quepa confundir dicha operación intelectual de actividad probatoria con las deducciones extraída de los medios de prueba practicados.

QUINTO.- El acogimiento de los motivos antes expuestos conlleva la estimación de los recursos de casación de Dn. Gabino y de Dn. Luis Miguel y que se deje sin efecto la declaración de responsabilidad y condena de los mismos, a cuyo fin se declara la anulación de la Sentencia recurrida en cuanto a tal particular y se revoca en la misma medida la del Juzgado de 1ª Instancia, de conformidad con lo establecido en el art. 1.715.1, 3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , todo ello sin hacer pronunciamiento en las costas de las instancias por aplicación del inciso final del párrafo primero del art. 523 LEC en relación con la apariencia de razonabilidad del planteamiento de la demanda y del párrafo segundo del art. 710 del mismo Texto Legal , y debiendo pagar cada uno las suyas respecto de las de la casación (art. 1.715.2 LEC). Por otra parte debe declararse la aplicación



del efecto extensivo del recurso a los tres codemandados personas físicas no recurrentes Dn. Emilio , Dn. Luis Angel y Dn. Rodrigo , en virtud del que se extiende a los mismos, y en iguales términos que a los anteriores, la exoneración de responsabilidad con la consiguiente absolución de la demanda, y todo ello por existir una comunidad de actuación con igual situación sustantiva y procesal y operar la fuerza expansiva de la solidaridad y exigirlo las más elementales reglas de la lógica, todo ello de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial en la que caben señalar las Sentencias de 17 de octubre de 1.924, 26 de abril de 1.951, 29 de septiembre de 1.966, 17 de julio de 1.984, 9 de junio de 1.988, 3 de marzo de 1.990, 15 de noviembre y 2 de diciembre de 1.994, 27 de mayo y 13 de junio de 1.977, 21 de noviembre y 29 de diciembre de 2.000, 20 de julio de 2.001, 29 de mayo de 2.002, y 1 de septiembre y 5 de noviembre de 2.004, entre otras .

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

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Procurador Dn. Saturnino Estévez Rodríguez en representación procesal de Dn. Gabino y Dn. Constantino Calvo-Villamañán Ruiz en representación procesal, según designación del turno de oficio, de Dn. Luis Miguel contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de julio de 1.998, recaída en el Rollo nº 153 de 1.997 , la cual casamos y anulamos, y en la misma medida revocamos la del Juzgado de 1ª Instancia de Aruca de 24 de julio de 1.995 dictada en los autos de juicio de menor cuantía nº 349 de 1.991, en el sentido de dejar sin efecto la declaración de responsabilidad y condena de los codemandados personas físicas Dn. Gabino , Dn. Constantino Calvo-Villamañán Ruiz, Dn. Emilio , Dn. Luis Angel y Dn. Rodrigo , estos tres últimos por aplicación del efecto extensivo de los otros recursos. Se mantienen los pronunciamientos de la Sentencia recurrida en cuanto a la codemandada persona jurídica JADAD, S.A. No se hace pronunciamiento en las costas causadas en las instancias en cuanto a los codemandados absueltos, y cada parte debe pagar las suyas en lo que atañe a las de los recursos de casación. Devuélvase el depósito al recurrente Dn. Gabino . 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 .- ROMAN GARCIA VARELA.- JESUS CORBAL FERNANDEZ.- CLEMENTE AUGER LIÑAN.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, 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.