



Roj: **SAP M 887/2017 - ECLI:ES:APM:2017:887**

Id Cendoj: **28079370282017100025**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **25/01/2017**

Nº de Recurso: **649/2014**

Nº de Resolución: **36/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0198268

**ROLLO DE APELACIÓN: 649/14**

Materia: Sociedades

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 745/12

Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid

**Parte apelante:** BL AVALON S.L y AVALON IN AND OUT S.L.

Procurador: D./Dña. LUIS ORTIZ HERRAIZ

Letrado: Nieves Gómez de Segura Sánchez

**Parte apelada:** Teodulfo

Parte apelada: Brigida Y OC PACKAGES AT HOME S.L.

Procurador: D./Dña. MARIA ISABEL MIRONES ESCOBAR

Letrado: Pedro Pablo López Sánchez

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. ANGEL GALGO PECO**

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

**SENTENCIA NÚM. 36/2017**

En Madrid, a 25 de enero de dos mil diecisiete.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. ANGEL GALGO PECO, D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 649/14 los autos del procedimiento ordinario nº 745/12, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, el cual fue promovido por BL AVALON S.L y AVALON IN AND OUT S.L. contra DON Teodulfo , Brigida Y OC PACKAGES AT HOME S.L., siendo objeto del mismo acciones en materia de sociedades.



Han sido partes en el recurso como apelante, BL AVALON S.L y AVALON IN AND OUT S.L. y como apelada DON Teodulfo , Brigida Y OC PACKAGES AT HOME S.L.; todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento, con excepción de DON Teodulfo , que se encuentra en rebeldía.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 5 de diciembre de 2012 por la representación de BL AVALON S.L y AVALON IN AND OUT S.L. contra DON Teodulfo , Brigida Y OC PACKAGES AT HOME S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

" ...dictar sentencia condenando solidariamente a los codemandados, D. Teodulfo a DÑA. Brigida y a OC PACKAGES AT HOME SL, al pago a mi representado de las cantidades adeudadas por OC DELIVERIE URGENT SL de conformidad con los términos de la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia nº 4 de Coslada con fecha 21 de mayo de 2009 en autos de PO 320/2008, y por tanto al pago del principal de 1.826,57 € a B.L. AVALON SL y 227.566,61€ a AVALON IN AND OUT SL, más intereses de demora desde el día 14/4/2008, declarando la responsabilidad solidaria de los codemandados entre ellos y con OC DELIVERIE URGENT SL, con expresa condena al pago de las costas de este procedimiento a los codemandados "

**SEGUNDO.-** DON Teodulfo fue declarado en rebeldía. La representación de DOÑA Brigida Y OC PACKAGES AT HOME S.L. presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones formuladas de contrario.

**TERCERO.-** Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia, con fecha 14 de mayo de 2014 , cuyo fallo era el siguiente:

"DESESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Luis Ortiz Herraiz, en nombre y representación de AVALON IN AND OUT S.L y de AVALON S.L contra doña Brigida , OC PACKAGES AT HOME S.L y don Teodulfo y CONDENAR a la parte actora al pago de las costas procesales".

**CUARTO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de BL AVALON S.L y AVALON IN AND OUT S.L. se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por DOÑA Brigida Y OC PACKAGES AT HOME S.L.

**QUINTO.-** Recibidos los autos en fecha 2 de diciembre de 2014 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como DOÑA Brigida Y OC PACKAGES AT HOME S.L.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 19 de enero de 2017.

**SEXTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, que expresa el parecer del tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO: DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.-

1.- BL AVALON S.L y AVALON IN AND OUT S.L. (en adelante AVALON para referirnos a ambas mercantiles) entablaron demanda contra DON Teodulfo , DOÑA Brigida Y OC PACKAGES AT HOME S.L. (en adelante PACKAGES) en ejercicio acumulado de las siguientes acciones:

acción de responsabilidad por deudas prevista en la actualidad en el artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, (en adelante LSC). El precepto aplicable por razones temporales es el artículo 105.5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL). Esta acción va dirigida contra DON Teodulfo como administrador de la mercantil OC DELIVERIE URGENT S.L. (en adelante DELIVERIE).

Acción individual de responsabilidad, prevista en los actuales artículos 236 y 241 LSC. Los preceptos aplicables por razones temporales son el artículo 69 LSRL en relación a los artículos 133 y 135 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA) Esta acción también va dirigida contra el mismo administrador



Levantamiento del velo según la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Esta pretensión se dirige a que la responsabilidad patrimonial de DELIVERIE y el Sr. Teodulfo se haga extensiva a PACKAGES y a DOÑA Brigida .

2.- La sentencia de primera instancia desestimó todas las acciones ejercitadas. La de responsabilidad por deudas se desestimó porque la causa de disolución consistente en la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social fue posterior a la obligación reclamada en autos y porque la causa de disolución derivada del déficit patrimonial no se consideró acreditada.

3.- La acción individual de responsabilidad se desestimó por falta de acreditación de la desaparición de facto de la sociedad DELIVERIE.

4.- El levantamiento del velo se desestimó por falta de acreditación de los requisitos constitutivos de la figura.

5.- Frente a la desestimación de la demanda, AVALON se alza en apelación, con oposición de PACKAGES y de la Sra. Brigida .

#### **SEGUNDO: HECHOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO.-**

6.- DELIVERIE se constituyó en escritura de fecha 26 de enero de 2001 con un objeto social consistente en la intermediación en el transporte de todo tipo de mercancías. Los socios fundadores fueron don Faustino y Sr. Teodulfo , quienes, a su vez, fueron designados administradores solidarios.

7.- En fecha 13 de mayo de 2004, la Sra. Brigida , esposa del Sr. Teodulfo , fue designada apoderada de DELIVERIE.

8.- El 20 de octubre de 2006, el Sr. Teodulfo se convirtió en socio único de DELIVERIE y administrador, también único, de dicha entidad.

9.- En fecha 11 de abril de 2007 tuvo lugar un incendio en los almacenes de DELIVERIE que destruyó mercancía perteneciente a B.L. AVALON S.L por importe de 1.826,57 euros y a AVALON IN AND OUT S.L., por importe de 227.566,61 euros.

9.- En fecha 14 de junio de 2007, DELIVERIE otorgó escritura de cambio de domicilio social, fijándose el situado en Velilla de San Antonio, calle Manzanares núm. 24.

10.- Los cónyuges Sres. Teodulfo y Brigida otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales en fecha 22 de abril de 2008, por la que acordaron sustituir el régimen de gananciales por el de separación de bienes.

11.- En escritura de fecha 30 de mayo de 2008, que se presentó a inscripción el 19 de junio siguiente, se constituyó PACKAGES, con el objeto social de intermediación en el transporte, almacenamiento y logística de todo tipo de mercancías.

12.- El domicilio de PACKAGES se fijó inicialmente en Velilla de San Antonio, calle Manzanares núm. 24. La socia fundadora única fue la Sra. Brigida , quien suscribió y desembolsó íntegramente todo el capital y también fue designada administradora única.

13.- En fecha 18 de junio de 2008 AVALON presentó demanda contra DELEVERIE en reclamación del valor de la mercancía perdida, que culminó con sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Coslada, autos 320/2008, de fecha 21 de mayo de 2009, por la que se condenó a DELIVERIE a abonar a B.L. AVALON S.L. la cantidad de 1.826,57 euros y a AVALON IN AND OUT S.L. la cantidad de 227.566,61 euros más intereses legales desde el 15 de abril de 2008 y costas.

14.- AVALON presentó una demanda de ejecución de títulos judiciales para hacer efectivo su crédito (autos 647/09). Los clientes que aparecían como deudores, según la información facilitada por la Oficina de Averiguación Patrimonial, manifestaron que ya no tenían deudas con el ejecutado y no se han localizado cuentas corrientes con saldo.

15.- Simultáneamente, el pago de la deuda ha sido reclamado en varias ocasiones de forma extrajudicial, tanto a DELIVERIE como a PACKAGE como a los Sres. Teodulfo y Brigida .

16.- DELIVERIE tuvo en el año 2008 un gasto de personal de 202.453 euros. Todos sus trabajadores causaron baja en noviembre de 2008, por lo que en el año 2009, el gasto de personal fue de cero euros.

17.- DOÑA Frida causó baja en DELIVERIE como trabajadora por cuenta ajena en fecha 5 de noviembre de 2008 y causó alta en PACKAGES en fecha 6 de noviembre de 2008.

18.- DOÑA Mercedes Y DON Luis Alberto también causaron baja en DELIVERIE como trabajadores por cuenta ajena en fecha 10 de noviembre de 2008 y causaron alta en PACKAGES en fecha 11 de noviembre de 2008.



19.- DOÑA Susana , DON Abilio y DOÑA Marcelina presentaron demanda laboral contra doña Brigida , don Teodulfo y contra DELIVERIE y PACKAGE, por lo que fueron convocados mediante providencia de fecha 29 de julio de 2009 a un acto de conciliación a celebrar el día 26 de noviembre de 2009. DELIVERIE fue citada por edictos, al encontrarse en ignorado paradero. El acto de conciliación se celebró con avenencia, mediante el pago de determinadas cantidades a los trabajadores demandantes.

20.- En fecha 17 de febrero de 2009 se revocó el poder que la Sra. Brigida tenía en DELEVERIE.

21.- En Junta General de 25 de junio de 2009 DELIVERIE cambió de domicilio al situado en Madrid, calle Modesto la Fuente núm. 1, entreplanta B.

22.- En fecha 11 de septiembre de 2009 los esposos Sres. Teodulfo y Brigida otorgaron escritura de liquidación de gananciales, en la que se adjudicó a la esposa el único bien ganancial existente, una vivienda sita en la CALLE000 NUM000 de Torres de la Alameda (Madrid), que se valoró en cero euros, debido a las cargas hipotecarias que tenía.

23.- Por acuerdo de Junta General Extraordinaria de fecha 1 de agosto de 2012, el domicilio de DELIVERIE se situó en la calle Gallegos, 27 bajo, de Madrid, que resulta coincidente con el del letrado director de la contestación de la demanda de PACKAGES.

24.- En el año 2008 la cifra de aprovisionamientos de DELIVERIE fue de 293.124,10 euros, mientras que en 2009 esta cifra fue de cero euros. En PACKAGES, esta cifra fue de 17.464,56 euros en 2008 y 1.500,33 en 2009.

25.- La cifra de negocios del año 2008 en DELIVERIE fue de 659.931,51 euros, frente a 18.251,98 euros en 2009. En PACKAGES la cifra de negocios de 2008 fue de 270.360,65 y en 2009 fue de 718.483,42 euros.

26.- La cifra de clientes que figura en el activo de DELIVERIE del año 2008 fue de 532.794,36 euros, mientras que en el año 2009 fue de 566.024 euros y en 2010 fue de 557.992 euros. En PACKAGES esta cifra fue de 204.624,99 euros en 2008 y 205.754,71 euros en 2009.

27.- El valor de operaciones de PACKAGES con clientes que en los años 2007 y 2008 también lo fueron de DELIVERIE, fue de 129.265,88 euros en 2008 (11 clientes comunes), 418.011,35 euros en 2009 (15 clientes comunes) y 327.483,72 euros en 2010 (ocho clientes comunes).

28.- En el año 2009, DELIVERIE declaró operaciones con cinco clientes y en 2010 con un cliente.

### **TERCERO: ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR POR DEUDAS.-**

29.- La sentencia de la anterior instancia desestimó esta acción dirigida contra el Sr. Teodulfo en su calidad de administrador de DELIVERIE porque no se acreditó la concurrencia de ninguna causa de disolución que fuera anterior a la obligación que se reclama, tal y como exige el artículo 105.5 LSRL , aplicable por razones temporales.

30.- La apelante se hace eco de la afirmación contenida en la sentencia de primera instancia relativa a que la causa de disolución debería ser anterior a la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Coslada en fecha 21 de mayo de 2009 .

31.- Con sustento en esta afirmación, AVALON entiende que DELIVERIE se encontraba en situación de déficit patrimonial con anterioridad al dictado de la citada sentencia.

32.- Señalan los apelantes que DELIVERIE cumplió con su obligación de depósito de cuentas de los años 2008, 2009 y 2010, pero lo hizo de un modo puramente formal, porque las cuentas no reflejaron realmente la imagen fiel de la sociedad.

33.- AVALON mantiene que DELIVERIE debió hacer constar en la memoria de las cuentas de 2008 el siniestro producido el año anterior y debió efectuar la provisión correspondiente. Si tal provisión hubiera tenido reflejo en las cuentas, la cifra de patrimonio neto habría sido negativa.

34.- La realidad fue, según la apelante, que DELIVERIE se mantuvo de un modo aparentemente activo, pero a partir de 2008 cesó en actividad y no desarrolló su objeto social.

35.- La Sala comparte el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de primera instancia respecto a esta acción de responsabilidad por deudas, aunque por un razonamiento diferente.

36.- Contrariamente a lo afirmado por la juez "a quo" no podemos considerar que el nacimiento de la obligación a cargo de DELIVERIE fuera el momento en que se dictó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Coslada, sino cuando se produjo el hecho dañoso generador de responsabilidad. Es decir, en el año 2007, cuando ocurrió el siniestro.



37.- En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016 proclama que lo relevante para decidir si la obligación es anterior o posterior a la causa de disolución, debe ser la fecha de nacimiento de la obligación, no su completo devengo o exigibilidad ni la fecha de la sentencia que la declara.

38.- Del propio relato de hecho que efectúa la actora se desprende que DELIVERIE abandonó progresivamente su actividad a raíz del incendio ocurrido en 2007, lo que evidencia que el nacimiento de la obligación derivada del siniestro fue previo a la causa de disolución relativa a la imposibilidad de conseguir el fin social ( artículo 104.1 c) LSRL ).

39.- La necesidad de provisionar las responsabilidades derivadas del siniestro no pudo surgir, por hipótesis, antes de que dicho siniestro tuviera lugar. En consecuencia, la situación de pérdidas que dejaran reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social ( artículo 104.1 e) LSRL ) nunca pudo producirse antes del nacimiento de la obligación.

40.- Por tanto, no podemos considerar concurrente el requisito legal relativo a la existencia de causa de disolución anterior a la obligación que se reclama, requisito exigido en el artículo 105.5 LSRL para apreciar la responsabilidad del administrador por deudas.

#### **CUARTA: ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DEL ADMINISTRADOR DE DELIVERIE.-**

41.- La juez "a quo" también desestimó esta acción porque no consideró acreditada la acción que se imputa al administrador, a saber, la eliminación de la sociedad de la vida comercial e industrial sin efectuar los trámites legalmente exigidos para la disolución y liquidación, es decir, el cierre de facto.

42.- La sentencia de la anterior instancia señala que no ha quedado acreditado que DELIVERIE cesara por completo de actividad después del incendio, pues consta que siguió actuando de forma regular durante los ejercicios 2007, 2008, 2009 y 2010.

43.- La sentencia impugnada alcanza esta conclusión porque constan depositadas las cuentas anuales de los ejercicios indicados, así como la declaración del impuesto de sociedades de los dos ejercicios posteriores al siniestro (2008 y 2009) y el impuesto de actividades económicas hasta el ejercicio 2013.

44.- El apelante combate estas conclusiones, porque, según su criterio, el análisis de las cuentas anuales de los ejercicios indicados revela precisamente ese progresivo abandono de la sociedad DELIVERIE.

45.- En el apartado de "Hechos" de esta resolución se reflejan datos contables que efectivamente reflejan esa progresiva falta de actividad de DELIVERIE.

46.- Dicho lo anterior, la acción dañosa que se imputa al Sr. Teodulfo no se identifica sin más con el cierre de hecho de DELIVERIE. Lo que realmente se le imputa es que redujo al mínimo la actividad de DELIVERIE porque dicha actividad fue desviada a otra sociedad, en fraude de los derechos de los actores como acreedores.

47.- La Sala comparte con la apelante que existen indicios suficientes de que ese traspaso de actividad efectivamente se produjo.

48.- PACKAGES se constituyó en el año 2008 por la Sra. Brigida , esposa del Sr. Teodulfo en fechas coincidentes con la reclamación de AVALON. No en vano, la escritura de constitución es de 30 de mayo y la demanda se presentó el 18 de junio, aunque la sentencia condena al pago de intereses desde el 15 de abril de 2008.

49.- La Sra. Brigida suscribió y desembolsó íntegramente todo el capital y fue nombrada administradora de PACKAGES. En ese momento tenía el cargo de apoderada en DELIVERIE.

50.- El domicilio social que se designó en PACKAGES fue el que en ese momento tenía DELIVERIE. Posteriormente DELIVERIE ha cambiado su domicilio a ubicaciones donde no consta haya realizado actividad comercial alguna.

51.- El objeto social de ambas mercantiles corresponde al ámbito del transporte de paquetería.

52.- En noviembre de 2008, DELIVERIE se quedó sin trabajadores. Los tres últimos pasaron a la plantilla de PACKAGE al día siguiente de su baja en DELIVERIE.

53.- En el año 2009, PACKAGES consiguió una facturación de 418.011,35 euros con clientes que procedían de DELIVERIE, mientras que ese año, esta última mercantil sólo operó con cinco clientes y su cifra de negocios cayó hasta los 18.251,98 euros, cuando el año anterior fue de 659.931,51 euros.

54.- La evolución de la cifra de negocios de DELEVERIE es justo la contraria de lo que aconteció en PACKAGES, pues de 293.124,10 euros de 2008 pasó a más de 700.000 euros en 2009.



55.- A pesar de la ostensible disminución de actividad de DELEVERIE, la cifra de clientes del activo, es decir de deudores, se ha mantenido en torno a los 500.000 euros en los años 2008, 2009 y 2010. Eso sí, cuando el juzgado que tramita la ejecución judicial de la deuda se dirigió a esos deudores, todos manifestaron que no tenían nada que adeudar a DELIVERIE.

56.- Frente a tales datos objetivos, los apelados mantienen unos argumentos que no resultan en absoluto convincentes.

57.- Los recurridos señalan que el hecho de que una empresa se quede sin personal no significa que cese en su actividad, pues es posible trabajar con subcontratación.

58.- No negamos que esa posibilidad teórica existe, pero la prueba de este extremo incumbe a quien lo alega ( artículo 217.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , en adelante LEC), o al administrador codemandado, Sr. Teodulfo , en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria, consagrado en el artículo 217.7 de la LEC . El Sr. Teodulfo se encuentra en rebeldía, por lo que ningún esfuerzo probatorio ha realizado al respecto.

59.- Los apelados no niegan la contratación de trabajadores de DELIVERIE por parte de PACKAGES, pero aducen que las indemnizaciones fueron pagadas por DELIVERIE, tal y como consta en las certificaciones del Banco de Sabadell. Este extremo no cambia el estado de la cuestión, ya que la demanda se sustenta precisamente en el mantenimiento formal de patrimonios separados entre DELIVERIE y PACKAGES.

60.- La alegación de falta de instalaciones para que DELIVERIE desarrolle su actividad empresarial es rebatida por los apelados señalando que el domicilio social no tiene por qué coincidir con el lugar donde desarrolla su actividad. De nuevo aquí hemos de invocar el artículo 217.2 y 217.7 LEC , ya que si la empresa continúa desarrollando su actividad en algún sitio diferente a su domicilio social, los demandados debieron aportar prueba al respecto.

61.- En cuanto al objeto social, los apelados sostienen que DELIVERIE y PACKAGES no tienen idéntico objeto social, ya que la primera es depositaria de mercancías y la segunda se dedica al transporte. Así lo aseveraron el administrador de DELIVERIE, Sr. Teodulfo y el testigo de Europcar, don Benedicto .

62.- Sin embargo, el objeto social que obra en los estatutos de una y otra mercantil no permite establecer ese distingo, ya que DELIVERIE tiene por objeto la intermediación en el transporte, mientras que los estatutos de PACKAGES señalan esa misma intermediación a lo que se une almacenamiento y logística de todo tipo de mercancías.

63.- Es decir, el objeto de "almacenamiento" está expresamente contemplado en PACKAGES y no en DELIVERIE, aunque dentro de la actividad de "intermediación en el transporte" realmente pueden cobijarse ambas actividades.

64.- En todo caso, debe resaltarse que los apelados señalaron en su contestación que ambas sociedades se dedican a la misma actividad, la distribución de paquetería (folio 374 de las actuaciones).

65.- En punto al traspaso de clientes de una sociedad a otra, los apelados mantienen que la facturación de PACKAGES relativa a clientes comunes con DELIVERIE en 2008 (129.265,88 euros) y 2009 (418.011,35) ha oscilado tan solo entre un 17,74% y un 19,58% de los ingresos totales de DELIVERIE de 2007 y 2008; y entre un 34,4% y un 38,05% de los ingresos procedentes de clientes comunes.

66.- Sin embargo, si estas comparativas se efectúan respecto al volumen de actividad de DELIVERIE en 2009, el resultado arroja porcentajes muy diferentes, ya que la cifra de negocios total de esta entidad en ese año fue de tan solo 18.251,98 euros, cantidad mínima comparada con los ingresos obtenidos ese año por PACKAGES procedentes de antiguos clientes de DELIVERIE (418.011,35), lo que es indicativo del impacto negativo de esta facturación en la cifra de negocios de DELIVERIE.

67.- El resultado también es diferente si se compara el importe neto de la cifra negocios de PACKAGES de cada año, con los ingresos de esta entidad procedentes de antiguos clientes de DELIVERIE. Así en el año 2008 esa relación es de un 47,81% ( $129.265,88 \cdot 100 / 270.360,65$ ) y en el año 2009 fue de un 58,18% ( $418.011,35 \cdot 100 / 718.483,42$ ). Es decir, los ingresos derivados de antiguos clientes de DELIVERIE suponen más de la mitad de la cifra de negocios de PACKAGES.

68.- Resulta llamativo que a pesar de la cifra de negocios de PACKAGES en 2009, solo tuviera ese año gastos de aprovisionamientos por importe de 1.500 euros.

69.- Tras una valoración conjunta de todas las pruebas practicadas y contrariamente a las conclusiones alcanzadas en la sentencia de la anterior instancia, la Sala concluye que el administrador de DELIVERIE, Sr. Teodulfo llevó a cabo una conducta infractora de su deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un



ordenado empresario y un representante leal ( art. 61 LSRL ). Esta conducta, como se ha explicado, consistió en un progresivo abandono de DELIVERIE y el traspaso de su actividad a la mercantil PACKAGE.

70.- Esta actuación del Sr. Teodulfo ha impedido que AVALON haya podido obtener la satisfacción de la deuda declarada en sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Coslada en fecha 21 de mayo de 2009 .

71.- Los actores manifiestan que en la ejecución de título judicial instada para hacer efectivo su crédito han resultado infructuosos todos los intentos de cobro, pues todos los clientes que figuraban como deudores han manifestado que no tienen deudas con DELIVERIE y que las cuentas corrientes no tenían saldo. Asimismo significan que el único inmueble del ejecutado estaba hipotecado y ya constaba emitida la certificación de dominio y cargas para proceder a su subasta.

72.- De contrario se indica que no se han aportado las actuaciones originales del procedimiento de ejecución y que la actora ha podido ejecutar el inmueble y los derechos relacionados con los seguros.

73.- Ciertamente que no constan todas las actuaciones originales del mentado procedimiento de ejecución, aunque sí obran copias de algunos documentos incorporados en el mismo (folios 228 a 245). En todo caso, hemos de invocar de nuevo el artículo 217.7 LEC , pues, ante los elementos de prueba aportados por los actores, el principio de facilidad y disponibilidad probatoria exige al administrador codemandado acreditar la situación patrimonial de la mercantil deudora. Es decir, corresponde a dicha parte acreditar la existencia de bienes de la deudora y que éstos tienen un valor suficiente para poder hacer efectiva la deuda.

74.- En consecuencia, procede estimar esta acción al concurrir todos los requisitos legalmente exigibles ( art. 69 LSRL en relación a los artículos 133 y 135 LSA ): i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero ( SSTS 131/2016, de 3 de marzo ; 396/2013, de 20 de junio ; 15 de octubre de 2013 ; 395/2012, de 18 de junio ; 312/2010, de 1 de junio ; y 667/2009, de 23 de octubre , entre otras).

75.- Conforme al suplico de la demanda las cantidades objeto de condena son las impuestas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de 21 de mayo de 2009 , es decir 1.826,57 euros de principal a favor de B.L. AVALON S.L. y 227.566,61 de principal a favor de AVALON IN AND OUT S.L, más intereses legales desde el 14 de abril de 2008. Esta responsabilidad recae en DON Teodulfo , en su calidad de administrador de DELIVERIE.

#### **SEXTO: LEVANTAMIENTO DEL VELO.-**

76.- En la demanda se solicitó el levantamiento del velo que PACKAGES representa, por haber sido un instrumento del fraude para eludir el pago a los acreedores, como es el caso de AVALON.

77.- La sentencia de primera instancia desestima esta pretensión, pues considera que para la aplicación de la figura no es suficiente la coincidencia temporal de domicilios sociales ni de determinados trabajadores por cuenta ajena. La juez "a quo" argumenta que en este caso no es posible aplicar la doctrina del levantamiento del velo porque son distintas las titularidades, los objetos sociales y las cuentas bancarias, de modo que, por lo menos hasta el ejercicio de 2011 no se evidencia la incorporación a la nueva sociedad del patrimonio preexistente.

78.- La STS de 29 de junio de 2006 , a la que sigue la de 30 de septiembre de 2007 , señalan que la institución del levantamiento del velo se asienta en el principio de la buena fe ( artículo 7.2 del Código Civil ) y del fraude de Ley ( artículo 6.4 del Código Civil ).

79.- La citada sentencia de 29 de junio de 2006 resume la doctrina jurisprudencial poniendo de relieve los siguientes extremos: (a) La doctrina del levantamiento del velo trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño o burlar los derechos de los demás ( SSTS 17 de diciembre de 2002 , 22 y 25 de abril de 2003 , 6 de abril de 2005 , 10 de febrero de 2006 ); (b) Se trata, en todo caso, de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento fraudatorio o con un fin fraudulento ( SSTS 17 de octubre de 2000 , 3 de junio y 19 de septiembre de 2004 , 16 de marzo y 30 de mayo de 2005 ); (c) Se produce dicho fin fraudulento, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, como se dice en las SSTS 28 de marzo de 2000 , 14 de abril de



- 2004 , 20 de junio de 2005 , 24 de mayo de 2006 ; y entre otros casos, el pago de deudas ( SSTS 19 de mayo de 2003 , 27 de octubre de 2004 ).
- 80.- Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2008 que la doctrina del levantamiento del velo es de aplicación excepcional, como han declarado, entre otras, las SSTS de 4 de octubre de 2002 , 11 de septiembre de 2003 , 29 de junio de 2006 , 30 de octubre de 2007 , etc.
- 81.- Este carácter excepcional atribuye un carácter subsidiario a la institución, pues sólo opera cuando se carezca de otra acción o recurso para hacer efectivo el derecho de crédito ( STS de 7 de septiembre de 2012 ). Esto no obstante, los casos en que cabe aplicar la doctrina del levantamiento del velo constituyen un *numerus apertus* ( SSTS 17 de octubre de 2000 , 18 de abril y 8 de mayo de 2001 , 21 de mayo y 24 de junio de 2002 , 1 de diciembre de 2006 , 30 de marzo de 2007 , etc.).
- 82.- En este caso, la regla o concreción normativa que nos revela la doctrina del levantamiento del velo queda referenciada en la protección del derecho de crédito y su necesario entronque con el plano de la responsabilidad patrimonial del deudor, pues se trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar el legítimo pago de la deuda existente.
- 83.- La aplicación siempre restrictiva de la figura ha llevado a la jurisprudencia a considerar que las sociedades que pertenecen al mismo grupo familiar y comparten domicilio y objeto social no tienen por qué considerarse fraudulentas por este sólo hecho, salvo que se acrediten determinadas circunstancias que conduzcan a pensar que ha habido abuso de personalidad societaria (v.gr. STS de 29 de septiembre de 2016 ).
- 84.- Descendiendo al supuesto de autos, el análisis comienza por el hecho de que la abultada cifra de clientes que luce el activo de DELIVERIE se ha revelado irreal, a raíz de las gestiones hechas en el seno del procedimiento de ejecución de títulos judiciales a que se ha hecho referencia con anterioridad; al menos, su administrador no ha dado cumplida cuenta del destino de esos créditos. Tampoco se ha localizado metálico en las cuentas corrientes y no se ha acreditado que el bien inmueble existente tenga valor de realización suficiente para atender la deuda que aquí se reclama.
- 85.- Consta asimismo que el Sr. Teodulfo ha sido requerido de pago de la deuda (folio 202) y no consta respuesta por su parte. El Sr. Teodulfo no ha acreditado su situación patrimonial, ya que se encuentra en rebeldía. De nuevo hemos de traer a colación el artículo 217.7 LEC , pues la carga de la prueba de esta acreditación le correspondía al Sr. Teodulfo .
- 86.- Lo único que consta al respecto es que los cónyuges Sres. Teodulfo y Brigida otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales en fecha 22 de abril de 2008, por la que acordaron sustituir el régimen de gananciales por el de separación de bienes; y que en fecha 11 de septiembre de 2009 otorgaron escritura de liquidación de gananciales, en la que se adjudicó a la esposa el único bien ganancial existente, una vivienda sita en la CALLE000 NUM000 de Torres de la Alameda (Madrid), que fue valorada en cero euros debido a las cargas hipotecarias que tenía.
- 87.- PACKAGES se constituyó en un momento muy próximo a la reclamación efectuada por AVALON, haciendo constar las siglas OC al inicio de la denominación, al igual que ocurre con la denominación de DELIVERIE.
- 88.- PACKAGES tiene el carácter de sociedad unipersonal pues el capital ha sido íntegramente suscrito y desembolsado por la Sra. Brigida , esposa del Sr. Teodulfo , que a su vez era apoderada de DELIVERIE, mientras que el Sr. Teodulfo también era socio único de esta última entidad a partir de octubre de 2006.
- 89.- El domicilio social de PACKAGES inicialmente se residió en la misma ubicación que DELIVERIE, pero el ritmo de su respectiva actividad ha sido inversamente proporcional. DELIVERIE fue disminuyendo su actividad en los meses sucesivos a la constitución de PACKAGES, hasta quedarse al año siguiente con una actividad mínima o testimonial. En cambio, PACKAGES ha incrementado notablemente su cifra de negocios.
- 90.- En fin, se ha acreditado que una parte importante de los clientes de DELIVERIE han pasado a PACKAGES, que desarrolla el mismo o muy parecido objeto social. Parte de los trabajadores también han pasado sin solución de continuidad de una a otra empresa.
- 91.- Con estos mimbres, la Sala considera que la constitución de PACKAGES responde a un fin defraudatorio, cuyo designio fue eludir el pago de la deuda a favor de la actora.
- 92.- El efecto que las apelantes pretenden con la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo consiste en dar lugar a una comunicación de responsabilidad patrimonial, que inicialmente correspondía a DELIVERIE y al Sr. Teodulfo , al objeto de que se extienda a PACKAGES y a su administradora.
- 93.- La Sala considera justificada la extensión de responsabilidad de la deuda reclamada a PACKAGES, de modo que responda por la deuda de DELIVERIE y de su administrador.





94.- Sin embargo, no consideramos adecuado ampliar dicha la extensión de responsabilidad al patrimonio personal de la Sra. Brigida , pues la hipótesis de la que parte la demanda es que PACKAGES es una sociedad solvente que funciona regularmente en el mercado, si bien gracias al traspaso patrimonial ilícito procedente de DELIVERIE.

95.- No podemos admitir, por tanto, que se haya producido un traspaso patrimonial de segundo nivel desde PACKAGES a la Sra. Brigida , pues no existe justificación alguna en este sentido, no ya probatoria, sino ni siquiera alegatoria.

#### **SEPTIMO: INTERESES Y COSTAS.**

96.- Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 LEC , la cantidad objeto de condena se incrementará en dos puntos a partir de esta sentencia

97.- En vista de la estimación del recurso parcial de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con el núm. 2 del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

98.- Dada la estimación de la demanda respecto al Sr. Teodulfo y PACKAGES , se impone a dichos codemandados las costas de la primera instancia ocasionadas a los actores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.2 LEC .

99.- Dada la desestimación de la demanda respecto a la Sra. Brigida , las costas causadas a la misma en primera instancia se imponen a los actores.

#### **FALLO**

1º.- Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de AVALON IN AND OUT S.L y B.L. AVALON S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, con fecha 14 de mayo de 2014 en el seno del procedimiento ordinario nº 745/2012

2º.- Revocamos dicha resolución y estimamos la demanda deducida por AVALON IN AND OUT S.L y B.L. AVALON S.L contra DON Teodulfo y OC PACKAGES AT HOME S.L. En consecuencia, condenamos a los referidos codemandados a que abonen conjunta y solidariamente a B.L. AVALON S.L. la cantidad de MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (1826,57) y a AVALON IN AND OUT S.L la cantidad de DOSCIENTOS VEINTISIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON SESENTA Y UN CÉNTIMOS (227.566,61), más los intereses legales desde el 15 de abril de 2008, que se incrementarán en dos puntos a partir de esta sentencia.

3º.- Absolvemos a DOÑA Brigida de los pedimentos formulados frente a la misma.

4º.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación. Las costas de primera instancia causadas a las actoras se imponen a don Teodulfo y OC PACKAGES AT HOME S.L. Las costas de primera instancia causadas a DOÑA Brigida se imponen a las actoras.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase, en su caso, a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/ o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.