



Roj: STS 1839/2009 - ECLI:ES:TS:2009:1839  
Id Cendoj: 28079110012009100232

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 163/2004

Nº de Resolución: 243/2009

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Abril de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía número 252/2000, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Jerez de la Frontera, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Cádiz Sección Octava por la representación procesal de Automáticos Orenes S.L. y por la representación procesal de D. Romualdo y Recreativos Arenal S.L.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La Procuradora Doña Eloisa Fontán Orellana, en nombre y representación de Automáticos Orenes S.L. interpuso demanda de juicio de Menor Cuantía, contra Mercantil Arenal S.L., contra su Administrador único D. Romualdo y contra la Mercantil Music Hall S.L y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se condene a los demandados solidariamente: A) A cesar en los actos de concurrencia prohibidos en el contenido de compraventa, ordenándose por el Juzgado que se retiren las máquinas que por parte de Music Hall S.L, se están explotando en los locales a que se refiere esta demanda. B) A abonar a mi representada Automáticos Orense S.L la cantidad de 4.000.000 (Cuatro millones ) de pesetas por cada una de las máquinas respecto a las que se han violado el pacto de no concurrencia, como quiera que ello ha tenido lugar respecto a 12 (doce) máquinas, los demandados deben ser condenados a abonar a mi representada la cantidad de 48.000.000 (cuarenta y ocho millones) de pesetas. C) Con abono de las costas y gastos que se derivan del presente litigio.

**2.-** La Procuradora Doña Leticia Calderón Noval, en nombre y representación de D. Romualdo , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que estimando las citadas excepciones o entrando en el fondo del asunto, declare no haber lugar a la demanda, condenando a la demandante a estar y pasar por esta declaración e imponiéndole las costas del juicio.

La Procuradora Doña Leticia Calderón Noval, en nombre y representación de Music Hall S.L contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, estimando las citadas excepciones o entrando en el fondo del asunto, declare no haber lugar a la demanda, condenando a la demandante a estar y pasar por esta declaración e imponiéndole las costas del juicio.

La Procuradora Doña Leticia Calderón Noval, en nombre y representación de Recreativos Arenal S.L. contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que ,estimando las citadas excepciones o entrando en el fondo del asunto, declare no haber lugar a la demanda , condenando a la demandante a estar y pasar por esta declaración e imponiéndole las costas del juicio.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Jerez de la Frontera, dictó sentencia con fecha 18 de febrero de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que

debo desestimar la demanda formulada por la Procuradora Doña Eloisa Fontan Orellana en nombre y representación de Automáticos Orenes S.L. contra Recreativos Arenal S.L., Don Romualdo y Music Hall S.L., con expresa imposición a la entidad de las costas procesales causadas.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Automáticos Orenes S:L., la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia con fecha uno de septiembre de 2003, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Recreativos Orenes S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Jerez de la Frontera, de fecha 18-2-2003 y debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución al proceder absolver a la Entidad Music Holl S.L. de la pretensión actora, con imposición de las costas causadas en la Primera Instancia a la entidad actora y debemos condenar y condenamos a Recreativos S.L. y a Don Romualdo a que solidariamente indemnicen a la entidad apelante en la cantidad de 48 millones de pesetas, más los intereses legales, con condena en la mitad de las costas en primera instancia siendo de cargo de la entidad apelante la otra mitad y sin costas en esta alzada.*

*Por auto de 13 de septiembre de 2003 se dictó auto aclarando la sentencia cuya parte dispositiva dice: Se aclara el fallo de la sentencia dictada en las presentes actuaciones en el sentido de imponer a la entidad apelante Automáticos Orenes, S.L. el pago de las costas causadas en la Primera instancia por la demandada Music Holl, S.L. mientras que los otros, demandados y apelados en esta alzada, Recreativos Arenal, S.L. y Don Romualdo deben pagar las costas causadas por la demandante-apelante Automáticos Orenes, S.L. en la Primera Instancia.*

**TERCERO .- 1.-** Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de Don Romualdo y de la Compañía Mercantil Española Recreativos Arenal, Sociedad Limitada con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable .Infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del principio de congruencia, así como de la Doctrina Jurisprudencial que los interpreta y desarrolla; en concreto, inobservancia de la Doctrina sentada en las sentencias del Excmo.Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de diciembre de 1986 y 14 de octubre de 1987 . **SEGUNDO.-** Infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable infracción del artículo 133.1 de la Ley de sociedades anónimas así como del artículo 7 del código civil y de la Doctrina Jurisprudencial que los interpreta y desarrolla; en concreto inobservancia de la Doctrina sentada en las sentencias del Excmo Tribunal Supremo de Justicia de fecha entre otras 21 de mayo de 1985, 15 de diciembre de 1999 y 28 de junio de 2000

En cuanto al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Recreativos Arenal S.A, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO .-** Infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable. Se cita el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el principio de congruencia, así como de la Doctrina Jurisprudencia que los interpreta y desarrolla, con inobservancia de la Doctrina sentada en las sentencias del Excmo.Tribunal Supremo de fecha 12 de diciembre de 1986, 14 de julio de 1984, 31 de octubre de 1989 y 14 de octubre de 1987 . **SEGUNDO.-** Infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, en concreto, infracción por inaplicabilidad del artículo 7 del Código Civil, inaplicabilidad que, además de por sí, resulta de la reconocida inaplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo jurídico. Infracción además del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha doce de febrero de 2008, se acordó

No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Romualdo y Recreativos Arenal. S.L. contra la sentencia dictada con fecha 1 de septiembre de 2003 por la Audiencia Provincial de Cádiz /Sección Octava) .

Admitir el recurso de casación interpuesto por Automáticos Orenes S.L. contra la referida sentencia y dar traslado a la parte para que formalizen su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de marzo del 2009, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El único motivo del recurso de casación se dirige a combatir el pronunciamiento absolutorio de uno de los codemandados, MUSIC HOLL SL, con cita de los artículos 7.1 (Principio de buena fe); 6.4

(Prohibición de fraude) y 7.2 (Abuso de derecho), en relación todos ellos con los artículos 1101 o 1902, del Código Civil . Los hechos son los siguientes: Recreativos Arenal SL vende a Automáticos Orenes SL, ochenta y tres máquinas recreativas del Tipo B, incluyendo en el contrato una cláusula según la cual "en cuanto forma parte intrínseca del objeto del presente contrato el mantenimiento de la explotación, el vendedor se comprometa a no concurrir en el futuro con el comprador en aquellos establecimientos donde en la actualidad se encuentren instaladas las máquinas recreativas. El incumplimiento de esta cláusula dará lugar a indemnizar al comprador en concepto de daños y perjuicios por un importe de cuatro millones de pesetas por cada máquina recreativa a la que afectare. La sentencia declara probado que la vendedora incumplió el contrato "habiéndose instalado en su lugar máquinas que pertenecen a la entidad MUSIC HOLL SL, por lo que el hecho dañoso se ha producido, condenándola, junto con el Administrador de la Sociedad, Don Romualdo , a que paguen a Automáticos Orenes SL cuarenta y ocho millones de pesetas, con absolución de MUSIC HOLL de la demanda formulada por dicha entidad, recurrente en casación.

Ambas sociedades -dice la sentencia- tienen el mismo objeto social y comparten domicilio y Administrador, complementándose y guardando una especial relación, aunque tengan patrimonios distintos, no descartando " *de forma categórica que no existan al menos en parte socios comunes a ambas empresas* ". Es también hecho probado que " *la entidad RECREATIVOS de forma indirecta interpuso, o mejor se valió de la entidad MUSIC HOLL como medio de impedir que continuara la entidad apelante con la explotación de las máquinas, actuando con mala fe y abuso del derecho, pues el administrador de la misma conocía que con ello se incumplía el contrato y se causaba un perjuicio, lo que logró mediante la utilización de la otra sociedad...* ".

Con estos datos, entiende que MUSIC HOLL no tenía obligación ni relación jurídica alguna con Automáticos Orenes " *por lo que ninguna responsabilidad contractual ha incumplido y por ende ninguna condena procede para la misma que se ha limitado a servir de instrumento para conseguir lo que estaba vedado a la entidad RECREATIVOS por el contrato* "; entidad a la que imputa haber actuado " *con abuso de derecho y fraude de ley, de conformidad con lo establecido en el art. 7 del CC* ".

**SEGUNDO.-** La vinculación entre una y otra entidad es un hecho que no solo no se discute, sino del que la sentencia sitúa a MUSIC HOLL como sociedad instrumental para causar el daño que impidió a la entidad recurrente la instalación de las máquinas, y función del Juzgador era "levantar el velo jurídico" para evitar que bajo la mera apariencia, el formalismo o la ficción, se produjera, lo que se produjo, es decir, un claro y evidente abuso del derecho y consumación de un fraude, con grave perjuicio de los intereses legítimos de la compradora, protegidos por la buena fe que ha de informar la contratación , y que imposibilitaron el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas en cuanto a la no concurrencia. Y es evidente que el ordenamiento jurídico no permite que estimada la existencia de una vinculación esencial y determinante entre ambas sociedades, se condene a una de ellas y al administrador de ambas por fraude, abuso y mala fe y deje al margen de una condena a la sociedad que sirve de instrumento para cometer el fraude, lo que en otro orden jurisdiccional hubiera tenido una respuesta inmediata y menos compleja que la que se maneja en esta vía cuando se utiliza la forma societaria de forma desviada y fraudulenta. Entender otra cosa sería un fraude de ley y causaría un evidente perjuicio al tercero, recurrente, lo que iría contra los preceptos que se invocan en el motivo y la doctrina del levantamiento del velo, que pretende evitarlo, que ha sido mantenida reiteradamente por la Jurisprudencia de esta Sala; doctrina que, como recuerda la STS de 19 de septiembre de 2007 , constituye un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían "terceros " -los socios o la sociedad- en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento. Como dice la sentencia de 28 de enero de 2005 , 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.

**TERCERO.-** La estimación recurso conlleva la casación de la sentencia dictada por la Audiencia y consiguiente condena de la entidad MUSIC HOLL a indemnizar a la actora, junto con los otros dos codemandados, la cifra de cuarenta y ocho millones de pesetas, con más los intereses legales correspondientes. En cuanto a costas, se condena a dicho demandado al pago de las causadas en la 1ª Instancia, no haciendo especial pronunciamiento de las del recurso de apelación y casación; todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la LEC .



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

## FALLAMOS

Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Eloisa Fontan Orellana, en la representación procesal que acredita de la entidad Automáticos Orenes SL, contra la Sentencia dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, la que casamos. En su lugar, con revocación parcial de la misma, condenamos a la entidad MUSIC HOLL a indemnizar a la actora, junto con los otros dos codemandados, la cifra de cuarenta y ocho millones de pesetas, con más los intereses legales correspondientes. Se mantienen los demás pronunciamientos de la misma, condenando a dicho demandado al pago de las costas causadas en la 1ª Instancia, no haciendo especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en apelación y en este recurso.

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 Ríos .- Román García Varela.- Francisco Marín Castán .- José Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montés Penadés.- Encarnación Roca Trías .- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana** , 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDO