



Roj: **STS 1290/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1290**

Id Cendoj: **28079110012023100414**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2023**

Nº de Recurso: **444/2022**

Nº de Resolución: **443/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 443/2023**

Fecha de sentencia: 31/03/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 444/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 444/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 443/2023**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. **Pedro José Vela Torres**

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 31 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por:



D. Eliseo , representado por el procurador D. Antonio García Martínez, bajo la dirección letrada de D. Roberto Martínez Pérez; D.ª Joaquina , representada por el procurador D. Germán Marina i Grimau, bajo la dirección letrada de D. Juan Sánchez Corzo; D. Fulgencio , representado por la procuradora D.ª Adela Cano Lantero, bajo la dirección letrada de D. Fernando Bedoya, D. Jesús Cudero Blas y D. Javier Tarjuelo Pozo; y Vodafone One S.A.U., representada por la procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Rodríguez Álvarez, D. Alberto Manzanares Entrena y D. Vicente Español Casamayor; contra la sentencia núm. 173/2021, de 23 de abril, dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 4059/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 211/2015 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid. Sobre acción social de responsabilidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de CABLEUROPA S.A.U., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Eliseo , D.ª Joaquina y D. Fulgencio , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"estime íntegramente la acción social de responsabilidad que se formula contra dichas personas y condene a los Demandados a indemnizar de forma solidaria a CABLEUROPA por el daño causado como consecuencia de sus actuaciones e incumplimientos de los deberes inherentes a su cargo, en la cuantía de 140.040.000 euros, todo ello con expresa imposición de las costas a los demandados en el caso de que se opongán a esta demanda, así como todo lo demás procedente en Derecho".

2.- La demanda fue presentada el 9 de marzo de 2015 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid, se registró con el núm. 211/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- Las representaciones respectivas de D.ª Joaquina , de D. Eliseo y de D. Fulgencio , contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid dictó sentencia n.º 38/2018, de 14 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por CABLEUROPA, S.A.U., siendo demandados don Eliseo , doña Joaquina y don Fulgencio , debo absolver y absuelvo a éstos de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición a la parte actora de las costas causadas."

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Vodafone One S.A.U. (antes CABLEUROPA S.A.U.)

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 4059/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 173/2021 de 23 de abril, cuya parte dispositiva dispone:

"1.- ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por VODAFONE ONO, S.A.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 3 en los autos de juicio ordinario número 211/2015 con fecha 14 de marzo de 2018.

"2.- En consecuencia, REVOCAR la meritada sentencia para acordar en su lugar ESTIMAR PARCIAMENTE la demanda promovida por VODAFONE ONO, S.A.U. contra D.ª Joaquina , D. Eliseo y D. Fulgencio , con los siguientes pronunciamientos:

2.1.- Se condena a D.ª Joaquina , D. Eliseo y D. Fulgencio , en concepto de obligados solidarios, a que abonen a VODAFONE ONO, S.A.U. aquellos importes de la liquidación recogida en el acta de Inspección de la Hacienda del Estado fechada el 29 de enero de 2015 que corresponden a cuotas de IVA deducidas en el periodo comprendido entre los meses de febrero y agosto de 2014 cuya deducción se deniega.

2.2.- No se hace expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de primera instancia.

"3.- No hacer expresa imposición de las costas de segunda instancia."

3.- La Audiencia Provincial dictó auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:



"1.- No ha lugar a las aclaraciones de la sentencia recaída en el presente rollo interesadas por D<sup>a</sup> Joaquina , D. Fulgencio y D. Eliseo , con la excepción que a continuación se dirá.

"2.- Procede aclarar el pronunciamiento 2.1 del fallo de la referida sentencia, en el sentido de que donde dice:

"2.1.- Se condena a D<sup>a</sup> Joaquina , D. Eliseo y D. Fulgencio , en concepto de obligados solidarios, a que abonen a VODAFONE ONO, S.A.U. aquellos importes de la liquidación recogida en el acta de Inspección de la Hacienda del Estado fechada el 29 de enero de 2015 que corresponden a cuotas de IVA deducidas en el periodo comprendido entre los meses de febrero y agosto de 2014 cuya deducción se deniega".

DEBE DECIR:

"2.1.- Se condena a D<sup>a</sup> Joaquina , D. Eliseo y D. Fulgencio , en concepto de obligados solidarios, a que abonen a VODAFONE ONO, S.A.U. aquellos importes de la liquidación recogida en el acta de Inspección de la Hacienda del Estado fechada el 29 de enero de 2015 que corresponden a cuotas de IVA deducidas en el periodo comprendido **entre el 4 de febrero y el 31 de agosto de 2014** cuya deducción se deniega".

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

**1.-** El procurador D. Antonio García Martínez, en representación de D. Eliseo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de los arts. 399.1, 400 y 412 LEC, en relación con los arts. 216 y 218.1 LEC, y el art. 24 CE: la sentencia de apelación se aparta de la causa de pedir, incurriendo en la interdicción de la '*mutatio libelli*' e incongruencia.

"Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 218.1 LEC con infracción del art. 24 CE, por incongruencia interna de la sentencia de apelación, al dictarse el fallo en contra de los fundamentos de derecho de la propia sentencia.

"Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 218.1 LEC por falta de motivación de la sentencia, e infracción del art. 120.3 CE, en relación con el art. 24 CE, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, en cuanto a determinar el periodo de responsabilidad del Sr. Eliseo .

"Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de los arts. 209.4º y 219.2 LEC: la sentencia vulnera la prohibición de dictado de sentencias con reserva de liquidación, dado que el fallo no determina la cuantía objeto de condena, ni precisa las bases para su posterior liquidación".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de los arts. 236.1 y 237 LSC, en relación con el art. 1104 CC: la sentencia de apelación condena a mi mandante sin concurrir los presupuestos legales para la prosperabilidad de la acción social, pero no aprecia que sí concurren circunstancias que le exoneran de la misma.

"Segundo.- Infracción del art. 226 LSC: la sentencia de apelación realiza un juicio *ex post facto*, contrario a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y a la doctrina del "*business judgment rule*".

"Tercero.- Infracción del art. 236.1 LSC: la sentencia realiza una errónea valoración jurídica al determinar la existencia de un daño, y no fijar su alcance económico.

"Cuarto.- Infracción del art. 236.1 LSC: la sentencia realiza una errónea valoración jurídica de la existencia de relación de causalidad".

**2.-** El procurador D. Germán Marina i Grimau, en representación de D.<sup>a</sup> Joaquina , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por vulneración del artículo 218.1 LEC, debido a la incongruencia interna de la sentencia, y por infracción del artículo 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente, por haberse dictado un fallo contrario a los propios fundamentos de derecho de la sentencia, con relación a la doctrina de la imputación objetiva y la ruptura del nexo causal.

"Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por vulneración del artículo 218.1 LEC, debido a la incongruencia interna de la sentencia, y, simultáneamente, por infracción del artículo 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente, al haberse condenado a

la demandada en base a lo sucedido en la reunión de septiembre de 2013, cuando en los fundamentos de derecho, con relación a esa misma reunión, se afirma que no concurre el elemento causal que permita fundar el juicio de responsabilidad.

"Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por vulneración del principio de justicia rogada ( artículo 216 LEC), el deber de congruencia de las sentencias ( artículo 218.1 LEC) y la prohibición de cambio de la demanda ( art. 412.1 LEC), al haberse dictado el fallo apartándose de la causa de pedir de la demanda, como consecuencia de la *mutatio libelli* operada en el escrito de interposición del recurso de apelación; y, simultáneamente, por infracción del artículo 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución de fondo congruente con la causa de pedir, con prohibición de indefensión, derivada de la incongruencia *extra petita* de la sentencia, dado que en la demanda se ejercitó una acción basada en el ánimo de lucro de los tres demandados y en la eliminación de controles en RIV y la sentencia de apelación condena prescindiendo de estos dos elementos de la acción.

"Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.2º, por infracción del artículo 218.2 LEC, debido a la falta de motivación de la sentencia y, simultáneamente, por infracción del artículo 120.3 CE, en relación con el 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una sentencia motivada, todo ello al negar que se decidiera y se llevara a cabo el corte de tráfico con los clientes y proveedores incluidos en la lista de posibles defraudadores de la AEAT, en contra de los hechos probados de la sentencia de instancia y sin modificarlos.

"Quinto.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción del artículo 218.2 LEC, debido a la falta de motivación de la sentencia y, simultáneamente, por infracción del artículo 120.3 CE, en relación con el 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, a la hora de determinar el periodo de responsabilidad que afecta a la Sra. Joaquina .

"Sexto.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción del artículo 218.2 LEC, debido a la falta de motivación de la sentencia y, simultáneamente, por infracción del artículo 120.3 CE, en relación con el 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, con relación a la concurrencia de nexo causal entre la conducta dañosa y el daño soportado por la demandante. Dicha concurrencia no se fundamenta, solo se considera "diáfana".

"Séptimo.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de los artículos 209.4ª y 219.2 LEC, al haber vulnerado la sentencia la prohibición de dictado de sentencias con reserva de liquidación, dado que el fallo no determina la cantidad objeto de la condena ni fija con claridad y precisión las bases para su liquidación, que en modo alguno puede consistir en una mera operación aritmética."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por infracción de los arts. 1902 CC y 236.1 LSC, por incorrecta aplicación de los criterios de imputación objetiva y de la prohibición de regreso, que han conducido a la imputación del resultado dañoso a mi mandante, aun cuando existe un hecho recogido en la propia sentencia que permite cuestionar fundadamente la prevalencia causal de la conducta que se le atribuye, en la generación del perjuicio.

"Segundo.- Por infracción del art. 225 en relación con el art. 226, ambos de la LSC: la sentencia de apelación realiza un juicio *ex post facto*, contrario a la jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo y a la doctrina del "*business judgment rule*".

"Tercero.- Infracción del art. 236 de la LSC: la sentencia realiza una errónea valoración jurídica al determinar la existencia de un daño y al no fijar su alcance.

"Cuarto.- Por infracción del art. 236, de la LSC: la sentencia realiza una errónea valoración jurídica de la existencia de relación de causalidad entre las omisiones reprochadas y el daño a cuyo pago ha sido condenada mi mandante."

**3.-** La procuradora D.ª Adela Cano Lantero, en representación de D. Fulgencio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Se basa en el artículo 469.1.4º LEC, por violación de Derechos Fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, al incurrir la Sentencia de Apelación en un error patente en la valoración de la prueba, que ha situado a mi representado en una situación de indefensión.

"Segundo.- Se basa en el artículo 469.1.2º LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en particular, del artículo 218 LEC, al incurrir la Sentencia de Apelación en una incongruencia interna.



"Tercero.- Se basa en el artículo 469.1.2º LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en particular, del artículo 218 LEC, al incurrir la Sentencia de Apelación en una incongruencia interna.

"Cuarto.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en particular, del artículo 209.4 LEC en relación con el artículo 219 LEC, puesto que la Sentencia no establece ni un importe concreto de condena, ni las bases para su cálculo."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- La norma que se identifica como infringida es el artículo 225 LSC, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el control jurisdiccional de las decisiones de los administradores, actualmente recogida en el artículo 226.1 LSC.

"Segundo.- Infracción del artículo 236.1 LSC81 y la doctrina jurisprudencial en materia de imputación objetiva, para la determinación de la existencia o inexistencia de la llamada causalidad jurídica entre la conducta antijurídica que se imputa y el daño. La posibilidad del examen del juicio de imputación en sede casacional es pacífica en la doctrina jurisprudencial, en tanto que se trata de una valoración jurídica y, por ende, una cuestión jurídica."

**4.-** La procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en representación de VODAFONE ONE, S.A.U., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC por infracción del art. 218.1 LEC toda vez que, como se denunció en apelación (vid. pág. 44 y ss.), la Sentencia de Primera Instancia adolecía de falta de congruencia que se reitera en la Sentencia Recurrída.

"Segundo.- Se articula al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración de la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE) que exige respeto a las reglas sobre la valoración de la prueba, sin incurrir en valoraciones ilógicas, no razonables o arbitrarias."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del deber de diligencia previsto en el artículo 225 LSC, por aplicación errónea: la actuación desplegada por los consejeros, aun sin que mediara una omisión deliberada, supuso la infracción del deber general de diligencia exigido a todo administrador y ello debe suponer la estimación de su responsabilidad, debiéndose extender la misma al periodo relevante.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, por infracción del artículo 236 LSC. La jurisprudencia imperante aboga por un criterio de la imputación objetiva de la causalidad para estimar la acción de responsabilidad. Dicho criterio concurrió en nuestro caso a pesar de que la audiencia provincial no lo haya considerado así: la argumentación de esta parte puesta en relación con el tenor de la jurisprudencia imperante debió tener como consecuencia la determinación de que la infracción del deber de diligencia cometida por parte de los consejeros durante el periodo relevante fue la que ocasionó el daño derivado del denominado fraude carrusel de IVA a Vodafone.

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, por infracción, por aplicación errónea, del artículo 225 LSC: de conformidad con lo narrado en el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, es meridiano que la audiencia provincial valoró de forma ilógica, irracional y arbitraria la prueba y, de su nuevo análisis, debe apreciarse que medió omisión deliberada en la actuación infractora de los consejeros en el período relevante entre julio de 2013 y febrero de 2014."

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de noviembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos, respectivamente, por las representaciones procesales de Cableuropa, S.A.U. (actual Vodafone España, S.A.U.), de D. Fulgencio, de D. Eliseo, y de D.ª Joaquina contra la sentencia n.º 173/2021, de 23 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, en el rollo de apelación n.º 4059/2018, dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 211/2015, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid."

**3.-** Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.



4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 1 de marzo de 2023, en que tuvo lugar. Debido a la huelga convocada por los Letrados de la Administración de Justicia, la notificación de la providencia de señalamiento se produjo con posterioridad a la fecha de la deliberación, votación y fallo. No obstante, una vez notificada dicha providencia, las partes no han alegado ningún perjuicio concreto derivado de este hecho, ni han puesto en conocimiento del tribunal la concurrencia de causas de recusación o de alguna otra circunstancia que pudiera determinar algún género de indefensión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Cableuropa S.A.U. era una sociedad filial del grupo de sociedades Grupo Ono, cuya matriz era Grupo Corporativo Ono S.A., que en julio de 2014 fue adquirido por Vodafone España S.A.

2.- En julio de 2013, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT o la Agencia Tributaria) inició una inspección fiscal por fraude de IVA.

3.- En el marco de esa investigación, el 4 de febrero de 2014 se celebró una reunión entre inspectores de la AEAT y una empleada del departamento fiscal de Cableuropa, en la que ésta fue informada de la existencia de un fraude tributario que implicaba a varios de sus proveedores, y le pidieron que hiciera las revisiones oportunas, así como mantener una reunión posterior para que les explicaran cómo funcionaba el negocio y las relaciones de la empresa con sus proveedores.

4.- Ese mismo día 4 de febrero, la empleada de Cableuropa que había estado en la reunión envió un correo electrónico a la directora de su departamento en el que contaba lo sucedido en ella, incluía un esquema de cómo funcionaba un fraude carrusel de IVA y daba los nombres de los proveedores implicados que le habían facilitado los inspectores, con indicación de que podría haber más. Asimismo, indicó que los inspectores le habían advertido que había que comprobar que Cableuropa no conocía el fraude, pues de lo contrario sería responsable del IVA dejado de pagar.

5.- A mediados de marzo de 2014 y tras recibir un requerimiento al efecto, se preparó un informe para la AEAT con datos sobre las reventas y los proveedores.

6.- El 28 de abril de 2014, las responsables del departamento fiscal de Cableuropa hicieron una presentación en la que figuraban los datos facilitados por la AEAT, una relación de los proveedores implicados y se daba traslado de la intención de la AEAT de iniciar actuaciones contra Cableuropa, porque consideraban que su comportamiento no había sido diligente, como demostraba que las operaciones fraudulentas hubieran continuado durante el año 2014.

7.- El 30 de abril de 2014 se celebró una reunión entre inspectores de la AEAT y directivos de Cableuropa en la que se requirió a estos para que cortaran la línea de negocio con los proveedores investigados, lo que en ese momento no fue atendido. La Sra. Joaquina trasladó a los funcionarios de Hacienda que no consideraban que todavía hubiera una prueba concluyente y que, mientras tanto, seguirían con el negocio de reventa y evitar que se fuera a la competencia.

8.- Pese a que, a partir de esa reunión, Cableuropa realizó algunas investigaciones sobre varios empleados que sospechaba que pudieran estar implicados en el fraude e incluso se planteó formular una querrela contra ellos, no informó al respecto a la AEAT, ni cortó el negocio con los proveedores afectados por la investigación.

9.- El 17 de julio de 2014 y tras nuevos requerimientos e informaciones de la AEAT, hubo una nueva reunión entre funcionarios de la Agencia Tributaria y directivos de Cableuropa, en la que éstos manifestaron ya su voluntad de colaborar en el sentido requerido.

10.- El 29 de enero de 2015 se firmó un acta de conformidad por Cableuropa ante la AEAT, en la que se recogía que:

(i) "Las operaciones realizadas por Cableuropa con determinados proveedores forman parte de un fraude en el IVA, cometido por tales proveedores o por otros proveedores anteriores en la cadena de dichas prestaciones"; y

(ii) Cableuropa "debía haber sabido que dichas operaciones formaban parte de un fraude cometido por sus proveedores u otros proveedores anteriores".

Como consecuencia de ello, se acordó de conformidad que las cuotas repercutidas a Cableuropa por tales proveedores y que no habían sido ingresadas en el Tesoro Público, no podrían ser deducidas por Cableuropa.

11.- Cableuropa S.A.U. (hoy Vodafone Ono S.A.U.) formuló una demanda contra D. Eliseo, Dña. Joaquina y D. Fulgencio, miembros de su consejo de administración en el periodo a que se refieren los actos que se les



imputan (periodo relevante), en ejercicio de la acción social de responsabilidad contra administradores prevista en el art. 238 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), y en la que solicitaba la condena de los demandados al pago de 140.040.000 €, importe en que cifraba los daños ocasionados por diversos conceptos a la compañía, a consecuencia de la defectuosa gestión del negocio mayorista internacional de reventa de voz de la compañía (Área RIV, en lo sucesivo).

Resumidamente, se argumentaba en la demanda que los demandados habían faltado al deber de diligencia, por no haber implementado los controles adecuados en el área de negocio que dio lugar a la regularización tributaria, a pesar de conocer la existencia de graves riesgos de responsabilidad tributaria. Igualmente se les achacaba la infracción de los deberes de lealtad, por ocultar a la sociedad matriz su implicación en el fraude del IVA.

**12.-** Tras la oposición de los demandados, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar, resumidamente, que: (i) no estaba acreditada la conducta activa u omisiva en que se fundamentaba la acción social; (ii) no apreció antijuridicidad en la actuación de los demandados, ni intencionalidad dañosa; (iii) no hubo vínculo causal entre la conducta imputada y el resultado dañoso.

**13.-** Cableuropa presentó un recurso de apelación, en el cual circunscribió su pretensión a los siguientes conceptos, con renuncia a los demás incluidos en la demanda: (i) importe de la liquidación recogida en el acta de la Inspección de Hacienda del Estado, de 29 de enero de 2015, por la que se regulariza la situación tributaria de la apelante en lo relativo a la no deducibilidad de cuotas de IVA no ingresadas en los periodos de liquidación correspondientes al periodo comprendido entre enero de 2011 y agosto de 2014, que refleja una deuda tributaria a cargo de Cableuropa de 72.286.927 € (IVA deducido, intereses y recargos); y (ii) 256.390 €, correspondientes a sobrecostes internos.

**14.-** La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación y, consecuentemente, la demanda. Consideró que la conducta denunciada consistía en la omisión deliberada de controles y no en la simple negligencia y ello en dos períodos: a partir de julio de 2013 y a partir de febrero de 2014. Respecto del primer período, no consideró que los demandados hubieran sido informados del riesgo de implicación en un fraude fiscal, por lo que no apreció la existencia de relación de causalidad. Respecto del segundo período, sí que apreció que, dada la existencia de una investigación por fraude de IVA, los demandados dejaron conscientemente de ejercitar los controles necesarios o lo hicieron de forma contraria a los deberes de diligencia. Y añadió que el móvil o finalidad de esa omisión no tenía transcendencia a los efectos de la determinación de su responsabilidad.

En cuanto al daño, consideró que únicamente resultaba exigible el importe correspondiente a las cuotas de IVA deducidas entre febrero de 2014 y agosto de 2014, sin señalar la cantidad resultante.

**15.-** La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida por todas las partes, mediante sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

**16.-** Por razones de lógica procesal, se examinarán primero los recursos de los demandados y en último lugar los de la demandante.

**SEGUNDO.-** *Advertencia previa sobre la sistemática de los recursos de infracción procesal y de casación de los demandados y sobre su resolución*

En cuanto que los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación de los tres demandados son coincidentes en su formulación y argumentación en varios de sus motivos, y dado que, a su vez, algunos de los motivos son antecedentes de otros posteriores, procederemos a una reagrupación y reordenación de los distintos motivos de los tres recursos, según sea necesario, para una mejor resolución y exposición de los razonamientos y evitación de inútiles y engorrosas reiteraciones.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal de los demandados**

**TERCERO.-** *Primer y segundo motivos de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina . Primer motivo de infracción procesal del recurso del Sr. Eliseo . Incongruencia interna de la sentencia*

*Planteamiento:*

**1.-** Estos motivos de infracción procesal se formulan al amparo del art. 469.1.2º LEC, por vulneración del artículo 218.1 LEC, debido a la incongruencia interna de la sentencia, y por infracción del artículo 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente, por haberse dictado un fallo contrario a los propios fundamentos de derecho de la sentencia, con relación a la doctrina de la imputación objetiva y la ruptura del nexo causal.



2.- En el desarrollo de los motivos se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida es contradictoria, porque tras exponer la doctrina de la imputación objetiva concluye que en el primer periodo examinado no concurría relación causal por la intervención de terceros, mientras que en el segundo periodo no aprecia dicha inexistencia de causalidad pese a que también intervinieron terceros, como se desprende de la propia acta de la Inspección tributaria, que señala a comerciales de Cableuropa como posibles intervinientes en el fraude fiscal. Si para la Audiencia Provincial resulta claro que la intervención de los comerciales del área rompe el nexo causal entre la actuación de los demandados y el daño producido antes del 4 de febrero, tendría que haber llegado a la misma conclusión respecto del periodo iniciado ese día y, en consecuencia, haber desestimado la demanda, al no concurrir el nexo causal, roto por la intervención de terceros.

Asimismo, alegan los recurrentes, resumidamente, que la sentencia es contradictoria al condenar a la recurrente con fundamento en lo sucedido en la reunión de septiembre de 2013, cuando en los fundamentos de derecho, con relación a esa misma reunión, afirma que no concurre el elemento causal que permita fundar el juicio de responsabilidad.

*Decisión de la Sala:*

1.- Como hemos declarado, entre otras muchas, en las sentencias 169/2016, de 17 de marzo, 484/2018, de 11 de septiembre, y 561/2022, de 12 de julio, la llamada "congruencia interna" se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre fundamentación jurídica y fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que desembocan en un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre).

La lógica a la que se refiere el art. 218.2 LEC es la del entramado argumentativo, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo. Como precisó la sentencia 705/2010, de 12 de noviembre, la exigencia del art. 218.2, *in fine*, LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del tribunal y no a si son lógicas la interpretación jurídica y la conclusión de tal naturaleza efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propias del recurso de casación.

2.- En este caso no hay desconexión o incoherencia entre los fundamentos jurídicos y el fallo. Al contrario, en la sentencia se explica por qué considera que las circunstancias fueron diferentes en cada uno de los dos periodos analizados y por qué en el primero aprecia que no hubo relación de causalidad entre la conducta de los demandados y el daño y en el segundo sí. Tales consideraciones pueden ser acertadas o no desde el punto de vista probatorio o desde el punto de vista jurídico, pero es evidente que no incurren en el defecto procesal denunciado.

3.- Tampoco se aprecia que la sentencia sea incoherente por contradicción entre lo razonado y lo resuelto. Incluso aunque a efectos meramente dialécticos admitiéramos que la contradicción no debe darse entre los fundamentos jurídicos y el fallo, sino que puede existir entre distintos fundamentos jurídicos entre sí, es cierto que la sentencia no considera probado que en la reunión de septiembre de 2013 se informara a los consejeros del riesgo de fraude fiscal en el Área RIV, pero no acaba imputando a los consejeros por lo ocurrido en dicha reunión, sino que razona que, tras haber existido ese antecedente, una vez que conocieron la existencia de la investigación por la Agencia Tributaria en febrero de 2014, deberían haber adoptado medidas de control. Es decir, la mención a la reunión de 2013 es tangencial y posiblemente innecesaria, pero lo determinante es que a lo que se otorga relevancia es a la información ya conocida en febrero de 2014.

4.- En consecuencia, estos motivos de infracción procesal deben ser desestimados.

**CUARTO.-** *Tercer motivo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina . Primer motivo de infracción procesal del recurso del Sr. Eliseo . Congruencia y mutatio libelli (cambio de demanda)*

*Planteamiento:*

1.- Estos motivos de infracción procesal se formulan al amparo del art. 469.1.2º LEC, por vulneración del principio de justicia rogada ( art. 216 LEC), el deber de congruencia de las sentencias ( art. 218.1 LEC) y la prohibición de cambio de la demanda ( art. 412.1 LEC), al haberse dictado el fallo apartándose de la causa de pedir de la demanda, como consecuencia de la *mutatio libelli* operada en el escrito de interposición del recurso de apelación; y, simultáneamente, por infracción del artículo 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial



efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución de fondo congruente con la causa de pedir, con prohibición de indefensión, derivada de la incongruencia *extra petita* de la sentencia.

Asimismo, denuncian la vulneración de los arts. 399.1 y 400 LEC, en relación con los arts. 216 y 218.1 LEC y 24 CE, por alteración de la causa de pedir, con incongruencia, y *mutatio libelli*.

2.- En el desarrollo de los motivos, las partes recurrentes argumentan, sintéticamente, que en la demanda se ejercitó una acción basada en el ánimo de lucro de los tres demandados y en la eliminación de controles en RIV y, sin embargo, la sentencia de apelación condena prescindiendo de estos dos elementos de la acción.

También alegan que la sentencia de apelación tomó en consideración alegaciones de la parte apelante que no habían sido formuladas en primera instancia, lo que alteró de forma muy sustancial los términos del debate y causó indefensión a los demandados. En concreto, la acción social se formuló sobre la base de la intencionalidad de los codemandados en sus actuaciones, con referencia expresa al dolo eventual, mientras que en el recurso de apelación se cambió la alegación y se sostuvo la concurrencia de negligencia, grave o incluso leve. Y como producto de ello, la Audiencia Provincial considera irrelevante cuál fuera la intencionalidad de la actuación de los consejeros, si lucrarse o buscar el bien de la empresa, lo que ni siquiera analiza, con lo que modifica la acción u omisión que en la demanda sirvió de fundamento de la pretensión de Vodafone.

*Decisión de la Sala:*

1.- La prohibición del cambio de demanda o *mutatio libelli* se encuentra recogida en el art. 412 LEC ("Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles"), en relación con los arts. 400 ("Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos") y 426 ("Alegaciones complementarias y aclaratorias") de la misma Ley. Como recuerda la sentencia del Pleno de esta Sala núm. 537/2013, de 14 de enero de 2014, esta prohibición tiene su fundamento último en la prohibición de la indefensión que se contiene en el art. 24 CE, pues si se permitiera al actor variar algún aspecto esencial de la pretensión -petición, *causa petendi* o sujetos contra quienes la dirige-, se limitarían las posibilidades de defensa de la parte demandada. Si bien la propia LEC permite la introducción de algunas modificaciones, mediante la formulación de alegaciones complementarias ( arts. 412.2, 426.2 y 3 LEC).

Esta prohibición de cambio de demanda o de contestación es uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio, como estado procesal; y la apreciación de que se vulnera este principio de la *mutatio libelli* supone que no puede tacharse de incongruente la sentencia que no resuelve sobre los hechos o pretensiones nuevos indebidamente introducidos en el proceso en momento extemporáneo ( sentencias de esta sala 930/2002, de 15 de octubre; 495/2003, de 22 de mayo; 24/2004, de 3 de febrero; 750/2005, de 21 de octubre; y 1058/2006, de 23 de octubre; y del Tribunal Constitucional 182/2000 y 187/2000, ambas de 10 de julio). Según declaramos en la sentencia 389/2016, de 8 de junio:

"El demandado sólo puede defenderse, al contestar a la demanda, de las alegaciones que aquella contiene, que no pueden modificarse a lo largo del proceso, salvo que existan hechos nuevos o de nueva noticia ( art. 286 de la propia LEC), las precisiones en la audiencia previa del artículo 426 en relación, precisamente, con el artículo 412.2, y la reconvencción (artículo 406). Sólo conociendo los términos de la pretensión, que pueden precisarse en la forma citada, pero no modificarse, podrán ser discutidos por el demandado, articulando medios de prueba dirigidos a tal fin".

2.- La jurisprudencia de esta sala ha negado que la causa de pedir estuviera integrada única y exclusivamente por hechos puros, despojados de cualquier consideración jurídica. Muy al contrario, como recuerda la sentencia 361/2012, de 18 de junio, por causa de pedir debe entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada, o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal. Por ello, la causa de pedir tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez para aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio *iura novit curia*, descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por lo demás resulta del art. 218 LEC, al disponer que el tribunal deberá resolver conforme a las normas aplicables al caso, pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. Como consecuencia de lo cual, como resalta la sentencia 359/2001, de 3 de abril, el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia, consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión ( art. 24 CE), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate, generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa que deviene inane si se altera la pretensión.



3.- Desde esa perspectiva, no puede considerarse que haya existido cambio de la pretensión ni incongruencia *extra petita*. En la demanda no se afirmaba que la responsabilidad imputada a los demandados lo fuera por su afán de enriquecerse a costa de la sociedad (ánimo de lucro), sino que argumentaba que fue esa intención lucrativa (cobrar un bonus) lo que motivó que incurrieran en la conducta negligente. Y lo que la Audiencia Provincial consideró antijurídico y merecedor de reproche fue la omisión deliberada de controles en el Área RIV, por lo que no dio pábulo a ningún cambio de demanda.

Por la misma razón, tampoco ha existido incongruencia, puesto que en la demanda se fundamentaba la responsabilidad de los consejeros frente a la sociedad en su conducta negligente (*rectius*, infracción del deber de diligencia) y eso es lo que acaba apreciando la sentencia recurrida, más allá de cuál fuera la intencionalidad o motivación de los consejeros para incurrir en dicha infracción de su deber de diligencia.

4.- Lejos de incurrir en un cambio de pretensión, la sentencia recurrida se ciñe perfectamente a lo pretendido. A la vista de lo alegado en la demanda y en el recurso de apelación, argumenta que se imputan a los consejeros dos incumplimientos: (i) el del deber de diligencia, establecido en el art. 225 LSC; y ii) culpa *in vigilando*, en relación con la operativa instaurada en el desarrollo de la línea de negocio por parte de los empleados del área en cuestión, conectada al régimen de responsabilidad vicaria del empresario del art. 1903 CC. Y respecto del incumplimiento del deber de diligencia, aclara que la conducta denunciada consiste en la omisión de los controles en el Área de RIV, si bien matiza que, en todo caso, la conducta, tal y como se configuraría en la demanda, debía ser deliberada, por lo que "únicamente cabrá establecer dicho juicio de responsabilidad a partir de la constatación de una omisión deliberada, pues en estos términos se perfiló expresamente la conducta relevante en la demanda".

5.- Como consecuencia de ello, estos motivos de infracción procesal también deben ser desestimados.

**QUINTO.-** *Cuarto motivo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina . Falta de motivación sobre el cambio de criterio respecto de la sentencia de primera instancia*

*Planteamiento:*

1.- El motivo cuarto de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina , enunciado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 218.2 LEC, por falta de motivación de la sentencia y, simultáneamente, por infracción del artículo 120.3 CE, en relación con el 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una sentencia motivada.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente arguye, resumidamente que la sentencia de apelación llega a una conclusión diametralmente opuesta a la de primera instancia respecto de la interrupción del tráfico con las empresas partícipes de la trama fraudulenta, sin motivar ni razonar por qué llega a esa conclusión, ni justificar cómo se ha valorado y apreciado la prueba practicada para llegar a ese resultado.

*Decisión de la Sala:*

1.- La motivación debe permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, lo que implica la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo su comprensión. Pero dicha exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla ( sentencias 294/2012, de 18 de mayo; 774/2014, de 12 de enero de 2015; y 484/2018, de 11 de septiembre).

2.- A diferencia de lo que sucede en el recurso extraordinario por infracción procesal, que no constituye una nueva instancia, el recurso de apelación, conforme al art. 465.5 LEC, implica una cognición plena, de tal modo que la Audiencia Provincial se sitúa en la misma posición que el órgano de primera instancia y puede revisar con plenitud de facultades la prueba practicada y las conclusiones fácticas y jurídicas a que llega la sentencia apelada ( sentencia 507/2022, de 28 de junio). En consecuencia, en contra de lo que parece postularse en el motivo, la Audiencia Provincial no estaba vinculada por las conclusiones probatorias de la sentencia de primera instancia. Y en lo que respecta a la motivación de esta diferencia de criterio, la sentencia de apelación interpreta de manera distinta la reunión de 30 de abril de 2014 (en la que participaron la Sra. Joaquina y el Sr. Eliseo ) y expresa en qué consiste su propia interpretación, al decir que en tal reunión los representantes de la Agencia Tributaria se interesaron por las decisiones que iba a tomar Cableuropa en relación con los proveedores implicados en el fraude y que la respuesta que dio la Sra. Joaquina fue que, mientras no se proporcionaran pruebas concluyentes, no se cortarían el tráfico con los proveedores señalados como implicados. Lo que, a juicio de la Audiencia Provincial constituyó una infracción del deber de vigilancia por parte de los consejeros.



**3.-** De ello cabe concluir que no ha habido ningún déficit de motivación, ni en consecuencia, infracción del art. 218.2 LEC, por lo que este cuarto motivo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina también debe ser desestimado.

**SEXTO.-** *Quinto motivo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina . Deber de motivación sobre el periodo temporal a que se contrae la responsabilidad de los consejeros*

*Planteamiento:*

**1.-** Este motivo se enuncia amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 218.2 LEC, debido a la falta de motivación de la sentencia y, simultáneamente, por infracción del art. 120.3 CE, en relación con el art. 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, a la hora de determinar el periodo de responsabilidad que afecta a la Sra. Joaquina .

**2.-** En el desarrollo del motivo se sostiene, resumidamente, que la sentencia recurrida establece que la acción u omisión deliberada por parte de la Sra. Joaquina se extendió desde el 4 de febrero y hasta el 31 de agosto de 2014, pero no motiva por qué establece dicho lapso temporal.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** Dando por reproducido lo expuesto en el fundamento anterior sobre el deber de motivación, en primer lugar, debemos dejar constancia de que este motivo, al socaire de la denuncia de la supuesta falta de motivación, lo que plantea realmente es una reinterpretación de la prueba para mostrar su discrepancia con la conclusión de la sentencia recurrida sobre el periodo de tiempo durante el que se extendió la infracción del deber de vigilancia. Y por si fuera poco, entremezcla esta revisión fáctica con una cuestión jurídica, cual es si hubo o no incumplimiento del mencionado deber.

**2.-** Por lo demás, basta con leer pausadamente la sentencia para comprender que se establece como día inicial el 4 de febrero porque, según la Audiencia Provincial, fue en esa fecha cuando se tuvo conocimiento por la sociedad de que se estaba investigando el fraude del IVA, pese a lo cual los consejeros no adoptaron una conducta decidida contra los proveedores que formaban parte de la actividad fraudulenta. Y la fecha final coincide con la de la del periodo de deducibilidad del impuesto.

Las argumentaciones de la recurrente sobre la fecha en qué conoció la investigación de las autoridades tributarias, diferente a la señalada en la sentencia recurrida, nada tienen que ver con la motivación y suponen nuevamente un intento de suplantar la valoración probatoria de la Audiencia Provincial, que no solamente contiene un fundamento fáctico, sino también jurídico.

Es decir, la fijación por la Audiencia Provincial de la fecha en que considera en que los consejeros incurrieron en negligencia es una valoración jurídica, combatible en el recurso de casación, y no meramente fáctica.

**3.-** En su virtud, este quinto motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

**SÉPTIMO.-** *Sexto motivo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina . Falta de motivación sobre el nexos causal*

*Planteamiento:*

**1.-** El sexto motivo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina se formula con amparo en el art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 218.2 LEC, por falta de motivación y, simultáneamente, por infracción del art. 120.3 CE, en relación con el art. 24 CE, al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, con relación a la concurrencia de nexos causal entre la conducta dañosa y el daño soportado por la demandante.

**2.-** Al desarrollar el motivo, entiende la recurrente, resumidamente, que la sentencia recurrida afirma que la existencia de nexos causal entre la conducta antijurídica de los demandados y el resultado dañoso que se les atribuye resulta diáfana, pero no explica por qué.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** Nuevamente se entremezclan alegaciones sobre una supuesta falta de motivación con afirmaciones que suponen una reescritura de la base fáctica y una pretensión de revisión de la valoración probatoria. De tal manera que el motivo no es sino la expresión del desacuerdo de la recurrente con las conclusiones a las que llega la Audiencia Provincial.

**2.-** También basta con leer la sentencia (o la parte de ella referida a la cuestión planteada en el motivo) para comprobar que la afirmación sobre la diafanidad del nexos causal no es aislada, ni constituye una mera



declaración voluntarista, sino que supone el corolario final a unos razonamientos previos sobre la falta de reacción de los consejeros a las informaciones sobre el fraude fiscal, la falta de amparo de dicha omisión en el sistema multinivel de gestión de riesgos y, en suma, sobre la falta de diligencia. De donde se extrae que esa conducta antijurídica fue la que causó el daño patrimonial a la sociedad.

**3.-** Razones por las que este sexto motivo de infracción procesal también debe decaer.

**OCTAVO.-** *Séptimo motivo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina . Cuarto motivo de infracción procesal del recurso del Sr. Eliseo . Tercer motivo del recurso de infracción procesal del recurso del Sr. Fulgencio . Condena con reserva de liquidación*

*Planteamiento:*

**1.-** Estos motivos de infracción procesal, con amparo en el art. 469.1.2º LEC, denuncian la infracción de los artículos 209.4ª y 219.2 LEC, al haber vulnerado la sentencia la prohibición de dictado de sentencias con reserva de liquidación, dado que el fallo no determina la cantidad objeto de la condena ni fija con claridad y precisión las bases para su liquidación, que en modo alguno puede consistir en una mera operación aritmética.

**2.-** En su desarrollo, entienden los recurrentes que la sentencia recurrida infringe los citados preceptos, porque ni establece el importe exacto de la condena, ni fija con claridad y precisión las bases para su liquidación. Y, si se considerase que tales bases consisten en las fechas inicial y final del periodo de responsabilidad y en los importes anuales fijados en el acta, tal liquidación no podría consistir, desde luego, en una simple operación aritmética, dada la falta de información. El acta de conformidad tributaria determina las cuotas no deducibles año a año, pero no mes a mes ni día a día, por lo que se desconoce qué parte corresponde al periodo comprendido entre el 4 de febrero y el 31 de agosto de ese año; y sin que esa acta figure en las actuaciones.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** Como la sentencia de condena ilícita carece de eficacia ejecutiva, el art. 209.4ª LEC prohíbe taxativamente la reserva de liquidación, sin perjuicio de lo previsto en el art. 219 LEC, que aunque también prohíbe con carácter general dicha reserva, deja abierta una posibilidad, al permitir la fijación de unas bases de liquidación que permitan una simple operación aritmética en la ejecución.

**2.-** En las sentencias 993/2011, de 16 de enero de 2012, 213/2015, de 17 de abril, y 278/2022, de 31 de marzo, hemos declarado que, si bien esta normativa tiene la virtualidad de impedir una litigiosidad artificiosa, un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso, de modo que:

"No ofrece duda que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior (...); o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución (...), pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en Sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso (...)"

**3.-** La condena que se establece en la sentencia recurrida y en su auto de aclaración sienta las bases que permiten calcular la indemnización mediante un cálculo aritmético consistente en determinar las cuotas de IVA no deducibles, según el acta de la Agencia Tributaria en el periodo de referencia. Que determinados documentos, como las declaraciones de las liquidaciones de IVA de Cableuropa, no fueran aportados en su momento, no impide, que una vez son tomados como referencia por la sentencia, puedan ser aportados y consultados en la fase de ejecución de sentencia, a fin de integrar las bases de cálculo fijadas en dicha sentencia.

**4.-** Como resultado de lo cual, este motivo de infracción procesal también debe perecer.

**NOVENO.-** *Tercer motivo de infracción procesal del recurso del Sr. Eliseo . Deber de motivación*

*Planteamiento:*

**1.-** El tercer motivo de infracción procesal del recurso del Sr. Eliseo se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, por vulneración del art. 218.1 LEC, al incurrir la sentencia en falta de motivación, e infracción del art. 120.3 CE, en relación con el art. 24 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, en cuanto a la determinación del periodo de responsabilidad del Sr. Eliseo .



2.- En este motivo se denuncia, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en un déficit de motivación, porque delimita las omisiones reprochables en la falta de investigación de la trama de fraude como hizo el comité de auditoría interna en julio, y en no haber cortado decididamente el tráfico con los presuntos defraudadores; pero no hace ningún esfuerzo para justificar en qué momento el Sr. Eliseo incurrió en tales omisiones.

Además, el Sr. Eliseo fue cesado como administrador de la compañía el 23 de julio de 2014, por lo que todo lo sucedido, o el alcance de responsabilidad más allá de esa fecha no pueden alcanzarle en modo alguno. La sentencia no tiene en cuenta este hecho, pese a lo cual extiende la responsabilidad del Sr. Eliseo más allá del día de su salida de la compañía.

*Decisión de la Sala:*

1.- Sobre el deber de motivación nos remitimos a lo ya expuesto al resolver los precedentes motivos de infracción procesal, a fin de evitar inútiles reiteraciones.

2.- La verdadera fundamentación del motivo no se refiere a una supuesta falta de motivación, sino a la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia recurrida en relación con su participación en los hechos que han generado la responsabilidad de los consejeros durante el periodo de referencia.

3.- La sentencia está debidamente motivada desde el momento en que explica que fija la responsabilidad de los consejeros a partir del 4 de febrero de 2014 porque, según su criterio, es la fecha en que Cableuropa conoce que se estaba investigando el fraude carrusel de IVA (creación de corrientes de facturación ficticia que se superponen a la circulación y facturación real de los bienes); e identifica los incumplimientos en los que, a partir de ese día incurrieron los consejeros (incumplimiento del deber de diligencia por no haber acometido una investigación y por no haber adoptado una conducta más decidida a fin de asegurar la efectividad de las medidas tomadas contra los proveedores que formaban parte del fraude carrusel de IVA).

Respecto al cese como consejero del Sr. Eliseo, la imputación de responsabilidad tiene su origen, según la sentencia recurrida, en lo acontecido el 4 de febrero de 2014, cuando todavía ostentaba el cargo; y afecta a todo el periodo de liquidación de IVA afectado, que concluía el 31 de agosto. Y en todo caso, un posible error cronológico de imputación de responsabilidad no supondría falta de motivación.

4.- En consonancia con lo expuesto, este tercer motivo de infracción procesal también debe decaer.

**DÉCIMO.-** *Primer motivo de infracción procesal del recurso del Sr. Fulgencio. Error patente en la valoración de la prueba*

*Planteamiento:*

1.- El primer motivo de infracción procesal del recurso del Sr. Fulgencio se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC, en relación con el art. 24 CE, por error patente en la valoración de la prueba, que sitúa al recurrente en situación de indefensión.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente mantiene, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en un error patente en la valoración de la prueba, que afecta directamente al derecho de defensa de los demandados, en la medida que les imputa una infracción de su deber de vigilancia sobre la base de una asunción que, no solo no forma parte de los hechos acreditados en la instancia, sino que contradice frontalmente los mismos, a pesar de que la sentencia de apelación afirma que está conforme con dichos hechos probados en la primera instancia. Todo ello en relación con el momento en que los demandados comenzaron a cortar las relaciones con las empresas implicadas en el fraude del IVA.

*Decisión de la Sala:*

1.- Este motivo, con otra formulación, tiene una clara relación con el cuarto motivo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina, por lo que nos remitimos a lo resuelto al respecto en el fundamento jurídico quinto, especialmente en lo referente a las facultades del tribunal de apelación para llegar a sus propias conclusiones probatorias.

2.- Junto a ello, debe tenerse en cuenta que el reproche que hace la Audiencia Provincial a los consejeros demandados no se refiere tanto la ausencia de medidas sino, fundamentalmente, al hecho de que no se hubiera adoptado una postura más decidida y firme para asegurar la efectividad de las medidas adoptadas. Y para ello, la sentencia recurrida toma en consideración las declaraciones testimoniales que pusieron de manifiesto que después de la reunión del día 30 de abril de 2014 se continuaba operando con los proveedores involucrados en el fraude carrusel y que, antes al contrario, se acordó seguir trabajando con ellas.



3.- Por lo que este motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

**DECIMO PRIMERO.- Segundo motivo de infracción procesal del recurso del Sr. Fulgencio . Incongruencia interna**

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 218 LEC, por incurrir la sentencia en una incongruencia interna.

2.- En su desarrollo, la parte recurrente arguye, sintéticamente, que el fallo es contradictorio con los fundamentos jurídicos relativos a los incumplimientos de los deberes fiduciarios imputables a los consejeros y con la imputación de responsabilidad durante el periodo de referencia.

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo es sustancialmente coincidente con los motivos de los otros dos recursos de los codemandados que también han achacado incongruencia interna a la sentencia recurrida. Por lo que nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, a fin de no incurrir en engorrosas repeticiones.

2.- Lo mismo sucede en relación con el cese del Sr. Fulgencio como consejero, cuyas alegaciones coinciden con las esgrimidas por el Sr. Eliseo respecto del suyo.

3.- En consecuencia, a tenor de lo ya explicado anteriormente, este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria.

**DECIMO SEGUNDO.- Motivo tercero de infracción procesal del recurso del Sr. Fulgencio . Incongruencia interna**

*Planteamiento:*

1.- El motivo tercero del recurso del Sr. Fulgencio se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en particular, del art. 218 LEC, al incurrir la sentencia de apelación en una incongruencia interna.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que aunque la sentencia califica como deliberados los incumplimientos de los demandados y declara que la acción solo podría prosperar si así fueran, no incluye razonamiento alguno que constate el supuesto carácter deliberado (término que significa voluntario, intencionado o hecho a propósito) de la omisión imputada. En todo caso, no se habría producido, según los fundamentos jurídicos, la omisión deliberada de controles en el área de reventa internacional de voz de Cableuropa (Área de RIV) que se determina, por la propia sentencia recurrida, como la conducta necesaria para que exista responsabilidad.

*Decisión de la Sala:*

1.- De la propia argumentación del motivo parecería que lo que se imputa a la sentencia recurrida no es realmente una incongruencia interna, sino una falta de motivación, o de exhaustividad, por no razonar en qué consistió el carácter deliberado del incumplimiento de los deberes de los consejeros.

2.- Por lo demás, no hay incoherencia alguna. De la lectura atenta de la sentencia recurrida se desprende claramente que concluye que la omisión de los controles en el Área de RIV era deliberada como consecuencia de que los consejeros conocieron, en febrero de 2014, la existencia de la investigación tributaria acerca del fraude en el Área de RIV y no actuaron en consecuencia. Además, esa conclusión de la Audiencia Provincial constituye una valoración jurídica y no fáctica.

3.- En su virtud, procede la desestimación de este motivo.

**Recurso de infracción procesal de Vodafone**

**DECIMO TERCERO.- Primer motivo de infracción procesal. Incongruencia extra petita**

*Planteamiento:*

1.- El primer motivo de infracción procesal de Vodafone, formulado conforme al art. 469.1.2.º LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC, por falta de congruencia.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en incongruencia *extra petita*, toda vez que el juicio de responsabilidad que se realiza frente a los consejeros en relación con sus deberes de diligencia -que se configura como la existencia de una omisión deliberada de controles en relación con el Área RIV- no fue así pedido, argumentado y perfilado en la demanda, en la que se ligaba el juicio de responsabilidad al incumplimiento del deber de diligencia, de manera objetiva.

*Decisión de la Sala:*



1.- Resulta cuando menos contradictorio que Vodafone se haya opuesto a los recursos de infracción procesal de los demandados manteniendo que la sentencia recurrida no altera la causa de pedir y que ahora en su propio recurso mantenga lo contrario.

2.- Al resolver tales recursos de infracción procesal de los consejeros, ya hemos explicado que en la demanda se fundamentaba la responsabilidad de los consejeros frente a la sociedad en su conducta negligente (*rectius*, infracción del deber de diligencia) y eso es lo que acaba apreciando la sentencia recurrida, más allá de cuál fuera la intencionalidad o motivación de los consejeros para incurrir en dicha infracción de su deber de diligencia. Es decir, con independencia de que el deber de diligencia que les competía como consejeros frente a la sociedad se infringiera de manera objetiva o subjetiva, lo determinante es que no actuaron diligentemente y eso es lo que acaba apreciando la Audiencia Provincial para declarar su responsabilidad. En todo caso, ello atañe a una cuestión jurídica -la configuración del incumplimiento del deber de diligencia- y no fáctica, y resulta impropia del recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- Como consecuencia de ello, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

#### **DECIMO CUARTO.- Segundo motivo de infracción procesal. Valoración arbitraria de la prueba**

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC, por infracción del art. 24 CE, al ser la valoración probatoria patentemente errónea y arbitraria.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida realiza una valoración ilógica, no razonable o arbitraria de la prueba practicada en el procedimiento y, en concreto, de la situación que se produjo en Cableuropa, en el Área de RIV, en el periodo relevante entre julio de 2013 y febrero de 2014, cuando, según se infiere claramente de la prueba practicada, los consejeros eran conscientes de la posible implicación de Cableuropa en un fraude fiscal en relación con el Área de RIV, de tal suerte que objetivamente incumplieron sus deberes de diligencia.

*Decisión de la Sala:*

1.- Es doctrina reiterada de la Sala, al interpretar el art. 469.1.4º LEC, que el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia y que para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, puesto que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Sobre esta base, el motivo pretende reproducir el debate como si estuviéramos en un recurso de apelación y mezclando las consideraciones fácticas con las jurídicas. La Audiencia Provincial, tras analizar lo sucedido en cada una de las reuniones, realiza una valoración jurídica sobre la actuación de los consejeros y llega a la conclusión (insistimos, no meramente fáctica, sino jurídica, porque examina el grado de diligencia) de que solo a partir del 4 de febrero de 2014 pudieron tomar conciencia los consejeros de la gravedad del problema del fraude del IVA y debieron adoptar las medidas necesarias para impedir la situación. Se trata de una interpretación jurídica que, además, no pugna con ningún dato objetivo directamente verificable en las actuaciones que la contradiga de manera palmaria. Aparte de que, en todo caso, es una valoración jurídica y no fáctica, que habrá de ser revisada en el recurso de casación.

3.- Como consecuencia de lo cual, este segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

#### **Recursos de casación de los demandados**

#### **DECIMO QUINTO.- Primer motivo de casación del recurso del Sr. Eliseo . Circunstancias que exoneran de responsabilidad**

*Planteamiento:*

1.- El primer motivo de casación del recurso del Sr. Eliseo denuncia la infracción de los arts. 236.1 y 337 LSC, en relación con el art. 1104 CC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente que la sentencia recurrida condena al Sr. Eliseo sin concurrir los presupuestos legales de la acción social y tampoco tiene en cuenta las circunstancias que podrían haberlo exonerado. En particular, la Audiencia Provincial no tomó en consideración



que el recurrente padecía una grave enfermedad, diagnosticada en marzo de 2013, que le mantuvo al margen de su actividad como presidente de la compañía hasta el verano de 2014.

*Decisión de la Sala:*

1.- Que el recurrente estuviera apartado de la actividad como presidente de la compañía durante el periodo de tiempo que se indica no es un hecho declarado probado en la sentencia recurrida, ni se ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal sobre ese particular. Lo que tiene evidente influencia en la aplicación del art. 237 LSC, que se cita como infringido, en cuanto que establece la responsabilidad solidaria de los administradores, salvo que prueben no haber intervenido en la adopción y ejecución del acto, desconocer su existencia o, conociéndola, haber hecho todo lo conveniente para evitar el daño; o por lo menos, haberse opuesto expresamente a dicho acto.

2.- Por el contrario, lo que consta es que el recurrente no renunció a su cargo y que participó en reuniones en las que se trató la problemática derivada de la investigación de la Agencia Tributaria.

3.- En consecuencia, el motivo no puede prosperar sin alterar la base fáctica de la sentencia recurrida, por lo que debe ser desestimado.

**DECIMO SEXTO.- Tercer motivo de casación de los recursos de la Sra. Joaquina y el Sr. Eliseo . Existencia y alcance del daño**

*Planteamiento:*

1.- El tercer motivo de casación de ambos recursos denuncia la infracción del art. 236 LSC, en tanto que la sentencia realiza una errónea valoración jurídica al determinar la existencia de un daño y no fijar su alcance.

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan, resumidamente, que la Audiencia Provincial yerra al equiparar el pago de un impuesto (el IVA en este caso) con un daño, y acordar que el sujeto pasivo del mismo no sea la sociedad, sino los administradores, que, a su juicio, han infringido el deber de diligencia. Por el contrario, el pago de impuestos es una obligación y no puede ser considerado un daño, máxime cuando su pago no es resultado de sanción alguna, sino de una interpretación divergente de la Agencia Tributaria, como es el caso: lo único que hace la AEAT es decir que aquello que entendía la compañía que era deducible en IVA, no lo es, y lo debe pagar. En consecuencia, no concurre el presupuesto del daño para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que debe ser desestimada.

Asimismo, la sentencia no ha determinado el alcance del daño, porque no ha sido capaz de fijar una cuantía a cuyo pago condene a los demandados, sino que acude a una a una fórmula imprecisa.

Finalmente, el Sr. Eliseo argumenta que su responsabilidad no puede extenderse más allá del momento en el que se produjo el cese de su cargo.

*Decisión de la Sala:*

1.- Estos motivos tienen una clara conexión con el motivo séptimo de infracción procesal del recurso de la Sra. Joaquina y así lo ésta reconoce expresamente. Por ello, lo argumentado al resolver dicho motivo también tiene relación con lo que se expondrá a continuación.

2.- Los dos motivos agrupados parten de un sofisma, cual es que la sentencia recurrida condena a los demandados al pago de un impuesto. No es así: a lo que condena la Audiencia es al pago de una indemnización equivalente al importe de las deducciones realizadas indebidamente en el período de referencia, de conformidad con lo establecido en el acta de la AEAT. En tanto que ese fue el perjuicio irrogado a la sociedad, que perdió tales deducciones por provenir de una causa ilícita -la trama fraudulenta-. En eso consiste, en este caso, el daño al que se refiere el art. 236.1 LSC.

3.- Respecto a la cuantificación del daño, ya hemos visto que la sentencia recurrida no ha infringido los arts. 209 y 219 LEC sobre la posibilidad de diferir la determinación del daño a ejecución de sentencia si se fijan las bases que permitan un ulterior cálculo aritmético. En concreto, la Audiencia Provincial indicó que la condena consistiría en el abono a Vodafone de "aquellos importes de la liquidación recogida en el acta de Inspección de la Hacienda del Estado fechada el 29 de enero de 2015 que corresponden a cuotas de IVA deducidas en el periodo comprendido entre los meses de febrero y agosto de 2014 cuya deducción se deniega".

Basta una simple interpretación gramatical para comprender que sí se ha fijado el alcance del daño: el importe de las deducciones denegadas en el periodo indicado.

4.- En cuanto a la alegación del Sr. Eliseo relativa a que la responsabilidad no puede extenderse más allá de la fecha de su cese del cargo, la imputación de responsabilidad tiene su origen en lo acontecido el 4 de febrero de 2014, cuando todavía ostentaba el cargo. Lo que la Audiencia valora jurídicamente para considerar



incorrecta la conducta de los consejeros es que, partir de ese momento, pese a la información recibida, optaron por una actitud de absoluta pasividad, omitiendo cualquier medida relevante para evitar que Cableuropa se viese involucrada en el fraude carrusel de IVA.

Aunque el recurrente cesara en el cargo el 23 de julio de 2014, la investigación por un fraude de IVA ya estaba abierta, él lo conocía y, según declara probado la sentencia recurrida, no adoptó o promovió las medidas oportunas en el Área de RIV para evitarlo, por lo que se siguieron produciendo los efectos perjudiciales para el patrimonio social hasta finales de agosto de 2014.

5.- En consecuencia, estos dos motivos básicamente coincidentes deben ser desestimados.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** *Cuarto motivo de casación de los recursos de los Sres. Joaquina y Eliseo . Relación de causalidad*

*Planteamiento:*

1.- El cuarto motivo de casación de los recursos de los Sres. Joaquina y Eliseo alega la infracción del art. 236 LSC, por cuanto la sentencia recurrida realiza una errónea valoración jurídica de la existencia de relación de causalidad entre las omisiones reprochadas y el daño.

2.- En el desarrollo de los motivos, entienden los recurrentes que no ha habido ninguna acción u omisión por su parte que haya provocado o influido en que determinados proveedores y clientes de ONO crearan una trama de fraude carrusel de IVA, ni en la supuesta implicación de algunos trabajadores del área de reventa internacional de voz en dicha trama. Si eso tuvo lugar, fue por la intervención de terceros que, en todo caso, habrían aprovechado la buena fe de Cableuropa y sus gestores (en sentido amplio) para lucrarse ilícitamente. En consecuencia, no existe nexo causal entre la conducta de los demandados y el daño que les imputa la Audiencia Provincial.

*Decisión de la Sala:*

1.- Mediante la acción social de responsabilidad se trata de reparar los daños que hubiesen podido provocar en el patrimonio social, de modo directo, las acciones u omisiones ilegales, contrarias a los estatutos o incumplidoras de sus deberes por parte de los administradores, siempre que hubiese mediado un nexo causal entre la conducta ilícita de éstos y el menoscabo sufrido por la sociedad administrada ( sentencias 477/2010, de 22 de julio; 760/2011, de 4 de noviembre; 391/2012, de 25 de junio; 732/2014, 26 de diciembre; 281/2017, de 10 de mayo; 221/2018, de 16 de abril; y 889/2021, de 21 de diciembre).

2.- En este caso, en contra de lo afirmado en los dos motivos coincidentes, la sentencia recurrida sí constata la relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño, al considerar que su pasividad al implementar los controles precisos en relación con el IVA carrusel (acto ilícito) fue lo que motivó que la Agencia Tributaria no admitiera las deducciones del impuesto pretendidas por la sociedad (daño patrimonial). Es decir, si los consejeros hubieran adoptado los controles necesarios, la Agencia Tributaria no habría obligado a Vodafone a hacer frente a una regularización fiscal que ascendió a más de 72 millones de euros; y es ahí donde reside el nexo causal.

3.- Por lo que estos motivos deben seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

**DÉCIMO OCTAVO.-** *Primer y segundo motivos de casación del recurso de la Sra. Joaquina ; segundo motivo del recurso del Sr. Eliseo ; primer y segundo motivos del recurso del Sr. Fulgencio . Imputación objetiva y prohibición de regreso. Juicio ex post facto y doctrina de la protección de la discrecionalidad empresarial*

*Planteamiento:*

1.- En cuanto a la imputación objetiva, los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 1902 CC y 236.1 LSC, por incorrecta aplicación de los criterios de imputación objetiva y de la prohibición de regreso.

En el desarrollo del motivo, en cuanto que afecta a su condena, la Sra. Joaquina alega que tales infracciones legales han conducido a que se le impute un resultado dañoso, aun cuando existe un hecho recogido en la propia sentencia que permite cuestionar fundadamente la prevalencia causal de la conducta que se le atribuye, en la generación del perjuicio.

A su vez, el recurso del Sr. Fulgencio argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida utiliza, en su análisis relativo al periodo entre julio de 2013 y febrero de 2014, el criterio de la imputación objetiva para determinar si existe o no nexo de causalidad entre la conducta atribuible a los demandados y el daño. Sin embargo, en su análisis del periodo posterior a febrero de 2014, la sentencia no aplica este criterio, o no lo hace correctamente, puesto que la prohibición de regreso, que determina la ausencia de nexo causal en relación con el primer periodo, debería abocar, del mismo modo, a una inexistencia de nexo causal en el segundo.



**2.-** En conexión con su imputación y la regla de causalidad, los tres recurrentes denuncian, en sendos motivos, la infracción de los arts. 225 y 226 LSC, por cuanto la sentencia de apelación realiza un juicio *ex post facto*, contrario a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y a la doctrina del *business judgment rule*.

En el desarrollo de los motivos, los recurrentes aducen, resumidamente, que la apreciación de la conducta antijurídica de los consejeros que realiza la sentencia recurrida no se ajusta a derecho, porque debió analizarse su comportamiento conforme a la información de la que se disponía en el período de referencia. Así como que las decisiones de negocio no pueden ser fiscalizadas a posteriori si tienen consecuencias negativas, pues ello sería tanto como negar la posibilidad de discrecionalidad empresarial.

El contenido del deber de diligencia del artículo 225 LSC está delimitado por la regla de la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*), desarrollada primero por la jurisprudencia y doctrina, e incorporada legislativamente después en el art. 226.1 LSC. Conforme a dicha regla, el estándar de diligencia aplicable a los administradores se entenderá cumplido cuando estos tomen sus decisiones dentro de un marco de: (i) buena fe y ausencia de interés personal; (ii) información suficiente; y (iii) siguiendo el procedimiento adecuado. En este sentido, el juzgador no debe valorar retrospectivamente el acierto o desacierto de una decisión tomada por los administradores, sólo por razón del resultado final, sin tener en cuenta las circunstancias presentes en el momento de su realización.

A criterio de los recurrentes, la sentencia de apelación ignora por completo la regla de discrecionalidad empresarial y realiza un juicio *ex post facto* sobre el acierto de las decisiones adoptadas por los demandados en relación con el área de RVI entre el 4 de febrero y el 31 de agosto de 2014.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** La imputación objetiva comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado, apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, la provocación, la prohibición de regreso, el incremento del riesgo, el consentimiento de la víctima y la asunción del propio riesgo, y de la confianza ( sentencias 124/2017, de 24 de febrero; 270/2021, de 6 de mayo). De tal manera que la causalidad jurídica sirve para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta ( sentencias 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 730/2021, de 28 de octubre; y 516/2022, de 28 de junio).

**2.-** Sobre esta base, la sentencia recurrida aplica criterios de imputación diferentes a los dos períodos conflictivos, porque considera que las circunstancias de uno y otro fueron distintas. La Audiencia Provincial razona que la situación cambia a partir de febrero de 2014 porque es cuando la Agencia Tributaria informó a Cableuropa de que estaba investigando un fraude carrusel de IVA, en el que estaban implicados proveedores y clientes del Área de RIV, y porque acto seguido se mantuvieron dos reuniones con la Agencia Tributaria en relación con ese problema.

**3.-** Por lo demás, en nada influye en el juicio de imputación objetiva la actuación de terceros cuando lo que se está enjuiciando es el deber de diligencia de unos administradores sociales. Por el contrario, fue la negligencia de los consejeros lo que propició que se siguiera cometiendo y agravando el fraude fiscal. Lo explica paladinamente la Audiencia Provincial cuando tras incidir en que los consejeros no pueden ampararse en el sistema multinivel de gestión de riesgos instalado en la sociedad, concluye que se trata de "hechos conocidos por los apelados, ante los que estos tenían facultades de intervención directa, las cuales conscientemente dejaron de ejercitar o ejercitaron contrariando los deberes de diligencia".

**3.-** Respecto al tema de la discrecionalidad empresarial, aunque en nuestro ordenamiento jurídico la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial no tuvo reflejo positivo hasta la nueva redacción del art. 226 LSC, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ya había sido tenida en cuenta por los tribunales españoles (verbigracia, sentencias de esta sala 377/2007, de 29 de marzo; 569/2010, de 6 de octubre; 991/2011, de 17 de enero de 2012; o 732/2014, de 26 de diciembre), en el sentido de evitar que, al enjuiciar la impugnación de acuerdos sociales de la junta general o la existencia de responsabilidad por negligencia de los administradores de sociedades, sus decisiones de carácter empresarial terminen por ser sustituidas por las de los jueces. En suma, en lo que ahora se enjuicia, se trata de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños al dejar fuera de éste las decisiones genuinamente empresariales.

Se parte de la base de que la gestión empresarial comporta por sí misma un nivel de riesgo, que deriva de la incertidumbre, imposible de eliminar, acerca de las consecuencias de las decisiones adoptadas. Por lo que no debe hacerse responsables a los administradores sociales de las consecuencias lesivas producidas cuando



se han mantenido dentro de dicho ámbito de la gestión de la sociedad, aunque las decisiones adoptadas se hayan revelado posteriormente como equivocadas, sin que se deba incurrir en un sesgo retrospectivo.

4.- Sobre la base de tales conceptos, no puede considerarse infringida la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial, porque la actuación de los consejeros no conllevó ninguna decisión estratégica y de negocio, sino que consistió en una actitud omisiva en relación con la adopción de controles en el Área de RIV y el cese de la relación negocial con los proveedores implicados en el fraude.

Tampoco realiza la Audiencia Provincial un juicio *ex post facto* (sesgo retrospectivo), sino que constata que, una vez que los administradores estuvieron advertidos de la trama fraudulenta para eludir el pago del IVA, no adoptaron las medidas necesarias para impedirlo. Pasividad que también constituye un incumplimiento del deber de diligencia, conforme a la jurisprudencia de esta sala (sentencias 732/2014, de 26 de diciembre, y 665/2020, de 10 diciembre).

5.- Ahora bien, compartiendo tales criterios de la sentencia recurrida, en lo que no coincidimos, partiendo del propio relato fáctico de la sentencia recurrida, es en la fijación de la fecha en que la responsabilidad de los demandados devino irrefutable.

Según resulta de la relación cronológica de hechos que consta en las sentencias de instancia (más completa la de primera instancia, que es asumida por la de apelación), que hemos esquematizado en el primer fundamento de derecho, en la reunión del 4 de febrero de 2104 no intervino ningún consejero, sino solamente personal del departamento fiscal y todavía no hubo un requerimiento formal por parte de la AEAT de interrupción de la relación negocial con los proveedores sospechosos, sino solamente una solicitud de vigilancia y de mantenimiento de una reunión posterior para tomar conocimiento del funcionamiento de la empresa en relación con sus proveedores.

El requerimiento formal de información se produjo a finales de marzo y solo puede afirmarse con seguridad que los consejeros tomaron pleno conocimiento de los hechos cuando recibieron la presentación que prepararon el 28 de abril siguiente las responsables del departamento fiscal, en la que se les daba traslado de la intención de la AEAT de iniciar actuaciones contra Cableuropa. Antecedente inmediato de la reunión del 30 de abril entre inspectores de la AEAT y directivos de Cableuropa, en la que se requirió a estos para que cortaran la línea de negocio con los proveedores investigados. Requerimiento que en ese momento no solo no fue atendido, sino que, por el contrario, la sociedad siguió realizando negocios con los proveedores investigados y no comunicó a la AEAT las investigaciones que estaba realizando sobre sus propios empleados. Sin que mostrara una verdadera actitud colaboradora, ya asesorada por un nuevo equipo jurídico, hasta bien entrado el verano de 2014, tras haber recibido nuevos requerimientos e informaciones de la AEAT.

6.- Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior y a tenor de los criterios de imputación objetiva señalados para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta, consideramos que los consejeros incurrieron en la negligencia señalada por la Audiencia Provincial no el 4 de febrero, sino el 30 de abril de 2014, por lo que debemos estimar estos motivos de casación, al único efecto de reducir el periodo relevante, con las consecuencias que se indicarán más adelante.

### **Recurso de casación de Vodafone**

**DÉCIMO NOVENO.-** *Primer motivo de casación. Infracción del deber de diligencia durante todo el periodo relevante*

*Planteamiento:*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 225 LSC, en relación con la conducta de los consejeros que, aunque no constituyera una omisión deliberada, supuso la infracción del deber general de diligencia exigido a todo administrador, lo que debe extender su responsabilidad a todo el periodo relevante.

2.- En el desarrollo del motivo, argumente Vodafone, resumidamente, que los consejeros no actuaron con la diligencia exigida a un ordenado empresario durante todo el período relevante (independientemente de la existencia, o no, de omisión deliberada) y, en concreto: (a) en la fase previa a julio de 2013, fueron insuficientes las tareas de control del área RIV, lo que terminó derivando en la implicación de Cableuropa en un fraude masivo de IVA; y los demandados desatendieron el llamativo crecimiento, sin incremento de la rentabilidad, que estaba experimentando el Área RIV, por lo que, al verse Vodafone inmiscuida en el fraude, tuvo que afrontar la sanción tributaria cuyo importe se reclama; (b) en la fase comprendida entre la reunión de los directivos que tuvo lugar el 24 de julio de 2013 y la advertencia de la Agencia Tributaria, el 4 de febrero de 2014, que puso expresamente de manifiesto la existencia de la trama fraudulenta, además de lo concurrente en el anterior, los consejeros no trataron de averiguar qué ocurría y/o subsanar los errores de gestión, sino que lo ocultaron todo y ello también



fue óbice para la terminación del caso en el fraude carrusel de IVA ya referido. En conclusión, tanto la omisión o insuficiencia de controles en el RIV, como la ocultación de la información sobre los graves hechos que se sucedieron y, en concreto, sobre la implicación de Cableuropa en el fraude carrusel de IVA, fueron actuaciones llevadas a cabo por los consejeros durante todo el período relevante que han de considerarse como conductas infractoras de su deber de diligencia.

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo, en cuyo enunciado y desarrollo se reconoce expresamente su íntima relación con el primer motivo de infracción procesal de la misma parte, que ha sido desestimado, altera la base fáctica de la sentencia, puesto que pretende la ampliación de la condena de los administradores demandados al periodo comprendido entre julio de 2013 y febrero de 2014 sobre la base de la concurrencia de dos factores que no están incluidos en la relación de hechos probados de la sentencia recurrida y que, al contrario, fueron rechazados expresamente como probados: la falta de controles en el área RIV y la ocultación de esta circunstancia por parte de los directivos en el mencionado periodo anterior a febrero de 2014.

2.- La declaración de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, exige además de los requisitos clásicos propios de cualquier acción de esta naturaleza de culpabilidad, daño y relación de causalidad ( sentencias 281/2017, de 10 de mayo, y 221/2018, de 16 de abril), la antijuricidad de la conducta que causa el perjuicio a la sociedad ( art. 236.1 LSC). Tal antijuricidad se predica: (i) de los actos contrarios a la ley; (ii) de los actos contrarios a los estatutos; y (iii) de los actos contrarios a los deberes inherentes al desempeño del cargo (diligencia y lealtad). A los efectos del art. 225.1 LSC, se da la circunstancia de que el cumplimiento de normas jurídicas forma parte, a su vez, del deber de diligencia, puesto que el mismo incluye el deber de "cumplir los deberes impuestos por las leyes [...] con la diligencia de un ordenado empresario". De manera tal que la antijuricidad de las conductas contrarias a la ley se puede producir -en tanto que fundamento de la responsabilidad de los administradores- de forma directa (por la realización de conductas contrarias a la ley), o de forma indirecta (por la infracción del deber de diligencia, que incluye, a su vez, el deber de legalidad).

3.- Si conforme al art. 225.1 LSC (en la redacción anterior a la reforma de 2014, aplicable temporalmente al caso) el deber de diligencia de los administradores conlleva un deber de cumplimiento normativo -en este caso, de orden fiscal o tributario-, dicho deber debe ir precedido del conocimiento de la posible infracción legal o estatutaria, por lo que el comportamiento de los consejeros demandados únicamente resultaría relevante a efectos de responsabilidad a partir del momento en que tuvieron algún conocimiento del riesgo fiscal en que estaba incurriendo Cableuropa. Lo que, según la Audiencia Provincial solo tuvo lugar a partir del 4 de febrero de 2014 (y hemos revisado en sentido contrario al pretendido por Vodafone al resolver los recursos de casación de los demandados).

4.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

**VIGÉSIMO.-** *Segundo motivo de casación. Imputación objetiva durante todo el periodo relevante*

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 236 LSC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la jurisprudencia acude al criterio de la imputación objetiva para determinar la responsabilidad y que ese criterio concurrió en el caso en todo el período relevante.

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo presenta el defecto insubsanable de incurrir en una petición de principio (lo que en la terminología tradicional de esta sala se denomina hacer supuesto de la cuestión). En efecto, prescinde interesadamente de la valoración jurídica de la Audiencia Provincial de que los consejeros únicamente pudieron ser conscientes del riesgo de ilegalidad a partir de febrero de 2014, para intentar extender su responsabilidad al periodo anterior.

2.- En todo caso, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, en los términos que hemos expuesto al tratar los recursos de casación de los demandados, no impide que se puedan fraccionar temporalmente las actuaciones de aquellos contra quienes se dirigen las acciones de responsabilidad civil. De tal modo que podrá haber un periodo o lapso temporal donde no concurren los requisitos para la exigencia de la responsabilidad y otro periodo en que sí concurren. Lo que dependerá de la prueba practicada y de su valoración jurídica, sin que suponga *per se* una infracción de la determinación de la causalidad mediante la imputación objetiva.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, también debe desestimarse este motivo de casación.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** *Tercer motivo de casación. Actuación infractora durante todo el periodo relevante*

*Planteamiento:*

- 1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 225 LSC.
- 2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente que, según resulta de su motivo segundo de infracción procesal, la valoración de la prueba por parte de la Audiencia Provincial fue irracional, arbitraria e ilógica, por lo que de su nuevo análisis debe apreciarse que medió omisión deliberada en la actuación infractora de los consejeros en el periodo relevante entre julio de 2013 y febrero de 2014.

*Decisión de la Sala:*

- 1.- La directa vinculación entre este motivo y el segundo de infracción procesal que hace la propia recurrente determina su fracaso, una vez desestimado el citado motivo de infracción procesal.
- 2.- En cualquier caso, mediante la formulación de este motivo la parte ignora conscientemente la naturaleza y función del recurso de casación, pretendiendo que este tribunal actúe como si de una tercera instancia se tratara.
- 3.- Ello conlleva que el motivo deba ser desestimado sin necesidad de mayor argumentación.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.-** *Consecuencias de la estimación de los recursos de casación de los demandados. Asunción de la instancia. Estimación parcial del recurso de apelación y de la demanda*

- 1.- La estimación del recurso de casación de los demandados comporta que debamos anular en parte la sentencia recurrida, en el único sentido de estimar también en parte el recurso de apelación de Vodafone.
- 2.- En su virtud, la condena de los consejeros demandados se concreta en el pago solidario del importe correspondiente a las cuotas de IVA que no pudieron deducirse por Vodafone, por el acta de conformidad con la AEAT, entre el 30 de abril de 2014 y 31 de agosto de 2014.

**VIGÉSIMO TERCERO.-** *Costas y depósitos*

- 1.- De conformidad con lo previsto en el art. 398.1 LEC, la desestimación de todos los recursos extraordinarios por infracción procesal comporta la imposición a las respectivas partes recurrentes de las costas causadas por ellos.
- 2.- La desestimación del recurso de casación de Vodafone conlleva igualmente que se le impongan las costas por él causadas, a tenor del mismo art. 398.1 LEC.
- 3.- La estimación de los recursos de casación de los demandados supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas por ellos causadas, según previene el art. 398.2 LEC.
- 4.- Igualmente, tales desestimaciones de todos los recursos extraordinarios por infracción procesal y el de casación de Vodafone suponen la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ. Mientras que la estimación de los recursos de casación de los demandados supone la devolución de los depósitos prestados para su interposición, conforme al apartado 8 de la misma disposición.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por Dña. Joaquina , D. Eliseo , D. Fulgencio y Vodafone Ono S.A.U. contra la sentencia núm. 173/2021, de 23 de abril, dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 4059/2018.
- 2.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Vodafone contra dicha sentencia.
- 3.º- Estimar los recursos de casación interpuestos por Dña. Joaquina , D. Eliseo y D. Fulgencio contra la indicada sentencia, y en su virtud, fijar la condena impuesta a estos demandados en el pago solidario del importe correspondiente a las cuotas de IVA que no pudieron deducirse por Vodafone, por el acta de conformidad con la AEAT, entre el 30 de abril de 2014 y el 31 de agosto de 2014.
- 4.º- Imponer a los recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos extraordinarios por infracción procesal.
- 5.º- Imponer a Vodafone Ono S.A.U. las costas de su recurso de casación.
- 6.º- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de casación de los Sres. Joaquina , Eliseo y Fulgencio .



7.º- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los mencionados recursos desestimados y la devolución de los constituidos para los recursos estimados.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ