

**Sentencia de 31 de marzo de 2023, núm. 443/2023**  
**Tribunal Supremo, Sección 1, de lo Civil**  
**Recurso núm. 444/2022**

#### **Materia**

Materia Mercantil. Conflictos societarios. Acción social de responsabilidad. Deber de lealtad.

#### **Introducción**

El Tribunal Supremo estima procedente la acción social de responsabilidad contra los administradores por su pasividad al implementar controles para evitar el fraude carrusel en el IVA desde que tuvieron conocimiento de su comisión.

#### **Normativa aplicable**

**Artículo 225 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 (LSC).**

*1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.*

(...)

#### **Artículo 236 de la LSC**

*1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.*

*La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.*

(...)

#### **Antecedentes de hecho**

En julio de 2013, la AEAT inicia actuaciones de inspección en sede de *Cableuropa, S.A.U.* por un posible fraude en el IVA, concretamente por producirse un fraude carrusel con varios de sus proveedores.

En el devenir de las actuaciones inspectoras se celebraron varias reuniones con miembros de la interesada y la AEAT, requiriendo en diversas ocasiones para colaborar, aunque no fue hasta fecha 17 de julio de 2014 cuando manifestaron tal voluntad. Las actuaciones inspectoras finalizaron con acta en conformidad, debiendo la actora asumir el pago de una importante deuda tributaria.

Con posterioridad, *Cableuropa, S.A.U.* ejercitó una acción social de responsabilidad contra D. Eliseo, D<sup>a</sup>. Joaquina y D. Fulgencio, miembros del Consejo de Administración en el momento de

los sucesos, exigiendo el pago de 140 millones de euros en concepto de daños y perjuicios por faltar a su deber de diligencia al no haber implementado los controles adecuados.

### **Conflicto/Controversia**

El conflicto que subyace en el presente asunto consiste en determinar la procedencia del ejercicio de acción social de responsabilidad, siendo controvertido la concurrencia de daño, elemento objetivo y relación de causalidad.

### **Iter cronológico/procesal**

El *iter* cronológico-procesal del presente asunto es el que sigue:

- *Cableuropa, S.A.U.* interpone demanda de juicio ordinario en ejercicio de una acción social de responsabilidad contra D. Eliseo, D<sup>a</sup>. Joaquina y D. Fulgencio ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid.
- En fecha 14 de marzo de 2018, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid dicta Sentencia desestimando la demanda.
- Contra la citada Resolución *Vodafone One, S.A.U.* (sucesora de *Cableuropa, S.A.U.*) interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid.
- En fecha 23 de abril de 2021, la Audiencia Provincial de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación formulado.
- Disconformes con el sentido del fallo, D. Eliseo, D<sup>a</sup>. Joaquina, D. Fulgencio y *Vodafone One, S.A.U.* interponen recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

### **Antecedentes procesales**

Por una parte, el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda al entender que no quedaba acreditada la acción u omisión que causó el daño, la intencionalidad dañosa ni la actuación antijurídica, y la falta de vínculo causal. Frente a esta sentencia se interpuso recurso de apelación, reduciendo el importe solicitado a 72.000 euros por la deuda tributaria y 256.000 euros por el sobrecoste interno.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso formulado. Consideró que los administradores cometieron una conducta omisiva sobre los controles y no una mera negligencia. Sin embargo distinguió entre 2 periodos:

- De julio de 2013 a febrero de 2014. En este periodo considera que no existe relación de causalidad al no haber sido éstos informados del riesgo.
- A partir de 2014. Considera procedente que respondan, pues éstos fueron conscientes de la investigación y dejaron de realizar los controles necesarios para realizarlos.

Por consiguiente, condenó a los demandados al pago de las cuotas entre febrero de 2014 a agosto de 2014.

### **Alegaciones de las partes**

Tanto los demandados como el demandante formularon recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, cada uno esgrimiendo sus propios motivos. Se pueden sintetizar en base a los siguientes:

#### Recurso extraordinario por infracción procesal

### **Demandados**

Primero. Incongruencia interna de la sentencia. Consideran que la sentencia presenta contradicciones en diferentes puntos. Entre otros, dice que en el primer periodo no hay imputación objetiva al haber intervenido terceros (comerciales) en el ilícito tributario, mientras que en el segundo periodo, aun haber intervenido también esos terceros, considera que sí existe imputación objetiva.

Segundo. Incongruencia *extra petita* y *mutatio libelli*. Consideran que en la demanda se ejerció la acción basada en el ánimo de lucro de los demandantes y la falta de controles, pero en apelación el demandante se alejó de esos términos. Asimismo, se tuvieron en cuenta en apelación argumentos que no se formularon en primera instancia, por ejemplo, en la demanda se hablaba de dolo eventual, mientras que en apelación se sostuvo la concurrencia de negligencia.

Tercero. Falta de motivación al llegar a una conclusión totalmente opuesta a la de la primera instancia, respecto del periodo temporal en que se contrae la responsabilidad y sobre el nexo causal entre la conducta dañosa y el daño.

Cuarto. Vulneración de la prohibición de dictar sentencias con reserva de liquidación, pues no se establece el importe exacto de la condena ni fija con claridad las bases para su liquidación.

Quinto. Error patente al valorar la prueba. Consideran improcedente que se les impute una infracción del deber de vigilancia al asumir unos hechos que contradicen totalmente a los probados en primera instancia.

### **Demandante**

Primero. Incongruencia *extra petita*, pues el juicio de responsabilidad realizado a los consejeros no es el que se solicitó en el recurso.

Segundo. Valoración ilógica, arbitraria o no razonable de la prueba en relación con el periodo de julio de 2013 a febrero de 2014. Considera que en ese periodo los consejeros ya eran conscientes del posible fraude.

### Recurso de casación

#### **Demandados**

Primero. Infracción de los artículos 236.1 y 337 LSC. El motivo es formulado por D. Eliseo, al entender que no concurren los requisitos de la acción social y la existencia de una causa que puede exonerarle de culpa. Particularmente, por el hecho de que padeció una grave enfermedad que lo apartó de su cargo entre marzo de 2013 y el verano de 2014.

Segundo. Infracción del artículo 236 LSC. Consideran que no existe daño porque no puede considerarse como tal el pago de un impuesto que no proviene de una sanción, sino de una divergencia de criterios de la AEAT. Asimismo, tampoco ha sido fijado el daño, acudiendo a una fórmula imprecisa.

Tercero. Infracción del artículo 236 LSC al entender que no hay ninguna acción u omisión que provoque la creación del fraude carrusel, por lo que no concurre nexo de causalidad.

Cuarto. Infracción de los artículos 236 LSC y 1902 del Código Civil. En este sentido, en relación con la imputación objetiva, consideran que infringe la prohibición de regreso el hecho de que en el primer periodo se considere que no existió nexo causal y en el segundo sí. Asimismo, entienden que se realiza un juicio contrario a Derecho, pues se realiza en base a la información que se dispone a posteriori, no debiendo realizarse juicios en base a las consecuencias negativas posteriores pues limita la discrecionalidad empresarial.

#### **Demandante**

Primero. Infracción del artículo 225 LSC. Entiende que los consejeros no actuaron con la diligencia de un ordenado empresario durante la totalidad del periodo.

Segundo. Infracción del artículo 236 LSC. Considera que debe atenderse a la jurisprudencia que acude a un criterio de imputación objetiva para determinar la responsabilidad y que ésta debe concurrir a todo el periodo.

#### **Fundamentos de Derecho**

En base a los motivos esgrimidos, el Tribunal Supremo resuelve lo que sigue:

##### Recurso extraordinario por infracción procesal

#### **Demandados**

Primero. La congruencia interna evita la contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo. En vista de la sentencia de apelación, el Tribunal Supremo entiende que no hay incoherencia entre la fundamentación jurídica y el fallo, con independencia de que la explicación de la Audiencia sea acertada.

Segundo. La prohibición de *mutatio libelli* tiene como fundamento la indefensión que se provocaría a la contraparte poder variar algún aspecto esencial de su pretensión. Por tanto, limita el principio *iura novit curia*, pues el juez debe aplicar las normas al caso, pero sin poder acudir a hechos o fundamentos de derecho distintos a las que las partes han hecho valer. En base a ello, el Tribunal Supremo considera que la Audiencia no se aleja de las pretensiones iniciales, pues les condena por el incumplimiento del deber de diligencia y *culpa in vigilando*.

Tercero. El Tribunal Supremo ha establecido de manera reiterada que la motivación exige que se exteriorice el fundamento de la decisión adoptada, pero no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos. Todos los motivos de impugnación por este cauce son desestimados, en base a que la Audiencia Provincial no se encuentra vinculada por la fundamentación de primera instancia, considera motivada su decisión y advierte que este cauce no sirve para realizar una reinterpretación de la prueba.

Cuarto. A la vista de la sentencia, considera que sí se establecen las bases para calcular la indemnización mediante operación aritmética, aunque se postergue la determinación del importe exacto a fase de ejecución.

Quinto. Desestima el motivo en base a que la Audiencia Provincial no se encuentra ligada a la valoración probatoria realizada en primera instancia.

#### **Demandante**

Primero. Es desestimado al entender que, en la formulación del motivo, el recurrente pretende que se discuta si el deber de diligencia es objetivo o subjetivo, siendo ésta una cuestión jurídica impropia de este cauce procesal.

Segundo. Para evitar que este cauce sea una tercera instancia, el Tribunal solo podrá entrar a valorar la prueba si se trata sobre un error fáctico y patente. Considera que la valoración de la Audiencia no pugna contra ningún dato objetivo lo contrario palmariamente.

#### Recurso de casación

##### **Demandados**

Primero. Desestima el motivo porque sus afirmaciones no se encuentran en la base fáctica de la sentencia y, además, constata que no se renunció a su cargo y participó en reuniones donde se trataba el asunto.

Segundo. Frente a la argumentación del recurrente de que se les está condenando al pago de un impuesto, el Tribunal Supremo entiende que se les condena al pago de una indemnización equivalente a las deducciones indebidamente realizadas, siendo este el daño al perder el derecho a las mismas. También considera suficientemente fijada la base de cálculo.

Tercero. Entiende que sí hay un nexo causal, pues el acto ilícito, eso es, la pasividad al implementar los controles, fue lo que motivó el daño patrimonial, la inadmisión de las deducciones en el IVA.

Cuarto. La imputación objetiva obliga a valorar, más allá de la existencia de una relación causal, otros criterios, como la proximidad de la conducta realizada o la prohibición de regreso, evitando que respondan de consecuencias remotas o indirectas. Considera acertada la argumentación de la Audiencia de que no pueden escudarse en el sistema multinivel de gestión del riesgo, puesto que los hechos eran conocidos y tenían facultades de intervención directa sobre ellos.

En cuanto a la discrecionalidad empresarial, se parte de que la gestión empresarial siempre tiene un riesgo derivado de la incertidumbre sobre las consecuencias de las decisiones adoptadas. El Tribunal entiende que no pueden ampararse en ello porque no existió decisión estratégica y de negocio, sino una mera actitud omisiva para adoptar controles. Además considera que no existe un juicio *ex post* porque una vez fueron informados tampoco tomaron medida para impedirlo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo discrepa en el momento en que debe ser fijado el punto en que hay responsabilidad. Entiende que es más acertado el 30 de abril porque es una primera reunión en que sí intervinieron directivos y en que se les requirió para tomar medidas al respecto.

##### **Demandante**

Primero. La antijuricidad de la conducta se predica de actos contrarios a la ley, estatutos o los deberes inherentes a su cargo, como el deber de diligencia. Este deber conlleva el deber de cumplimiento normativo, pero exige un previo conocimiento de la posible infracción. Por tanto, el motivo se ve desestimado.

Segundo. El Tribunal entiende que la teoría no impide que puedan existir lapsos de tiempo en que de la valoración jurídica y de la prueba se considere que sí concurren los requisitos y en otros no.

En cuanto a las costas, al verse desestimados todos los motivos de infracción procesal se les impone las costas, así como al demandante respecto de las de casación. Por lo que hace al recurso de casación interpuesto por los demandados no se les impone al verse estimado.

#### **Parte dispositiva**

El Tribunal Supremo **desestima** íntegramente los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos, así como el recurso de casación formulado por *Vodafone One, S.A.U.* Sin embargo, **estima** el recurso de casación interpuesto por los administradores demandados.