



Roj: **SAP B 12916/2023 - ECLI:ES:APB:2023:12916**

Id Cendoj: **08019370152023100494**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **29/11/2023**

Nº de Recurso: **267/2023**

Nº de Resolución: **504/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120218013541

**Recurso de apelación 267/2023 -1**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Impugnación acuerdos sociales art. 249.1.3) 997/2021**

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012026723

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012026723

Parte recurrente/Solicitante: PROVIDING TIME, S.L., **TORRA**, S.A.

Procurador/a: Pablo Santiago Bolinches Ferrandis, Encarna Gonzalez Cano

Abogado/a: MARÍA CHORNET PÉREZ, BENJAMIN JOSE PRIETO CLAR

Parte recurrida: Encarnacion , Cesar

Procurador/a: Jesus Miguel Acin Biota

Abogado/a: Martín Vallès Botey

Cuestiones. - Impugnación de acuerdos del consejo de administración. Conflicto de intereses. Nulidad del contrato.

**SENTENCIA núm. 504/2023**

**Composición del tribunal:**

JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

MARTA CERVERA MARTÍNEZ



NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR

En Barcelona, a veintinueve de noviembre de dos mil veintitrés.

**Parte apelante:** *Torra*, SA y Providing Time, SL

**Parte apelada:** Encarnacion y Cesar

**Resolución recurrida:** Sentencia

Fecha: 8 de marzo de 2023

Demandante: Encarnacion y Cesar

Demandada: *Torra*, SA y Providing Time, SL

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

*"ESTIMO la demanda interpuesta por Cesar y Encarnacion contra la entidad **Torra**, S. A., y Providing Time, S. L., y, por tanto:*

*a) DECLARO la nulidad del acuerdo social primero relativo a la renovación del contrato con la entidad Providing Time, S. L., adoptado en la sesión del consejo de administración del día 15 de septiembre de 2021.*

*b) DECLARO la nulidad del contrato suscrito entre la entidad **Torra**, S. A., con Providing Time, S.L., el 30 de abril de 2021, debiendo las partes restituirse las prestaciones recibidas pero sin que se puedan determinar en esta sentencia.*

*CONDENO a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia."*

**SEGUNDO.** - Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. Del recurso se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito de oposición.

**TERCERO.** - Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el 16 de noviembre de 2023.

Ponente: magistrada Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.** - **Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.**

**1.** La parte actora, los hermanos Encarnacion y Cesar, presentó demanda frente a *Torra SA* (en adelante *Torra*) y *Providing Time SL* (en adelante *Providing*), en la que solicitó la nulidad del acuerdo primero alcanzado en la reunión del consejo de administración de *Torra* celebrada el 15 de septiembre de 2021 en el que se acordó que no era necesario someter a votación la aprobación de la renovación del contrato con la entidad *Providing Time*. A la acción de impugnación se acumuló la de nulidad del contrato firmado entre *Providing* y *Torra* el 30 de abril de 2021.

**2.** Las demandadas contestaron a la demanda oponiéndose con base en los siguientes argumentos: i) caducidad de la acción, ii) falta de legitimación activa para solicitar la nulidad del contrato en el que no han intervenido, pues la acción se funda en la infracción del deber de lealtad y, como la lealtad se debe a la sociedad y no a sus socios, éstos carecen de legitimación, iii) abuso de derecho y actuación en fraude de ley por parte del consejero delegado de *Torra*; iv) validez del contrato de prestación de servicios entre las demandadas y; v) defecto en el modo de proponer la demanda por falta de claridad y concreción de las cantidades reclamadas.

**3.** La sentencia de instancia acoge los argumentos de la parte actora y estima la demanda, declarando nulo el acuerdo y el contrato.

**4.** Recurren las demandadas con base en los siguientes argumentos: i) falta de legitimación activa de los actores, hermanos Encarnacion y Cesar, para ejercitar la acción de nulidad del contrato de 30 de abril de 2021 al no haber sufrido perjuicio patrimonial alguno como consecuencia del negocio impugnado; ii) error en la valoración de la prueba en cuanto a los motivos expresados en la sentencia para declarar nulo el contrato de 21 de abril de 2021.

Los apelados se oponen al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.** - **Hechos relevantes para resolver el conflicto.**



5. Debemos traer a colación los hechos relevantes para resolver sobre la cuestión planteada que resumidamente son los siguientes:

5.1. La demandada Torra SA es una sociedad familiar cuyo capital se encuentra dividido desde el año 2005 al 50% entre dos familias, Humberto e Isaac . Desde ese año el órgano de gobierno lo componen miembros de ambas familias.

5.2. El consejo de administración de Torra está compuesto por los siguientes miembros:

Presidente: Jenaro .

- Consejero-delegado: Cesar

- Vocal: Reyes .

- Vocal: Encarnacion .

- Vocal: Rosa

- Vocal: Leopoldo

5.3. Los accionistas de la sociedad Providing son Rosa y su marido, Luis , quienes son también administradores solidarios.

5.4. Torra y Providing firmaron en el año 2016 un contrato de prestación de servicios de consultoría, recogida de difuntos y gestión documental por un periodo de cinco años. Previamente esos servicios habían venido prestándose por otras sociedades vinculadas a la familia Isaac .

5.5. Desde hace algunos años, probablemente desde 2016, los dos bloques familiares están enfrentados al diferir su criterio en cuanto a la estrategia que debe seguir la empresa de cara al futuro en relación con la posibilidad de construir un tanatorio propio, lo que requiere una elevada inversión.

5.6. En el contexto de ese conflicto el Sr. Jenaro , haciendo uso del poder de representación que Torra le otorgó en el pasado, firmó el 30 de abril de 2021 un contrato de prestación de servicios con la sociedad Providing a quien representó su yerno, el Sr. Luis . El contrato firmado resuelve anticipadamente el contrato anterior, que vencía el 31 de diciembre y pacta uno nuevo que entra en vigor el 1 de julio.

5.7. El 21 de julio el consejero delegado de Torra remite un e-mail a Jenaro en el que pone de manifiesto que el contrato firmado es lesivo para la sociedad y le recuerda la necesidad de que el contrato con una persona vinculada sea aprobado en sede de consejo de administración y con arreglo a los requisitos legales.

5.8. A la sesión del consejo de administración celebrado el 15 de septiembre de 2021 acudieron, presentes o representados todos sus miembros. El primer punto del orden del día era "1.- Examen y aprobación de la renovación del Contrato de PROVIDING TIME, SL; adopción, en su caso, de los acuerdos que correspondan.". El consejero delegado, Cesar , a requerimiento del presidente presentó un informe en el que recomendaba no ratificar la renovación del contrato suscrito con Providing el 30 de diciembre de 2016, por lo que la renovación suscrita a 30 de abril de 2021 queda anulada.

5.9. Tras la deliberación en la que resultó patente el enfrentamiento entre los dos grupos familiares que comparten el capital de Torra, se procedió a la votación resultando aprobado por tres votos a favor (Sr. Jenaro , Sr. Leopoldo , Sra. Rosa ) y el voto de calidad del presidente el siguiente acuerdo:

"(...) Por los motivos expuestos, El Presidente y los consejeros D<sup>a</sup> Rosa y D. Leopoldo (por haberle delegado su voto), emiten su voto en contra de que se someta a votación por el consejo de administración la aprobación de la renovación del contrato de Providing Time, S.L. (...)

Por consiguiente, queda aprobado con el voto dirimente del presidente que no se someta a votación por el Consejo de Administración la renovación del contrato con Providing Time, S.L."

### **TERCERO. De la nulidad del acuerdo impugnado.**

6. La actora solicitó la nulidad del acuerdo impugnado por entender que concurría en los consejeros que votaron a favor causa de abstención al encontrarse en situación de conflicto de intereses, al ser objeto de votación en el punto primero del orden del día, la aprobación de la renovación del contrato de prestación de servicios entre Providing y Torra, sociedad de la que Rosa es socia al 50% con su marido y administrador. Rosa es hija y hermana del Presidente del consejo, Jenaro y del también miembro del consejo, Leopoldo . Pese a que se había advertido previamente de la obligación de abstención atendiendo a la situación de conflicto de intereses, el acuerdo impugnado se aprobó con los únicos votos de las personas indicadas, haciendo uso el presidente del voto dirimente.



7. Las apeladas exponen que la renovación del contrato no podía ser sometida a la aprobación del consejo porque se había producido meses antes y estaba vigente. Exponen también que la sociedad Providing es sucesora de otras sociedades controladas por la familia Isaac , que desde el año 2005 han venido prestando a Torra los servicios de tramitación y documentación que ahora presta Providing. Que también los restantes miembros del consejo, Cesar , Reyes y Encarnacion prestan servicios a la sociedad, percibiendo por ello un sueldo por encima de mercado, sin que ni el contrato, ni la remuneración se hayan sometido nunca a la aprobación del consejo de administración. Por otra parte, la renovación del contrato no podía someterse a la aprobación del consejo porque ya estaba vigente.

#### *Valoración del Tribunal*

8. El artículo 227 de la LSC impone a los administradores el deber de lealtad para con la sociedad lo que comporta la obligación de obrar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

Entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad está el (art. 228 c)). *"Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto"*

9. Es evidente que en este caso los miembros de la familia Isaac no cumplieron con esta obligación de abstención, al contrario, el acuerdo ahora impugnado se aprobó únicamente con sus votos. Las explicaciones ofrecidas por Torra en el sentido de que esta forma de actuar se repetía en otras situaciones en las que también existe conflicto de intereses que afectaba a la familia Humberto , no puede sanar el incumplimiento de la obligación de abstención que la ley impone, por lo que la consecuencia no puede ser otra que la declaración de nulidad del acuerdo impugnado.

#### **CUARTO. De la nulidad del contrato.**

10. La actora solicitó la declaración de nulidad del contrato suscrito el 30 de abril de 2021 con base en los siguientes argumentos: i) es lesivo para la sociedad en la medida en que el importe satisfecho por Torra a Providing es muy superior al coste de mercado de los servicios que presta, ii) esos servicios podrían proporcionarse por el propio personal de Torra a un coste inferior, iii) a ello hay que añadir que Providing no cuenta ni con trabajadores, ni con estructura, habiendo arrendado un espacio a Torra; iv) es clara la vinculación entre los miembros del Consejo y Providing, por lo que la decisión sobre la contratación debió hacerse, como viene siendo habitual, por unanimidad y no en la forma en que se hizo; v) el contrato fue suscrito entre el Sr. Luis y el Sr. Jenaro , yerno y suegro respectivamente; vi) El contrato firmado el 30 de abril de 2021 cancela anticipadamente el anterior que vencía el 31 de diciembre de 2021 y entra en vigor el 1 de julio de 2021.

11. La sentencia anula el contrato por considerar que carece de causa lícita celebrado contraviniendo normas imperativas relacionadas con el deber de lealtad y de abstención en transacciones celebradas con personas vinculadas en las que varios miembros del consejo de administración se encuentran en situación de conflicto (artículos 226, 229 y 231 del TRLSC).

12. La apelante Torra niega legitimación activa a los hermanos Encarnacion y Cesar para solicitar la nulidad del contrato al no haber sufrido perjuicio patrimonial directo. También discuten las apelantes que la causa del contrato sea la defraudación a Torra, puesto que el contrato se encontraba vigente desde el 1 de julio, habiendo sido válidamente suscrito por personas con poderes de ambas sociedades. La causa del contrato es la prestación de un servicio a Torra, servicio que venía prestándose sin problemas desde el año 2016 y antes por otras sociedades, sin que en ningún caso el contrato fuera aprobado por el consejo de administración. No es cierto que la remuneración percibida por Providing por la prestación de servicios sea superior al coste de mercado.

#### *Valoración del Tribunal*

13. Antes de resolver sobre la legitimación activa de los hermanos Humberto entendemos necesario examinar si la firma del contrato entre Torra y Providing por parte del Sr. Jenaro constituye un acto de deslealtad. Entendemos que así es. En primer lugar, porque es indiscutible la relación de parentesco entre las partes, Rosa , hija de Jenaro , es socia de Providing al 50% con su esposo Sr. Luis , lo que obliga, tanto a ella, como a su padre y hermano, todos ellos miembros del consejo de administración, a adoptar las medidas necesarias para evitar entrar en conflicto de intereses con la sociedad. Es claro que el contrato suscrito entre Torra y Providing sitúa a los miembros de la familia Isaac en posición de conflicto de intereses con la sociedad que administran. El contrato de constante referencia no es una operación ordinaria, así resulta del hecho de que la duración sea 5 años.

14. No podemos compartir la alegación de la apelante Torra que niega legitimación activa a los hermanos Humberto para el ejercicio de la acción de nulidad del contrato con base en lo dispuesto en el artículo 232



de la LSC. Tal como hemos concluido en el párrafo anterior la firma del contrato cuestionado es un acto del administrador que incurre en deslealtad frente a la sociedad y que es susceptible de causar daño. Es indiferente a efectos de la legitimación activa si el daño se ha causado a la sociedad o al socio, resultando bastante a tal fin que el acto se haya realizado con infracción del deber de lealtad.

**15.** Sentado lo anterior resta por determinar si el contrato es nulo. Debemos adelantar que no compartimos la conclusión expresada por el juez *a quo* en el sentido de que el contrato es nulo por falta de causa. El contrato tiene causa y es lícita, en la medida en que las partes se muestran conformes en que los servicios se han prestado, discrepando únicamente en cuanto al precio, pues mientras los actores sostienen que el precio es muy superior al del mercado, o al coste de los mismos servicios si los prestara personal contratado en Torra, las demandadas afirman que el precio es correcto si se compara con los precios de mercado.

**16.** Hemos concluido que el contrato firmado el 30 de abril de 2021 lo fue con infracción del deber de lealtad, pero ello no implica necesariamente la declaración de nulidad del contrato, sino que es necesario examinar si procede, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 232 LSC.

**17.** Los apelantes sostienen la validez del contrato firmado el 30 de abril de 2021 al señalar que el Sr. Jenaro no actuó como administrador, sino como apoderado. Resolver sobre la cuestión planteada obliga a preguntarse quién tiene el poder para decidir sobre la renovación del contrato. Es evidente que el Sr. Jenaro no puede por sí mismo decidir sobre la renovación, pues esa decisión está reservada a quien ostenta los poderes delegados por el consejo de administración, el consejero delegado, Cesar. El Sr. Jenaro no podía, ni siquiera haciendo uso del poder otorgado a su favor, firmar el contrato con Providing si previamente no había recibido instrucciones en tal sentido por parte de quien tenía el poder de decisión, esto es, el consejero delegado. Ello supone que el contrato firmado en abril de 2021 es nulo al haber actuado el mandatario fuera del mandato recibido.

**18.** La declaración de nulidad no puede producir los efectos que solicitan los actores en la demanda, es decir la devolución por Providing de las cantidades recibidas. Los actores no han discutido que los servicios se han prestado, limitándose a señalar que la remuneración es superior a la de mercado, cuestión que no ha sido objeto de pronunciamiento en la instancia, ni por qué importe. Por efecto de la nulidad declarada en párrafo anterior el contrato deja de existir, sin que proceda la devolución de prestaciones en la medida en que no se discute que la demandada Providing ha prestado los servicios contratados y esa es una prestación que Torra no puede en ningún caso restituir, lo que ha de suponer la desestimación de la pretensión restitutoria. Cuestión distinta es la reclamación de la diferencia entre lo percibido y lo que, en su caso, hubiera debido percibir Providing, que queda imprejuzgada en este pleito al no haber sido solicitada condena por este concepto.

**19.** Dando respuesta a lo planteado por las apelantes, la nulidad del contrato suscrito en el 2021 en ningún caso puede hacer ganar vigencia al que se firmó en el 2016 como pretenden, puesto que éste se encuentra ya extinguido al haber transcurrido el plazo pactado.

#### **QUINTO. Costas de primera y segunda instancia.**

**20.** Respecto de las costas de ambas instancias, no procede hacer pronunciamiento alguno.

Las de primera instancia porque se desestima la pretensión restitutoria, las de segunda instancia porque la Sala ha estimado el recurso en cuanto revoca la condena a restituir las cantidades percibidas por Providing en cumplimiento del contrato.

Lo anterior supone la estimación parcial del recurso.

#### **FALLAMOS**

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Torra, SA y Providing Time, SL contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil núm. 4 de Barcelona en fecha 8 de marzo de 2023, que revocamos parcialmente en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento que condena a las partes a " *restituirse las prestación recibidas pero sin que se puedan determinar en esta sentencia*", así como la condena al pago de las costas causadas en la instancia.

Todo ello sin hacer pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.



Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

10

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ