



Roj: STS 433/2013
Id Cendoj: 28079110012013100043
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1573/2010
Nº de Resolución: 796/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Enero de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián.

El recurso fue interpuesto por Don Jesús Carlos , representado por el procurador Don Rafael Gamarra Megias.

Es parte recurrida las entidades GRV Grupo Ramón Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios S.L, Ramón Vizcaino Internaciones S.A. y Ramón Vizcaino Refrigeración S.A., representadas por la procuradora D.ª Teresa Castro Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El Procurador Don Pablo Jiménez Gómez, en nombre y representación de Don Jesús Carlos , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián, contra las entidades "Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.", "GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios S.L." y "Ramón Vizcaino Internacional S.A.", para que se dictase sentencia:

"estimando en todas sus partes y condenando solidariamente a los demandados a pagar la cantidad arriba indicada (4.847.047 euros), más intereses y costas."

2. El Procurador Don Juan Carlos Fernández Sánchez, en representación de las entidades "Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.", "GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios S.L." y "Ramón Vizcaino Internacional S.A.", contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la cual:

1.- Proceda a desestimar la demanda respecto de todas las demandadas:

1.1.- Por concurrir la excepción de falta de legitimación activa opuesta por esta parte con fundamento en la nulidad de pleno derecho del título que sustenta la legitimación activa del demandante (contrato de cesión).

1.2.- Por concurrir la excepción de falta de legitimación activa opuesta por esta parte con fundamento en la ineficacia del título que sustenta la demanda (contrato de cesión) por tratarse de una cesión de contrato que precisa del consentimiento de la parte cedida para ser eficaz.

1.3.- Por concurrir la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandada la obligada principal al cumplimiento de la obligación, RAMÓN VIZCAÍNO, S.A., actualmente TECFRINDUS, S.A. EN LIQUIDACIÓN y, en su consecuencia, las excepciones de falta de acción, inadecuación de procedimiento y falta de competencia funcional, por corresponder su conocimiento al Juez de la quiebra.

2.- Subsidiariamente y para el caso de desestimarse las anteriores excepciones, proceda a desestimar la demanda respecto de todas las demandadas: porque tanto el artículo 255.3 TRLSA como el artículo 259

TRLSA carecen de aplicación al caso, al no haberse producido la desaparición de la sociedad escindida, ni haberse transmitido la presunta obligación a consecuencia de la escisión.

3.- Subsidiariamente, para el supuesto de desestimarse las anteriores excepciones y estimar aplicable al caso por analogía cualquiera de ambos preceptos, proceda igualmente a desestimar la demanda respecto de todas las demandadas:

3.1.- Por no concurrir los requisitos necesarios para la aplicación analógica del artículo 255.3 TRLSA en relación con ninguna de las sociedades demandadas, al no haber desaparecido la sociedad escindida como consecuencia de la escisión.

3.2.- Por no concurrir los requisitos necesarios para la aplicación analógica del artículo 259 TRLSA en relación con GRUPO VIZCAÍNO DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS, S.L. y RAMÓN VIZCAÍNO INTERNACIONAL, S.A., por carecer de la condición de sociedades beneficiarias de la escisión (falta de legitimación pasiva).

3.3.- Por no concurrir tampoco los requisitos necesarios para la aplicación analógica del artículo 259 TRLSA en relación con RAMÓN VIZCAÍNO REFRIGERACIÓN, S.A., toda vez que en tal supuesto su hipotética responsabilidad como garante legal estaría condicionada al previo incumplimiento del obligado principal, RAMÓN VIZCAÍNO, S.A., actualmente TECFRINDUS, S.A. EN LIQUIDACIÓN y sería subsidiaria respecto de ésta, además de estar limitada a la cuantía máxima de 600.000 euros, para cuyo cómputo habrán de tenerse en cuenta así mismo los pagos a los que dicha sociedad haya de hacer frente en cumplimiento del Convenio suscrito con los acreedores de la segunda.

4.- Y subsidiariamente, para el supuesto de desestimarse las anteriores excepciones y considerarse que, como consecuencia de la escisión, se produjo la transmisión de los presuntos contratos, así como de los derechos y obligaciones recíprocos a ellos incorporados, en beneficio de RAMÓN VIZCAÍNO REFRIGERACIÓN, S.A.; y/o cualquier otra circunstancia determinante de la hipotética responsabilidad de cualquiera de las demandadas ex artículo 259 TRLSA ; y/o en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo:

4.1.- Declare la inexigibilidad de cualquier obligación de pago en materia de intereses, por tratarse de un crédito litigioso para cuya determinación resultaba imprescindible acudir a un proceso judicial.

4.2.- Declare la existencia de un crédito compensable favorable a RAMÓN VIZCAÍNO REFRIGERACIÓN, S.A. por importe de 22.630.500 DM, derivado del desistimiento unilateral de los contratos por la parte compradora y, en su consecuencia, la existencia de un saldo favorable a la misma por importe de 13.150.500 DM, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos formulados en su contra.

4.3.- Subsidiariamente y para el caso de estimar que los contratos que se dicen suscritos por TECFRINDUS, S.A. EN LIQUIDACIÓN estaban sujetos a condición resolutoria:

4.3.1.- Declare no haber lugar a la resolución de los contratos al no haberse ejercitado en la demanda la acción resolutoria, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos formulados en su contra.

4.3.2.- Subsidiariamente, para el caso de que se considere que la demanda lleva implícito el ejercicio de la acción resolutoria: declare no haber lugar a estimar la acción resolutoria por prescripción de la acción resolutoria y por no concurrir el supuesto que daba lugar a la aplicación de dicha condición resolutoria, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos formulados en su contra.

4.3.3.- Subsidiariamente, para el caso de que se considere que concurren los requisitos para estimar la acción resolutoria, declare que, como consecuencia de la recíproca restitución de prestaciones derivada de su estimación, ha de declararse así mismo la existencia de un crédito compensable favorable a RAMÓN VIZCAÍNO REFRIGERACIÓN, S.A. por importe de 9.630.000 DM y, en su consecuencia, la existencia de un saldo favorable a la misma por importe de 150.000 DM, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos formulados en su contra.

Todo ello con los pronunciamientos que correspondan en materia de costas."

3. La representación procesal de Don Jesús Carlos , contestó a la excepción de compensación alegada por la representación de la parte demandada en los apartados 4.2 y 4.3.3 del suplico de su contestación, y suplicó al Juzgado:

"que desestimara todos los pedimentos, condenándole en costas."

El procurador Don Pablo Jiménez Gómez, en representación de D. Jesús Carlos , contestó a la excepción de nulidad del contrato de cesión del crédito alegada por la representación de la parte demandada en los apartados 1.1 y 1.2 del suplico de su contestación, y suplicó al Juzgado:

"que desestimara todos los pedimentos, condenándole en costas."

4. El Juez de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián dictó Sentencia de fecha 5 de octubre de 2009 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Jiménez, en representación de D. Jesús Carlos , contra Ramón Vizcaino Refrigeración S.A., GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios S.L. y Ramón Vizcaino Internacional S.A., debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones frente a ellas dirigidas. Se imponen las costas del procedimiento a la parte actora."

Tramitación en segunda instancia

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Don Jesús Carlos .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 3ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián, mediante Sentencia de 6 de julio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús Carlos contra la sentencia de 5 de octubre de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Donostia-San Sebastián en el Juicio Ordinario número 670/2008 y, en consecuencia, confirmamos en su integridad la sentencia apelada."

Procede la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en la alzada."

Interposición y tramitación del recurso de casación

6. El procurador Don Pablo Jiménez Gómez, en representación de Don Jesús Carlos , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de San Sebastián, sección 3ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 253.1 y 259 de la Ley de Sociedades Anónimas ; art. 97.4 de la Ley 43/1995 , en la versión original; de la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 UE, en cuanto escisión parcial y sus consecuencias y la definición de los conceptos de escisión parcial y rama de actividad, en su artículo 2.b) bis y art. 2.i).

2º) Infracción de los arts. 1115 , 1116 y 1117 del Código Civil y arts. 1123 y 1303 del Código Civil ; Infracción del Plan General de Contabilidad: RD 643/1990 de 20 de diciembre; del art. 34 del Código de Comercio ; art. 172 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes.

3º) Infracción de los arts. 6.4 , 7.1 y 7.2 del Código Civil y doctrina del Tribunal Supremo sobre el levantamiento del velo.

4º) Infracción del art. 218 de la LEC ."

7. Por Diligencia de Ordenación de 14 de septiembre de 2010, la Audiencia Provincial de San Sebastián, sección 3ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Don Jesús Carlos , representada por el procurador Don Rafael Gamarra Megias; y como parte recurrida las entidades GRV Grupo Ramón Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios S.L, Ramón Vizcaino Internaciones S.A. y Ramón Vizcaino Refrigeración S.A., representadas por la procuradora D.ª Teresa Castro Rodríguez.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 5 de abril de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Carlos contra la Sentencia dictada, con fecha 6 de julio de 2010 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Tercera), en el rollo de apelación nº 3483/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 670/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián, respecto a las infracciones alegadas en el motivo cuarto del escrito de interposición."

2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Carlos , contra la Sentencia dictada, con fecha 6 de julio de 2010 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Tercera), en el rollo de apelación nº 3483/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 670/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián, respecto a las infracciones alegadas en los motivos primero, segundo y tercero del escrito de interposición.

10. Dado traslado, la representación procesal de las entidades GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L. y otras, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de diciembre de 2012, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Los hechos más relevantes para resolver el presente recurso de casación, declarados probados en la instancia, son:

a) Nacimiento del crédito que se reclama y su adquisición por el actor

i) El 25 de marzo de 1991, la sociedad **Ramón Vizcaino, S.A.** firmó con la sociedad South Bohemian Meat A.S. (en adelante, **SBM**) dos contratos de ejecución de obra "llave en mano" para la construcción de dos mataderos y almacenes frigoríficos en Planá Nad Luznicí (CS-E-02-91-PL) y Ceske Budejovice (CS-02-91-CB), ambos en la República de Chequia.

El perfeccionamiento de estos dos contratos quedó supeditado al cumplimiento de tres condiciones: la firma del contrato, que se cumplió el reseñado día 25 de marzo de 1991; el pago del 5% del precio convenido que, como veremos, se cumplió el 24 de junio de 1991; y la obtención de un crédito al comprador para el pago del resto del precio. Esta última condición no llegó a cumplirse.

ii) El 24 de junio de 1991, **SBM** pagó a **Ramón Vizcaino, S.A.** 2.332.500 DEM (el 5% del precio de la obra correspondiente al contrato CS-02-91-CB) y 2.482.500 DEM (el 5% del precio de la obra correspondiente al contrato CS-E-02-91-PL).

El 6 de noviembre de 1991, **SBM** pagó a **Ramón Vizcaino, S.A.** 4.665.000 DEM (el 10% del precio de la obra correspondiente al contrato CS-02-91-CB).

En total, **Ramón Vizcaino, S.A.** cobró de **SBM** la suma de 9.480.000 DEM, que son 4.847.047 euros.

iii) El crédito que **SBM** tenía para la devolución de las cantidades entregadas como anticipo del precio del contrato de obra que no llegó a perfeccionarse, fue cedido el día 3 de marzo de 1998 a Jesús Carlos .

b) Operaciones societarias en relación con la sociedad **Ramón Vizcaino, S.A.**

i) Entre los años 1997 y 1998, la sociedad **Ramón Vizcaino, S.A.** se escindió parcialmente y generó una nueva sociedad beneficiaria denominada inicialmente **Internacional de Refrigeración RV, S.A.** (luego pasaría a denominarse **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**).

En el proyecto de escisión, no es objeto de designación ni reparto el crédito de **BSM** por la devolución de las cantidades entregadas como anticipo.

En la sesión del Consejo de Administración de **Ramón Vizcaino, S.A.** celebrada el 26 de noviembre, se dejó constancia de que "la escisión (...) se debe a la necesidad de organizar, de una manera autónoma, el tratamiento de su cartera de pedidos internacionales y otros grandes contratos (...), el desarrollo de la actividad internacional de la empresa que constituye por sí misma una unidad económica empresarial".

Y en el proyecto de escisión, en sus consideraciones generales, se manifiesta que "la decisión de realizar una escisión de la empresa **Ramón Vizcaino, S.A.** se debe a la necesidad de canalizar de una forma autónoma el tratamiento de la cartera internacional y grandes contratos. El desarrollo de la actividad internacional constituye una unidad económica empresarial cuya comercialización y gestión se desarrolla de una forma autónoma (...)" .

ii) La sociedad matriz **Ramón Vizcaino, S.A.** cambió su denominación por **Tecfrindus, S.A.** y constituyó otra sociedad denominada **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.** , en ese mismo año 1997.

iii) En 1999, la sociedad matriz **Tecfrindus, S.A.** fue declarada en quiebra.

iv) En el año 2003, la sociedad beneficiaria **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.** compró las acciones de **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.** , y se escindió parcialmente, creando la sociedad **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** , a la que transmitió las acciones de **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.**

iv) Luego, **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** compró el 91,04% del capital social de **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**

2. El Sr. Jesús Carlos , cesionario del crédito de BSM frente a **Ramón Vizcaino, S.A.** por la devolución del anticipo del precio de los dos contratos de obra que no llegaron a perfeccionarse (4.847.047 euros), reclama este crédito frente a las sociedades **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.** , **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** y **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.** El actor fundamenta la responsabilidad de las sociedades demandadas, en primer lugar, en su condición de beneficiarias de la escisión parcial de la sociedad deudora originaria (art. 259 TRLSA) y como consecuencia del levantamiento del velo, que solicita por entender que las operaciones societarias descritas fueron realizadas para defraudar el derecho de crédito de BSM, que le había sido reclamado el año 1996.

3. La sentencia de primera instancia reconoció legitimación activa al Sr. Jesús Carlos para la reclamación del crédito que originariamente correspondía a BSM, en virtud de la reseñada cesión de crédito, cuya validez fue reconocida.

Después, analizó la legitimación pasiva de las tres sociedades demandadas y concluyó que **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.** (antigua **Internacional de Refrigeración RV, S.A.**) no había asumido la obligación cuyo cumplimiento reclama el actor, de acuerdo lo prescrito en el art. 255.1.a) TRLSA , pues este crédito aparecía incluido entre los elementos del pasivo transmitido. La sentencia entiende que para que proceda la aplicación del art. 259 TRLSA , es necesario que la sociedad beneficiaria de la escisión parcial hubiera asumido la obligación de la sociedad escindida. De esta manera, rechazó la pretensión de que respondieran de este crédito no sólo **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**, sino también las otras dos demandadas, **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** y **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.**

Finalmente, la sentencia de primera instancia desestima la pretensión de levantamiento del velo. Primero recuerda que "la mera existencia de un proceso de escisión, la constitución de nuevas sociedades mediante aportaciones patrimoniales de una sociedad ya existente, la mera coincidencia del accionariado o de los órganos de administración de varias sociedades, o la actuación en el tráfico de diversas sociedades que forman parte de un grupo empresarial, manteniendo cada una de ellas frente a los demás una independencia en las relaciones jurídicas establecidas, no son datos por sí sólo constitutivos de fraude de ley o abuso de derecho". Y, a continuación, añade que "en este caso concreto no se aprecian circunstancias que indiquen que la utilización en el tráfico de diversas sociedades con objeto social y accionariado coincidente suponga una actuación en fraude de ley o un abuso de derecho que aconseje considerar, como la actora pretende, que todas las sociedades demandadas son una sola sociedad, junto con la actual Tecfrindus, S.A. en liquidación", para hacerlas responsables de las deudas de esta última.

4. La sentencia dictada en apelación desestima el recurso de apelación, en primer lugar, porque entiende que la prueba practicada muestra cómo en los anexos del balance de escisión y los que describen los elementos patrimoniales del activo y del pasivo que se transmitían a la beneficiaria con la escisión parcial de **Ramón Vizcaino, S.A.** , no aparece el crédito que reclama el actor. La Audiencia argumenta que no se transmitieron la totalidad de los activos y pasivos de la matriz, sino sólo los enumerados en el proyecto de escisión, entre los que no se encontraba el crédito ahora reclamado. Por eso no resultaba de aplicación el art. 259 TRLSA , pues la sociedad beneficiaria no asumió esta obligación. Tampoco puede aplicarse el art. 255.3 TRLSA , porque la escisión no dio lugar a la extinción de la sociedad que se escindía.

La Audiencia también rechaza la pretensión de levantamiento del velo al no apreciar ninguna conducta fraudulenta que lo justifique.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el actor, Sr. Jesús Carlos . De los cuatro motivos del recurso sólo se admitieron los tres primeros.

El primer motivo denuncia la infracción de los arts 253.1 y 259 TRLSA , del art. 97.4 Ley 43/1995 , y de la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 (arts. 2 B bis y 2 i), así como de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de esta Sala de 12 de enero de 2006 , 27 de enero de 2006 , 30 de enero de

2006 y 5 de julio de 2006 . El recurso argumenta que para el tribunal de instancia lo importante no es que se transmitiera la unidad económica, sino que en el balance de escisión aparecieran reflejados los negocios que se transmitían, lo que vulnera la reseñada normativa legal y jurisprudencia.

El segundo motivo denuncia la infracción de los arts. 1115 , 1116 , 1117 , 1123 y 1303 CC , así como el Plan general de contabilidad, el art. 34 CCom y el art. 172 TRLSA , porque "el balance previo de escisión no reflejaba la imagen fiel de la compañía", ya que no contenía el crédito de BSM a la devolución del pago anticipado con ocasión del contrato que no llegó a perfeccionarse por no cumplirse una de las condiciones suspensivas.

El tercer motivo denuncia la infracción de los arts. 6.4 y 7 CC , así como la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo (menciona las sentencias de 28 de mayo de 1984 , 16 de marzo de 1992 , 24 de abril de 1992 , 25 de mayo de 1998 y 30 de mayo de 1998). Según el recurso "si se han manipulado los balances que deberían haber servido para reflejar la imagen fiel de la compañía matriz al tiempo de la primera escisión para evitar tener que pagar a SBM la importante cantidad de 4.847.047 euros, resultado prohibido por la ley, habrá de ser considerada la omisión de ese crédito (...) ejecutada en fraude de ley y por ello, al tratarse de un negocio internacional que nunca fue excluido expresamente (...) no debería impedirse que se considere incluido en la rama de actividad de los negocios internacionales transmitidos a la sociedad de nueva creación y beneficiaria de la escisión".

Primer motivo de casación: efectos de la escisión sobre el crédito del actor

6. El primer motivo de casación guarda relación con la pretendida transmisión de todos los activos y pasivos de la unidad económica o rama de actividad que pasan a la sociedad beneficiaria con la escisión parcial. Según el recurso, la sentencia recurrida, al denegar que con la escisión parcial de **Ramón Vizcaino, S.A.** , la beneficiaria **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.** adquiriera la obligación de devolución del pago anticipado realizado por BSM, habría infringido los arts. 253.1 y 259 TRLSA ., en relación con el art. 97.4 de la Ley 43/1995 , cuando define qué debe entenderse por rama de actividad y la Directiva comunitaria de 23 de julio de 1990, que define la "escisión parcial" y la "rama de actividad", y regula sus consecuencias.

En el desarrollo del motivo, el recurso argumenta que "el legislador ha querido dar prioridad a que se transmita una unidad económica que constituya en sí misma una rama de actividad y por tanto parte del patrimonio social de la sociedad matriz, susceptible de funcionar autónomamente". Lo anterior supone, a juicio del recurso, que deba determinarse primero la rama de actividad que se transmite o escinde, y luego, de forma accesorio, se reflejen contablemente en el balance las partidas concretas del activo y del pasivo de esa unidad económica. De tal manera que el reflejo contable en el balance no es sino una consecuencia de la definición de lo que se transmite. Por ello, "ha de primar el concepto de lo que se pretende escindir sobre su representación o instrumentación contable".

Con la escisión, en el caso enjuiciado, la rama de actividad transmitida a la sociedad beneficiaria era la correspondiente al negocio internacional, en general, sin que se hubiera realizado especificación o acotamiento alguno. La rama de actividad objeto de la escisión implicaba los contratos nacidos en el pasado, en el presente histórico concreto y en el futuro.

El reflejo contable, en este caso la inclusión de una determinada obligación en el pasivo transmitido, sería algo accesorio a lo principal, que es la rama de actividad objeto de cesión. De tal forma que la rama de actividad debía incluir todo negocio internacional, con independencia de que no se recoja en el balance de la sociedad beneficiaria algún determinado contrato u alguna obligación.

El motivo debe estimarse por las razones que exponemos a continuación

7. Como ya adelantábamos, en este motivo se cuestionan los efectos de la escisión parcial de una sociedad anónima, iniciada en el año 1997 y concluida en 1998. Por el tiempo en que se realizó esta modificación estructural, resulta de aplicación la normativa contenida en el RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y en concreto la sección 3ª del capítulo VII, que regulaba la "escisión". Esta normativa ha sido sustituida más tarde por la contenida en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedad mercantiles.

Como recordábamos en la Sentencia de 12 de enero de 2006 , "la escisión parcial, como traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad a otra o a varias de nueva creación o ya existentes, se caracteriza por no provocar la extinción de la sociedad segregante, que mantiene invariable su personalidad jurídica; por generar una sucesión universal bien que limitada a los elementos patrimoniales que

forman la unidad económica escindida; y, finalmente, por convertir a los socios de la sociedad aportante en socios de la beneficiaria de la aportación".

En cualquier caso, conforme al art. 253.1 TRLSA , la parte del patrimonio social que se divida o segregue con la escisión parcial debe formar una unidad económica, respecto de la que se produce el mencionado efecto de la sucesión universal.

A priori, y con carácter general, resulta difícil precisar qué debe entenderse por "unidad económica", pues no necesariamente tendría que tener, previamente, vida propia, ni tiene porque coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, de modo que podría ser meramente funcional.

En nuestro caso, tal y como quedó acreditado en la instancia, es muy significativo que el proyecto de escisión hiciera mención a que afectaba a la actividad internacional de la compañía escindida, que constituía una unidad económica empresarial que se desarrollaba de forma autónoma. El hecho de que una supuesta deuda generada por la actividad internacional de la compañía **Ramón Vizcaino, S.A.** antes de la fusión, no se incluyera luego en el proyecto de escisión, en concreto en la designación y reparto de los elementos del activo y del pasivo que iban a transmitirse a la sociedad beneficiaria, no significa necesariamente que quedara fuera del referido efecto de la sucesión universal, máxime cuando esta supuesta deuda no estaba tampoco contabilizada en la sociedad escindida. Por eso, debe entenderse que esta deuda estaba afectada al negocio internacional de la sociedad escindida, en que consiste la unidad económica transmitida a la sociedad beneficiaria, razón por la cual fue también transmitida a ésta última, formando parte de las relaciones jurídicas traspasadas en bloque, conforme al art. 252.1.b) TRLSA , y es en virtud de esta sucesión que la sociedad beneficiaria resulta responsable de su cumplimiento.

No resulta de aplicación, sin embargo, el art. 259 TRLSA , que regulaba un supuesto de hecho distinto al que es objeto de enjuiciamiento. Este último precepto presupone la existencia de varias sociedades beneficiarias, que no es el caso, y regula la responsabilidad de las sociedades beneficiarias respecto del cumplimiento de las deudas traspasadas a las otras sociedades beneficiarias.

En nuestro caso, existe una sola sociedad beneficiaria y su responsabilidad deriva de habersele transmitido la deuda, junto con el bloque de relaciones jurídicas generadas con la actividad internacional de la sociedad escindida.

Lo anterior tan sólo justifica la responsabilidad de la sociedad beneficiaria demandada, **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.** , pero no del resto de las sociedades demandadas.

8. Es claro que el título invocado que justifica la responsabilidad de la sociedad beneficiaria de la primera escisión, no explica la pretendida responsabilidad de la sociedad **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.** , que fue creada por la sociedad escindida, después de la escisión. El efecto pretendido y, finalmente, estimado de la transmisión de la deuda con BSM a la sociedad beneficiaria, como consecuencia de la primera escisión, no permite atribuir la responsabilidad a otra sociedad distinta, creada después de la escisión, por la sociedad escindida.

Y, en cuanto a la tercera sociedad demandada, **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** , su responsabilidad no puede derivar únicamente de que hayamos declarado transmitida a la sociedad beneficiaria de la primera escisión (**Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**) la deuda reclamada. No cabe hacerla responsable de forma subsidiaria, en virtud del art. 259 TRLSA , porque **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** no es una sociedad beneficiaria de la primera escisión, sino que es la sociedad beneficiaria de la posterior escisión parcial de **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.** , del año 2003.

Podría ser responsable de la deuda si quedara justificado que esta deuda formaba parte de la unidad económica traspasada con esta segunda escisión, pero esto no se argumenta en la demanda. La demanda se limita a razonar que, como "no queda claro a quien se adjudica el crédito de BSM", debe entenderse que fue traspasada a **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** , beneficiaria de la segunda escisión. La simple duda acerca de este traspaso no justifica el traspaso. Al igual que en la primera escisión, debía haberse argumentado que la deuda omitida estaba afectada a la unidad económica transmitida con la segunda escisión. Y, además, esta pretensión daría lugar a alguna matización respecto de la responsabilidad de la sociedad (**Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**), que sería de carácter subsidiario, en defecto de cumplimiento de la sociedad beneficiaria, en virtud de lo prescrito en el art. 259 TRLSA .

Segundo motivo de casación: infracción de la normativa contable

9. El segundo motivo de casación denuncia, de forma un tanto genérica, la infracción de: los arts. 1115 , 1116 , 1117 , 1123 y 1303 del Código civil ; el plan general de contabilidad vigente al tiempo de los hechos (RD 643/1990, de 20 de diciembre); el art. 34 Ccom ; y el art. 172 TRLSA y "los demás concordantes".

En el desarrollo del motivo, después de transcribir los preceptos mencionados, se acumulan una serie de argumentaciones heterogéneas. Las primeras hacen referencia a la existencia del crédito reclamado, en concreto a que no se había cumplido la tercera de las condiciones pactadas para que se perfeccionara el contrato concertado entre Ramón Vizcaino, S.A. con BSM. Como se trata de una cuestión que no se discute y es ajena a lo que constituye el objeto controvertido, si resultan responsables de esta deuda otras sociedades (**Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A., GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L. y Ramón Vizcaino Internacional, S.A.**), resulta irrelevante.

La segunda cuestión se refiere a que como esta deuda no aparecía ni en el balance de la sociedad escindida ni en el de la sociedad beneficiaria, el recurso concluye que "el balance de escisión no reflejaba la imagen fiel de la compañía". Y, consiguientemente, denuncia que la sentencia recurrida diera prioridad a tales balances para concluir que si la deuda no aparecía en el balance de la beneficiaria, no se trasmitió.

10. La resolución de este segundo motivo de casación, al margen de que no esté correctamente formulado, carece de sentido a la vista de la estimación que hemos hecho del primer motivo, pues lo que se persigue con él, que se entienda transmitida la deuda con BSM a la sociedad beneficiaria de la primera escisión, aunque no aparezca entre los elementos del pasivo transmitidos [art. 255.1.a) TRLSA], ya se ha reconocido con la estimación parcial del primer motivo.

Tercer motivo de casación: levantamiento del velo

11. El tercer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 6.4 , 7.1 y 7.2 CC , y de la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo.

En el desarrollo del motivo, el recurso explica cómo se ha ido montando el entramado de sociedades, a las que se ha ido cambiando de nombre, de manera que a cualquier tercero induce a confusión sobre la identidad de unas y otras, para dificultar la reclamación del crédito del actor. También muestra como todas estas sociedades tienen el mismo objeto social, el mismo domicilio y están controladas por un mismo órgano de decisión.

El motivo debe estimarse.

12. El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros" (Sentencia 718/2011, de 13 de octubre , con cita de la anterior Sentencia 670/2010, de 4 de noviembre).

Pero, como recordábamos en la Sentencia 326/2012, de 30 de mayo , la jurisprudencia insiste en que este remedio tiene carácter excepcional y por ello debe aplicarse de forma restrictiva (Sentencias 475/2008, de 26 de mayo , y 422/2011, de 7 de junio). La norma general ha de ser respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios ni administradores, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley. Este carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan *numerus clausus* . En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, pues en la práctica cada uno de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros.

En este caso, nos encontramos en este último supuesto de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad para defraudar legítimos derechos de terceros, pues la demanda argumenta que el entramado

de sociedades que surge de su originaria deudora de la actora, **Ramón Vizcaino, S.A.**, responde a la finalidad de eludir el pago de aquella deuda.

13. Aparte del propio entramado de sociedades, hay circunstancias muy significativas que conducen a concluir que ha existido un fraude de ley: la importancia cuantitativa del crédito del actor (4.847.047 euros); que, a pesar de que ahora ya no se discuta su existencia, no apareciera en la contabilidad de la sociedad originariamente deudora, **Ramón Vizcaino, S.A.**; y que después de que hubiera sido formalmente requerida de pago por el acreedor, comenzara un proceso complejo en el que se crea un entramado societario confuso, que dificulta al acreedor identificar a su deudor y contribuye a distraer los activos que deberían servir para satisfacer dicha deuda.

Así, en síntesis: la sociedad deudora (**Ramón Vizcaino, S.A.**) después de ser requerido de pago hace una escisión parcial, luego crea otra sociedad (**Ramón Vizcaino Internacional, S.A.**), se cambia de denominación social (**Tecfrindus, S.A.**) y se declara en quiebra; la sociedad escindida (**Internacional de Refrigeración RV, S.A.**), más tarde, cambia de denominación social (**Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**), adquiere las acciones de **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.** y se escinde parcialmente; y la sociedad beneficiaria de esta segunda escisión (**GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.**), a la que le habían sido transmitidas las acciones **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.**, compra después el 91,04% del capital social de la sociedad de la que había sido escindida (**Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**).

La importancia del crédito reclamado y la sucesión en el tiempo de la reclamación del crédito y el comienzo de estas operaciones societarias, conducen a pensar que su finalidad era distraer la unidad económica de la que había surgido el crédito de la sociedad originariamente deudora, para que sus activos presentes y futuros no respondieran de aquella deuda, a la vez que se provocaba la quiebra de la deudora originaria, para remitir a ella al acreedor; y, al mismo tiempo, los continuos cambios de denominaciones sociales y la segunda escisión todavía generaban mayor confusión a la hora de seguir la pista de la sociedad beneficiaria.

Está justificado el levantamiento del velo de las sociedades codemandadas **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** y **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.**, para que respondan solidariamente de la deuda que originariamente había sido creada por Ramón Vizcaino, S.A. y que luego pasó tras la primera escisión a **Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**

Costas

12. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación del recurso de apelación, en el sentido de que se estimaran todas las pretensiones ejercitadas por el actor en la demanda, lo que supone a efectos de costas, la imposición de las de primera instancia a la parte demandada (art. 394 LEC) y que no exista condena respecto de las generadas por la apelación (art. 398.2 LEC).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Jesús Carlos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián (sección 3ª) de 6 de julio de 2010, cuyo fallo dejamos sin efecto, y en su lugar dictamos otro por el que: acordamos la procedencia de estimar el recurso de apelación interpuesto por Jesús Carlos contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián de 5 de octubre de 2009; y condenamos a las sociedades demandadas (**Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.**, **GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.** y **Ramón Vizcaino Internacional, S.A.**), a pagar solidariamente al actor la suma de 4.847.047 euros, más los intereses legales generados desde la interposición de la demanda, y las costas generadas en primera instancia. No ha lugar a la imposición de costas de apelación ni tampoco de casación.

Publíquese esta resolución conforme 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.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D.



Ignacio Sancho Gargallo , 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 • CENDOJ