



Roj: **SAP M 7406/2020 - ECLI:ES:APM:2020:7406**

Id Cendoj: **28079370282020100397**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **06/07/2020**

Nº de Recurso: **273/2019**

Nº de Resolución: **325/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 4, 28-01-201 (proc. 584/2014),  
SAP M 7406/2020**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0132181

**Recurso de Apelación 273/2019**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 585/2014

**APELANTE:** D. Obdulio

PROCURADOR D. ARMANDO PEDRO GARCIA DE LA CALLE

**APELADO:** NESUSA SACEDO SL

PROCURADOR D. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO

**SENTENCIA N° 325/2020**

**ILMOS. SRS. MAGISTRADOS**

**D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA**

**D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ**

**D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)**

En Madrid, a seis de julio de 2020

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Enrique García García, Don Alberto Arribas Hernández y Don Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 273/2019 interpuesto contra la Sentencia de fecha veintiocho de enero de 2019 dictado en el proceso número 584/2014 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, DON Obdulio , siendo apelada NESUSA SACEDO, S.L., ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.



Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 12 de SEPTIEMBRE DE 2014 por la representación de NEUSA SACEDO S.L contra D. Obdulio , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

*"1.) Se declare que el demandado es responsable de los daños ocasionados a la sociedad NESUSA SACEDO S.LA, por la irregular y errónea liquidación de los impuestos sobre Sociedades de los ejercicios de 2003 a 2005, e IVA de los ejercicios 2004 a 2006, y en consecuencia , que es responsable de las sanciones tributarias impuestas a la sociedad como consecuencia de ello.*

*2.) Se condene al demandado a abonar a NESUSA SACEDO S.L, como indemnización de los daños y perjuicios causados, la suma de SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTISÉIS EUROS CON TREINTA Y TRES CÉNTIMOS ( 76.726,33€), importe a que ascienden las citadas sanciones, más los intereses legales desde la fecha de presentación de esta demanda*

*Todo ello con expresa imposición de costas al demandado".*

**SEGUNDO.-** Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid dictó sentencia con fecha veintiocho de enero de 2019, cuyo fallo es del siguiente tenor:

*"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por NESUSA SACEDO S.L frente a D. Obdulio , debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte demandante la cantidad de 76.726,33 euros más los intereses legales a contar desde la interposición de la demanda. Se impone a la parte demandada las costas de este procedimiento".*

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de DON Obdulio se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, Señalándose para deliberación, votación y fallo el día dos de julio de 2020.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La mercantil NESUSA SACEDO S.L. interpuso demanda contra quien fuera su consejero delegado Don Obdulio en ejercicio de la acción social de responsabilidad prevista en el Art. 238 de la Ley de Sociedades de Capital y en reclamación de 76.726,63 €, importe de las sanciones tributarias impuestas a la demandante a consecuencia de determinadas infracciones fiscales que atribuye al demandado.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza Don Obdulio a través del presente recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** Por el cauce procesal previsto en el Art. 458 de la L.E.C., la apelada NESUSA SACEDO S.L. denuncia la inadmisibilidad del propio recurso de apelación interpuesto sobre la base de que el apelante nunca subsanó adecuadamente la inexistencia de poder con que su procurador había interpuesto dicho recurso.

Consta en autos que, al no haber aportado dicho poder el procurador actuante con el escrito de interposición del recurso de apelación, y, percatado de tal circunstancia el Letrado de la Administración de Justicia, este dictó el 28 de febrero de 2019 diligencia de ordenación otorgando al apelante un plazo de diez días para que acreditase la representación que decía ostentar, y consta también que el 13 de marzo siguiente el mismo funcionario dictó nueva resolución admitiendo a trámite el recurso por considerar que el apoderamiento "apud acta" otorgado ese mismo día por el apelante permitía considerar subsanado el defecto advertido.

Entiende la apelada, por una parte, que la subsanación solamente podría haber consistido en acreditar que existía ya poder en el momento en el que el recurso fue presentado pero no en el otorgamiento "ex novo" de un poder antes inexistente con posterioridad a dicho trámite, y, por otra parte, que en todo caso no sería admisible el nuevo poder otorgado "apud acta" por el apelante porque ese otorgamiento tuvo lugar una vez expirado el plazo para la interposición del recurso de apelación.

Comenzando por esta segunda cuestión, hemos de señalar que si la diligencia de ordenación de 28 de febrero señalaba una plazo de subsanación de 10 días en un momento en que el cómputo de tal plazo ya rebasaría el de interposición del recurso, estaba confiriendo al apelante la oportunidad de llevar a cabo su actividad



subsanaoria -cualquiera que fuere el modo correcto de subsanación, cuestión esta que examinaremos a continuación- dentro de un periodo que, al menos parcialmente, abarcaría fechas posteriores a la expiración del plazo de interposición del recurso. Siendo ello así, si la apelada consideraba inadmisibile tal posibilidad, debió hacerlo constar mediante la interposición del oportuno recurso de reposición contra la referida diligencia de ordenación, resolución esta que, a diferencia de la prevista por el Art. 458 de la L.E.C., sí era susceptible de tal recurso. Al no haberlo hecho así, dejando que alcanzase firmeza esa resolución interlocutoria, no le cabe ahora a la apelada fundar su queja en la circunstancia de que el apelante llevase a cabo esa actividad subsanaoria -correcta o incorrecta- con posterioridad al plazo de interposición pero dentro del plazo de subsanación otorgado.

Y en lo referente a la primera cuestión (admisibilidad o inadmisibilidad de la subsanación consistente en el otorgamiento de un poder inexistente en el momento de apelar), sin dejar de reconocer este tribunal que se trata de un problema de solución dudosa, no podemos soslayar, aún sin tratarse de doctrina jurisprudencial propiamente dicha, que en sus autos de 8 de mayo de 2015 y de 14 de marzo de 2018 el Tribunal Supremo consideró correcto que la oportunidad de subsanación otorgada al litigante que no presentaba poder se hiciera extensiva a la posibilidad de otorgarlo "apud acta" dentro del propio plazo de subsanación concedido por el tribunal y, por lo tanto, con posterioridad al acto procesal precisado del requisito de postulación correspondiente, y todo a pesar de que hacía mucho tiempo que se encontraba vigente el requisito de la simultaneidad temporal entre el otorgamiento del poder y el momento de la primera actuación procesal del procurador apoderado. Y en el muy reciente auto de 10 de junio de 2020 se indica, en relación con la falta de firma de procurador, se indica que es subsanable no solo la justificación del cumplimiento del requisito sino también "... **el propio cumplimiento del requisito en sí, mediante la fijación de un plazo de subsanación antes de extraer la consecuencia jurídica que a su falta se anuda legalmente, con lo cual ha seguido la línea establecida por el TC en sentencias, entre otras, 79/2001, de 26 de marzo, 11/2003, de 27 de enero; 58/2005, de 14 de marzo, y 84/2005, de 18 de abril**" (énfasis añadido).

Nos inclinamos, pues, por esta interpretación amplia del principio de subsanabilidad. El criterio establecido por la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2013 que la apelada invoca es, de acuerdo con la misión estricta de garante constitucional atribuida a dicho órgano, el de que un tipo de interpretación como la que ella postula (subsanaibilidad de la mera justificación pero no de la existencia del acto de otorgamiento) no es contraria al derecho a la tutela judicial consagrado por el Art. 24 de la Constitución Española, pero no entra a analizar, como es natural, si desde el punto de vista de la legalidad ordinaria es o no ese un criterio correcto o incorrecto en aplicación de los Arts. 24 y 231 de la L.E.C.

**TERCERO.-** El apelante postula un pronunciamiento anulatorio de las actuaciones sobre la base de que en el trámite inmediatamente anterior al dictado de la sentencia se le privó de la posibilidad de formular conclusiones relativas a la diligencia final practicada.

Consta en autos que, habiéndose otorgado a las partes el plazo de diez días con carácter sucesivo a dicho efecto, el hoy apelante fue notificado de la diligencia de ordenación de 31 de julio de 2017 que tuvo por presentadas las conclusiones por la demandada, dejando el actor transcurrir varios meses sin evacuar el trámite para el que ya se le había conferido plazo hasta que tuvo lugar el dictado de la sentencia. Si el apelante entendía que dicha diligencia de ordenación le negaba la facultad -ya reconocida y explicitaba anteriormente por la juzgadora- de evacuar él mismo, y con carácter sucesivo al trámite de la demandada, el trámite de conclusiones, debió recurrir en reposición dicha resolución, pues es sabido que para que pueda prosperar un recurso de apelación por razón de la infracción de normas o garantías procesales es menester, de acuerdo con el Art. 459 de la L.E.C., que el apelante acredite que denunció oportunamente la infracción y, al abstenerse de interponer tal recurso, dejó pasar la oportunidad de emitir tal denuncia. En todo caso, ni siquiera consideramos que la referida diligencia de ordenación le negase la referida prerrogativa procesal.

No ha de apreciarse, pues, el vicio procedimental denunciado.

**CUARTO.-** En relación con el fondo de la cuestión, entendemos que no es difícil apreciar en el supuesto de autos la concurrencia de los elementos exigidos por el Art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital para apreciar la responsabilidad del demandado:

1.- Existió un *comportamiento antijurídico* concretado en la infracción de la legislación tributaria al presentar el apelante, en su condición de consejero delegado de la entidad, el Impuesto de Sociedades correspondiente a los ejercicios 2003, 2004 y 2005 y las liquidaciones de IVA correspondientes a los ejercicios 2004, 2005 y 2006. No en vano obran en autos las resoluciones administrativas que sancionaron a la sociedad demandante por razón de dicha infracción legal, resoluciones cuya conformidad a derecho ni siquiera es cuestionada por el apelante. De hecho, es el propio apelante quien nos reconoce en su recurso que las declaraciones tributarias que presentó "(...) eran mucho más ventajosas para la sociedad (...) al tener que pagar menos impuestos que

los **realmente debidos** (...)" (énfasis añadido). Por lo demás, tratándose de una infracción legal, el Art. 236-1 L.S.C. presume la culpa en el administrador, sin que el demandado haya desvirtuado dicha presunción. Antes bien, son sus propias palabras la que la corroboran.

Por si ello no fuera suficiente, el Documento 19 de la demanda incluye una misiva dirigida al apelante por CE CONSULTING EMPRESARIAL el 10 de marzo de 2003 en la que dicha asesora le advierte que con arreglo al nuevo sistema de tributación o bien la sociedad se disuelve y liquida para pasar a tributar como sociedad patrimonial, o, si desea seguir haciéndolo como sociedad mercantil, ello habría de ser bajo su exclusiva responsabilidad. Lo que evidencia de forma clamorosa que el apelante era totalmente consciente de la infracción en la que incurría. Así lo ponen además de relieve las resoluciones de la Dependencia Regional de Inspección que fueron confirmadas por el Tribunal Económico Administrativo (Documentos 6 y 9 de la demanda).

2.- Existió un *daño* toda vez que, además de la obligación de satisfacer la cuota en su día defraudada (lo que no originaría quebranto económico en cuanto tal pues supone nada más que la obligación de pagar lo que ya se debía), se impuso a la entidad la obligación de pagar intereses y sanciones concretadas en la suma de 76.726,63 €.

3.- Finalmente, el *vínculo causal* entre comportamiento antijurídico y daño no puede ser más evidente al ser las sanciones económicas consecuencia directa de la infracción, todo ello en virtud de la potestad sancionadora legalmente atribuida a la Administración tributaria.

Por lo demás, estos elementos se encuentran expuestos, bien que de forma ciertamente sintética, en la sentencia apelada, por lo que no es posible sostener que el apelante no ha podido tener conocimiento de las razones por las que la demanda ha sido estimada.

En presencia de ese estado de cosas, dos son las líneas argumentales que articula el apelante:

1.- Por un lado, sostiene que, siendo su cónyuge -hoy fallecida- la presidenta del consejo de administración, no debiera ser solo el apelante quien respondiese de dichas sanciones, entendiéndose que aquella era conocedora de las declaraciones tributarias que él efectuaba, siendo además especialmente versada en la materia por su condición de inspectora de hacienda excedente. Ahora bien, debemos tener en cuenta que cuando la responsabilidad de los administradores es colectiva por afectar no a uno solo de ellos sino a varios simultáneamente, dicha responsabilidad tiene carácter solidario ( Art. 237 L.S.C.), por lo que, de acuerdo con el Art. 1144 del Código Civil, el deudor solidario lo es de la totalidad de la deuda en la relación externa con el acreedor, y ello sin perjuicio de la reclamación que posteriormente pueda entablar el apelante contra los herederos de su cónyuge si considera que esta incurrió en la misma responsabilidad que él ( Art. 1145 del Código Civil).

2.- Por idéntico motivo, ser su cónyuge conocedora de las infracciones tributarias, entiende que no concurre buena fe en los herederos que sucedieron a esta en las participaciones sociales de las que era titular, al entablar la presente demanda. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que esta demanda no la han entablado los herederos de su cónyuge sino que la ha entablado la sociedad, y que no es posible atribuir mala fe a esta por la circunstancia de que eventualmente pueda concurrir dicho elemento subjetivo en alguno de sus socios.

En todo caso, ni siquiera dicho extremo se encuentra debidamente contrastado. La actora niega que la esposa del demandado fuera conocedora de las declaraciones y, por su parte, es el propio demandado quien no afirma lo contrario de manera categórica, pues no en vano se limita en su recurso a apreciar que la Sra. Trinidad "(...) **debería tener sobrado conocimiento sobre las declaraciones tributarias** (...)" (énfasis añadido), pero todo ello sin llegar a proclamar de manera asertiva que efectivamente lo tuviera, y sin justificar en momento alguno -ni siquiera en el plano puramente alegatorio- en qué momento u ocasión hizo él participe a su esposa del contenido de dichas declaraciones tributarias.

Tampoco ha acreditado el apelante que los recursos administrativos fueran gestionados por el despacho de abogados de uno de los hermanos de su fallecida esposa, y de hecho el testigo Sr. Cipriano, que trabajara en el pasado para dicho despacho, refirió que solamente tuvo conocimiento de las inspecciones y resoluciones administrativas al finales de 2010.

No ha de prosperar, pues, en vista de los precedentes planteamientos en su conjunto, el recurso de apelación interpuesto.

**QUINTO.-** Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,



## FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Obdulio contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer al apelante las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

El plazo de interposición será, en su caso, el previsto en el Art. 2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.