



Roj: **SAP B 11064/2022 - ECLI:ES:APB:2022:11064**

Id Cendoj: **08019370132022100427**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **21/10/2022**

Nº de Recurso: **402/2020**

Nº de Resolución: **466/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DELS ANGELS GOMIS MASQUE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935673532

FAX: 935673531

EMAIL:aps13.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188064633

Recurso de apelación 402/2020 -2

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 278/2018

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0659000012040220

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

Beneficiario: Sección nº 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0659000012040220

Parte recurrente/Solicitante: NECTAR CITY, S.L.U., AGROLIMEN, S.A., POLLO CAMPERO IBERIA, S.L.U.

Procurador/a: M^a Carmen Fuentes Millan, M^a Carmen Fuentes Millan, Ignacio De Anzizu Pigem

Abogado/a: RAIMON TAGLIAVINI, Maria Encarnacion Perez-pujazon Millan

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 466/2022

Magistrados:

M dels Angels Gomis Masque Fernando Utrillas Carbonell Maria del Pilar Ledesma Ibañez

Barcelona, 21 de octubre de 2022

Ponente: M dels Angels Gomis Masque



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 1 de julio de 2020 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 278/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto respectivamente por e/la Procurador/a M^a Carmen Fuentes Millan e Ignacio De Anzizu Pigem, en nombre y representación respectivamente de NECTAR CITY, S.L.U. y AGROLIMEN, S.A.(respecto a la primera procuradora) y POLLO CAMPERO IBERIA, S.L.U. (respecto al segundo procurador), contra Sentencia - 16/01/2020.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Estimo parcialmente la demanda presentada por Pollo Campero Ibérica, SL, frente a Néctar City, SLU y Agrolimen, SA.

Declaro que Agrolimen, SA, y Néctar City SLU, incumplieron obligaciones fundamentales que resultaban del pacto de socios cuyos términos quedaron plasmados en el llamado contrato entre socios de Atitlan Foods, SL, de 8 de mayo de 2008 elevado a público por virtud de escritura otorgada por el notario Luis Sampietro Villacampa en idéntica fecha, al número 837 de su protocolo, concretamente puntos 4.2.2 y 4.3.1.

Declaro que la resolución del pacto de socios citado realizada a instancias de la demandante fue conforme a derecho.

Condeno a la demandada a pagar a la demandante, de manera solidaria, 2.158.600 €, en concepto de daños y perjuicios con causa en el incumplimiento citado.

Condeno a la demandada a pagar a la demandante, de manera solidaria, 1.000.000 €, por razón de penalidad prevista para el caso de infracción del pacto de confidencialidad.

Las cantidades citadas devengarán intereses de demora desde la fecha de interposición de la demanda.

Cada parte pagará las costas causadas a instancia suya y la mitad de las comunes."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 16/06/2021.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada M dels Angels Gomis Masque .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate.

Con la demanda inicial la actora, POLLO CAMPERO IBERIA S.L.U. (en adelante PCI) se dirige contra AGROLIMEN SA y contra NECTAR CITY SLU (en adelante Néctar) en ejercicio de una acción de responsabilidad contractual, ex arts.1124, 1.101 CC y concordantes, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que las demandadas incumplieron el contrato entre socios de ATITLAN FOODS SL (en adelante ATITLAN) de 8.5.2008 y que la resolución del mismo por parte de la actora fue conforme a derecho y que condene a ambas demandadas a abonar solidariamente a la demandante en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento la suma de 34.287.000€, más 1.000.000€ de euros como penalización pactada por la infracción de la prohibición de competencia, así como los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de presentación de la demanda.

Alega, en esencia, para fundar tal pretensión que en fecha 8.5.2008 PCI, entidad mercantil titular de un derecho de licencia para la explotación de la marca *Pollo Campero* en España y Portugal que opera en el sector de la restauración de comida rápida comercializando distintos productos que tienen como eje el pollo frito, y la codemandada NECTAR CITY SLU, que actuaba en interés de AGROLIMEN SA (cuya división de restauración de comida rápida estaba encabezada por su filial THE EAT OUT GROUP SL -en adelante EOG-), acordaron una *joint venture* con el fin de traer e implantar en España el producto de PCI, a cuyo efecto, por una parte constituyeron una tercera sociedad, "ATITLAN FOODS SL" (de la cual NÉCTAR ostentaba un 51% de las participaciones y PCI un 49%), regulando las relaciones entre los socios con la firma en esa misma fecha de un contrato de socios, de carácter *intuitu personae*, en cuya virtud PCI se obligaba a aportar el *know how* específico del producto así como la cesión del uso de la marca mediante un contrato de masterfranquicia que suscribiría con Atitlan, y Agrolimen (a través de Néctar) se obligaba a implantar, gestionar y dirigir el desarrollo y expansión del negocio Pollo Campero, para lo que contaba con su específico *know how* de operador local de restauración rápida,



prestando los correspondientes servicios operacionales, administrativos y de gestión a la sociedad común. Relata la actora que, si bien los primeros años la relación se desarrolló con normalidad, ampliándose incluso el Plan de Negocio, posteriormente, a partir del año 2012 NECTAR incurre en incumplimientos esenciales del contrato de socios, en concreto: (a) *incumplimiento de la obligación de dirigir y gestionar diligentemente el desarrollo del negocio*, inicialmente por un claro desinterés en la gestión del negocio y de los establecimientos y un abandono del Plan de Negocio de 2010 y del Plan de Expansión de 2011, y posteriormente por la escisión de Néctar de EOG y la venta de las participaciones de ésta última al Grupo Ibersol, momento a partir del cual dicha obligación deviene de imposible cumplimiento; y (b) como *consecuencia de un proceso de desinversión por parte de Agrolimen, ésta escinde Néctar de EOG transmitiendo sus participaciones a un fondo de inversión sin experiencia, y posteriormente vende EOG al grupo portugués Ibersol* (competidor directo, en tanto explota la franquicia Kentucky Fried Chicken), lo que genera una situación insostenible, dado que no sólo queda privada del know how que aquélla le proporcionaba, sino que, además los puntos de venta abiertos en régimen de *cobranding* están en establecimientos de la competencia y el know how del producto en manos de un competidor directo, en definitiva, concluye que la venta ha supuesto no sólo una infracción del régimen de transmisión de participaciones sociales sino también una infracción de las normas de no competencia. Estima PCI que tales incumplimientos tienen carácter esencial, por lo que, en esa tesitura, procede a resolver el contrato de socios, comunicando a Néctar y a Agrolimen en fecha 30.6.2017 la resolución del contrato como consecuencia de aquéllos; por su parte, Néctar niega los incumplimientos que PCI le atribuye y afirma que quien ha incurrido en incumplimiento es PCI, por lo que acepta poner en marcha la disolución y liquidación de la sociedad Atitlan, disolución, cese de administradores y nombramiento de liquidadores que se acuerda en Junta General Extraordinaria de esta sociedad de 13.12.2017.

Considerando PCI que la liquidación de la sociedad no deriva de la voluntad común de los socios sino del incumplimiento esencial de Néctar y Agrolimen, la actora reclama una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, indemnización que centra en los beneficios dejados de obtener en la empresa conjunta y que valora atendiendo a la diferencia entre los valores actuales y los que se hubieran obtenido de haberse cumplido el Plan de Negocio, desglosándolos en los siguientes conceptos e importes: (a) Menores cobros de cánones de apertura y regalías, que cuantifica en 21.703.000€; (b) Menor valor de las participaciones sociales de PCI en Atitlan, que valora en 12.237.000€; y (c) Menor valor de la marca Pollo Campero, que cifra en 347.000€, lo que totaliza la suma de 34.287.000€ (cifra que en el acto de la vista se redujo a 32.464.000€, al haber existido un error en el cálculo por parte de los peritos). A tal reclamación se suma el importe de la penalización pactada por infracción del pacto de no competencia, que asciende a 1.000.000€

Sostiene la actora que tiene acción contra AGROLIMEN, bien por encontrarnos ante la figura del mandato bien por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, al ser ésta quien ocupó desde el punto de vista material la posición de socio y quien incumplió los pactos alcanzados, siendo NECTAR CITY un mero instrumento de ejecución.

Las codemandadas se oponen a tales pretensiones alegando resumidamente: (A) *Falta de legitimación pasiva de Agrolimen*, al no existir un mandato respecto a Néctar y no concurrir los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. (B) *En cuanto a la indemnización por incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas en el Pacto de Socios*: (B.1) La *join venture* se articuló a través de ATITLAN como empresario independiente, de tal manera que las obligaciones que la actora atribuye a NECTAR conforme a los pactos de socios correspondían a ATITLAN. (B.2) Los Planes de Negocio elaborados no tenían contenido obligacional sino de objetivos y de medios. (B.3) NECTAR ha cumplido diligentemente con sus obligaciones durante todo el desarrollo de la *join venture*. (B.4) El contrato de socios fue resuelto por mutuo disenso varios meses antes de que PCI procediera a comunicar la resolución por incumplimiento. (B.5) Subsidiariamente, y para el supuesto que se apreciara incumplimiento por parte de NECTAR, afirma que el contrato de socios prevé un régimen propio para el supuesto de incumplimiento y terminación del negocio, contemplándose penalizaciones específicas que no incluyen para este supuesto una indemnización de daños y perjuicios. (B.6) Y en último término e igualmente con carácter subsidiario, sostiene la inexistencia de nexo causal entre los incumplimientos atribuidos a las demandadas y la falta de consecución de los Planes de Negocio e incluso inexistencia del daño, ya que consisten en meros sueños de fortuna cuya compensación no está amparada en nuestro régimen legal. (C) *Respecto de la reclamación de la cláusula penal por incumplimiento de los compromisos de estabilidad, adquisición preferente, no competencia y prohibición de transmisión a competidores*, sostiene que con la transmisión de las participaciones de Nectar ni ésta ni Agrolimen han infringido lo pactado en las cláusulas 8 y 10 del pacto de socios, añadiendo que, de efectuarse una interpretación extensiva de estas cláusulas en relación a la venta de EOG, INVERPENINSULAR SL, que adquirió las participaciones de ésta, no es competidor de PCI en España.

Seguido el juicio por sus trámites, recayó sentencia que, estimando parcialmente la demanda, declaraba que AGROLIMEN SA y NECTAR CITY SLU incumplieron obligaciones fundamentales que resultaban del pacto de



socios cuyos términos quedaron plasmados en el llamado contrato entre socios de ATITLAN FOODS SL de 8.5.2008 elevado a escritura pública, concretamente los puntos 4.2.2 y 4.3.1 del mismo y que su resolución realizada a instancias de la demandante fue conforme a derecho, y condena a la parte demandada a pagar a la demandante, de manera solidaria, la suma de 2.158.600€, en concepto de daños y perjuicios con causa en el incumplimiento citado más otros 1.000.000€ por razón de la penalidad prevista para el caso de infracción del pacto de confidencialidad, más los intereses legales de ambas sumas desde la fecha de interposición de la demanda; sin efectuar una especial declaración sobre las costas.

Frente a dicha resolución se alzan ambas partes litigantes interponiendo sendos recursos de apelación.

La parte actora impugna la sentencia respecto al alcance de los incumplimientos declarados por la sentencia, al considerar que (1) el incumplimiento de la obligación del *know how* de gestión debe remontarse al año 2012, coincidiendo con el momento en que Agrolimen decidió desinvertir en el sector de restauración y poner su división en este sector, Eat Out Group, a la venta y que (2) el incumplimiento de la prohibición de competencia no se limita a la violación de la obligación de los socios de guardar confidencialidad, asimismo la impugna respecto de (3) la cuantificación de la indemnización fijada en la sentencia por los daños.

La parte demandada impugna la sentencia respecto por los siguientes motivos: (a) La sentencia incurre en incongruencia al condenar al pago de una penalización por incumplimiento de la obligación de confidencialidad, que no fue solicitada en la demanda, incurriendo, además en error al atribuirle una penalización distinta de la pactada; (b) El contrato se resolvió por mutuo disenso mucho antes de que en junio de 2017 la actora remitiera comunicación dándolo por terminado.; (c) Error en la valoración de la prueba respecto al supuesto incumplimiento de Néctar y respecto al nexo causal entre los supuestos incumplimientos y los daños objeto de condena; (d) Improcedencia en la determinación de los daños así como vulneración del régimen pactado en el contrato de socios para los supuestos de incumplimiento contractual; y (e) Improcedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para fundar la legitimación pasiva de Agrolimen en este procedimiento.

En definitiva, atendidos los motivos de impugnación argüidos respectivamente por las partes, el debate en esta segunda instancia queda fijado en los mismos términos que en la primera instancia y se dispone para su resolución del mismo material probatorio.

SEGUNDO.- Hechos probados.

Para la resolución del presente pleito hemos de partir de los siguientes hechos que constituyen el marco fáctico en el que se plantea la controversia y que han sido incontrovertidos o se consideran suficientemente acreditados por lo actuado:

(a) POLLO CAMPERO IBERIA SLU es una entidad mercantil española, cuyo objeto social es la explotación de establecimientos de hostelería propios o franquiciados (doc.4 de la demanda), titular de un derecho de licencia para la explotación de la marca Pollo Campero en España y Portugal, que opera en el sector de la restauración de comida rápida comercializando distintos productos que tienen como eje común el pollo frito. Dicha mercantil forma parte del grupo de empresas latino de origen guatemalteco "CORPORACIÓN MULTI INVERSIONES" (CMI) que opera en diversos sectores del mercado.

(b) NECTAR CITY SLU, empresa íntegramente participada por EOG, tiene por objeto social la explotación de hoteles, moteles, restaurantes, bares y cafeterías fast-food, self-service, snak-bar o cualesquiera otros establecimientos de hostelería y la fabricación y preparación de toda clase de productos comestibles (doc. 16 de la demanda). NECTAR CITY pertenece al holding AGROLIMEN SA, importante grupo de empresas que opera distintos sectores económicos (preparados alimenticios, alimentos para mascotas, restauración rápida, productos de higiene, ...), siendo la sociedad cabecera del sector de empresas dedicado a la actividad de restauración rápida EOG, persona jurídica cuyo capital social es titularidad 100% de AGROLIMEN.

(c) PCI y NECTAR acordaron una "join-venture" en el año 2008 para el desarrollo del negocio de restauración Pollo Campero en España y Portugal, mediante establecimientos de comida rápida propios o en régimen de franquicia bajo la enseña "Pollo Campero", actividad que se desarrollaría a través de la creación de una sociedad de responsabilidad limitada. A tal fin el día 8.5.2008 PCI y NÉCTAR suscribieron un CONTRATO ENTRE SOCIOS DE "ATITLAN FOODS" (en el que se funda la demanda origen del presente pleito), que en la misma fecha se elevó a público (doc. 32 de la demanda).

Conforme a lo acordado, en fecha 8.5.2008, mediante escritura pública (doc. 33 demanda), se constituyó la mercantil ATITLAN FOODS, SL, con una participación del 51% por parte de NECTAR (capital desembolsado que se efectuó mediante aportación en efectivo metálico) y del 49% por parte de PCI (capital desembolsado mediante aportación no dineraria de la licencia de masterfranquicia relativa a la marca Pollo Campero para España y Portugal, otorgando el derecho de uso y cesión de la marca en ese territorio así como la transmisión



del know-how del sistema Pollo Campero). Dicha sociedad tiene personalidad jurídica y cuenta con órganos sociales propios, cuya composición, designación y mayorías exigibles para la adopción de acuerdos sociales fue expresamente pactada en sus estatutos y de conformidad con lo acordado en el referido "contrato de socios".

Para el desarrollo de Atitlan, los socios pactaron que esta se desarrollaría en dos Fases, durante las cuales las obligaciones y facultades de los socios eran distintas; en el propio contrato se acompaña como anexo el Plan de Negocio previsto para la Fase I e incluye, asimismo, líneas generales para el Plan de Negocio de la Fase II. Posteriormente se elaboraron nuevos Planes de Negocio en 2010 y otro de 2014-2018.

También, el mismo día 8.5.2008 PCI y ATITLÁN suscribieron un contrato de masterfranquicia, en cuya virtud PCI concedía, en las condiciones pactadas, a ATITLAN el derecho para abrir y explotar restaurantes Pollo Campero propios así como, transcurrido determinado período y en determinadas condiciones, conceder subfranquicias. En dicho contrato se introdujeron cláusulas adicionales en fechas 6.3.2009 (ampliación del territorio al Principado de Andorra) y 20.7.2011 (inclusión de explotación de establecimientos en el sistema de cobranding).

Se pactó que el desarrollo del negocio en Portugal se llevaría a cabo mediante una sociedad filial que Atitlan constituiría en dicho país, siendo titular del 100% de las participaciones. No consta que se constituyera dicha sociedad ni que se haya iniciado explotación alguna en Portugal

(d) En el marco de la misma "join-venture" PCI y NECTAR convinieron el desarrollo de un negocio para la explotación del sistema "Pans&Company" en Centroamérica a través de una relación espejo de la anterior, con la suscripción el mismo día 8.5.2008 de iguales contratos en idénticos términos y que se articulaba a través de la creación de una sociedad denominada "PEDRERA FOODS SL", en la que PCI ostentaba el 51% de las participaciones y NECTAR un 49%.

Las partes pusieron fin de mutuo acuerdo a las operaciones de Pedrera Foods, suscribiendo en fecha 9.12.2013 un "Acuerdo de liquidación de saldos: regularización económica y pago parcial por compensación", sin indemnizaciones. Asimismo, mediante escritura pública de 7.4.2016, NECTAR vendió a PCI sus participaciones en PEDRERA FOODS por el precio de 1€, lo que comporta la unipersonalidad sobrevenida de la sociedad, y declaran expresamente extinguidos los derechos, licencias y demás contratos relativos a las masterfranquicias territoriales en Guatemala y El Salvador y sobre la marca y Know-How del sistema Pans&Company para dichos territorios, así como el contrato de socios firmado entre las partes, quedando dichos contratos resueltos sin efecto alguno entre las partes.

(e) En fecha 2.1.2012, EOG Y ATITLÁN suscribieron un "contrato de prestación de servicios operacionales", en cuya virtud Atitlan encarga a EOG la prestación de servicios operacionales consistentes, a título enunciativo, en servicios de mantenimiento en restaurantes de Atitlan, asistencia informática, ADSL y costes de supervisión en los restaurantes, gestión de las operaciones, las relaciones y seguimiento de franquiciados, etc. para que los mismos sean prestados a Atitlan. Se pacta una duración inicial de un año, prorrogable por períodos anuales así como los honorarios que percibirá EOG por los servicios prestados.

En la misma fecha 2.1.2012 EOG, NECTAR y ATITLAN suscribieron un "contrato de prestación de servicios administrativos", en dicho contrato se contempla expresamente que en virtud del acuerdo de socios de la compañía Atitlan, suscrito entre los socios de la entidad en fecha 8.5.2008, NECTAR queda facultada para llevar a cabo los servicios administrativos que aquí se pactan a Atitlan, ya sea directa o indirectamente, y en base a ello NECTAR en carga a EOG la prestación de servicios administrativos consistentes, a título enunciativo, en administración, general y de personal, tesorería, control de gestión, recursos humanos, marketing, informática, servicios jurídicos, expansión, departamento técnico y de obras, gestión comercial y de franquicias, logística y compras, para que los mismos sean prestados a ATITLAN. Se pacta una duración inicial de un año, prorrogable por períodos anuales así como los honorarios que percibirá EOG por los servicios prestados.

Ambos contratos estuvieron en vigor hasta 31.12.2016, fecha en que EOG los dio por resueltos, cumpliendo con el preaviso contractualmente pactado (doc 52 de la demanda).

(f) Según resulta de la inscripción en el Registro Mercantil de 15.5.2014, la totalidad de las participaciones de NECTAR fueron transmitidas a INVERAMEN SA, sociedad cuyo capital pertenece en su integridad a AGROLIMEN (Docs. 16 y 17 de la demandada). Ninguna alteración se produjo en la titularidad de las participaciones que NECTAR ostentaba en ATITLAN.

Entre los años 2014 y 2017 los socios valoraron de manera puntual la posibilidad de poner fin a la join-venture, resolviendo el contrato, así como que PCI adquiriera la participación de NECTAR en ATITLAN (fijado como hecho no controvertido en la audiencia previa y admitido en prueba de interrogatorio de parte)



(g) En el julio de 2016 AGROLIMEN transmitió la totalidad de las participaciones que ostentaba en EOG, de la que era socio único, a INVERPENINSULAR S.L. (filial española de IBERSOL RESTAURAÇÃO S.A.). Entre otros negocios, esta última es titular de una franquicia para la explotación de KFC en Portugal.

Con anterioridad, alrededor del año 2011, existieron conversaciones entre CMI y Agrolimen respecto al concurso de venta de EOG, en el que participó la primera.

(h) En fecha 30.6.2017, PCI remitió a AGROLIMEN y NECTAR a través de burofax comunicación mediante la que daba por resuelto el "contrato de socios de Atitlán" suscrito en 8.5.2008, atribuyéndoles graves y numerosos incumplimientos de sus obligaciones contractuales (doc 82 de la demanda).

(i) NECTAR respondió a dicha comunicación mediante otra de fecha 7.7.2017 en la que, si bien aceptaba la finalización de la relación contractual y el inicio del proceso de disolución y liquidación de la sociedad, negaba terminantemente haber incurrido en incumplimiento alguno de sus obligaciones contractualmente asumidas así como que la voluntad de PCI de no proseguir con la asociación pudiera fundarse legítimamente en dichos negados incumplimientos (doc 83 de la demanda).

(j) En reunión de 27.7.2017, el Consejo de Administración de ATITLAN acordó someter a la Junta General de Socios la adopción de los acuerdos de disolución y apertura del proceso de liquidación de la sociedad, acuerdo que se adoptó en Junta General Extraordinaria de fecha 13.12.2017, iniciándose el correspondiente proceso de liquidación.

(k) Con posterioridad PCI se subroga en franquicias concertadas por ATITLAN para la explotación del negocio "Pollo Campero" en España y continúa con esta actividad.

TERCERO.- Resolución del Pacto de Socios por mutuo disenso.

En su contestación las demandadas niegan, en primer término, que haya tenido lugar una resolución causal por incumplimiento del pacto de socios suscrito en 8.5.2008, por cuanto, según alegan, con anterioridad a la comunicación de PCI de fecha 30.6.2017 dando por resuelto el contrato por el incumplimiento que les atribuye, el contrato se había resuelto por mutuo disenso.

Atendiendo a una constante doctrina del Tribunal Supremo, cabe afirmar que el mutuo disenso es una causa de extinción de las obligaciones no recogida en el art. 1156 CC, pero conforme al principio de autonomía de la voluntad, perfectamente diferenciable de la facultad resolutoria del contrato. No se trata de consentir la ineficacia del contrato por razón del incumplimiento observado, sino de un auténtico acuerdo de las partes y, por tanto, un nuevo negocio jurídico dirigido a dejar sin efecto una relación obligacional preexistente plenamente válida y eficaz. Así pues, el mutuo disenso, como negocio jurídico, requiere: (a) su propia y autónoma existencia, con sus presupuestos de validez y (b) la constancia de un consentimiento de ambas partes (no puede imponerse unilateralmente) de signo contrario al constitutivo del vínculo contractual, que puede manifestarse expresa o tácitamente, a través de actos que inequívoca y concluyentemente (actos propios) revelen la común voluntad (no es preciso que la concurrencia de voluntades sea simultánea) de dejar sin efecto el negocio concluido (SSTS 385/2009 de 26.5 y 291/2016 de 4/5).

En relación a esta figura la reciente STS 3/2021 de 13 de enero, recogiendo jurisprudencia anterior del mismo tribunal, afirma: "En el mutuo disenso se persigue dejar sin efecto el contrato, pero el mutuo disenso no implica una atribución de culpa o dolo a una de las partes, sino la voluntad concurrente de ambas de no cumplir lo pactado, dejándolo sin efecto. Para que exista mutuo disenso debe existir una voluntad común, que cumpla con los requisitos del consentimiento para la formación del contrato: consentimiento sobre el objeto y la causa (sentencia 169/2016, de 17 de marzo), se trata de un nuevo negocio jurídico dirigido a dejar sin efecto una relación obligacional preexistente (sentencia 39/2015, de 16 de febrero); "el mutuo disenso, como negocio jurídico, requiere de su propia y autónoma existencia, con sus presupuestos de validez y eficacia, de forma que precisa su plasmación expresa o su constatación inequívoca a través de la doctrina de los actos propios llevado a cabo por las partes" (sentencia 639/2012, de 7 de noviembre). Sobre actos propios inequívocos, en relación con el mutuo disenso la sentencia 78/2013, de 26 de febrero .

En este caso, tras la valoración de la prueba documental indicada por la parte demandada en el apartado de su contestación que invoca el mutuo disenso (Hecho Tercero B.b.), no puede considerarse que se produjera una extinción por mutuo disenso, en los términos expuestos, con anterioridad a la carta remitida por PCI comunicando la resolución causal (30.6.2017). Ciertamente, desde el año 2014 entre las partes se barajaba la posibilidad de poner fin a la "join venture", valorándose distintas propuestas, pero es lo cierto que no hubo un acuerdo de voluntades que de manera expresa pusiera fin al contrato ni éste puede deducirse de actos concluyentes de las partes, ya que en diversas ocasiones ante la reiterada manifestación de voluntad de Néctar de no continuar con el negocio, PCI/CMI no sólo no aceptaron tal disolución sino que declararon expresamente su negativa a ello. Es más, incluso de la propia conducta de Néctar con posterioridad a la carta remitida por PCI



de terminación del contrato de socios por incumplimiento de aquélla se deduce que Nectar con anterioridad a la citada comunicación de PCI consideraba que el contrato de socios se mantenía en vigor (así resulta de la carta remitida a PCI en 7.7.2017 en respuesta a la reseñada comunicación -.doc. 83 de la demanda-, como también de las manifestaciones efectuadas en el Consejo de Administración de Atitlan de 27.7.2017 -doc. 84 de la demanda- así como en la Junta General Extraordinaria de 13.13.2017 -doc. 87 de la demanda-).

En conclusión, el motivo de impugnación no puede prosperar.

CUARTO.- Resolución causal del Pacto de Socios por incumplimiento por parte de NECTAR CITY se sus obligaciones contractualmente asumidas. Reclamación de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

En su demanda la actora indica que, conforme al Contrato entre Socios suscrito en 8.5.2008, NECTAR asumió, en los términos recogidos en el propio acuerdo, las obligaciones de dirección general, prestación de servicios administrativos y prestación de servicios operacionales (estipulación Tercera) así como de aportación del Know-how (estipulación Cuarta). La demandante concreta, como se puntualizó en la audiencia previa, los incumplimientos contractuales en los que han incurrido las demandadas que son fundamento de su demanda, en los siguientes: (i) incumplimiento de la obligación asumida de dirigir y gestionar diligentemente el desarrollo del negocio en común mediante la aportación del know-how del negocio de la restauración, en su condición de experto local con conocimientos en dicho sector y la prestación adecuada de los servicios directivos, administrativos y operativos, desarrollando en la demanda lo que considera manifestaciones de esta negligente gestión. Y (ii) incumplimiento del marcado carácter *intuitu personae* del Pacto de Socios y de sus obligaciones de estabilidad, no competencia y no transmisión ocasionado con la venta de EOG al grupo Ibersol (estipulaciones octava y decimo-primera), que ha supuesto que las demandadas se hayan situado libre y voluntariamente en situación de imposible cumplimiento, por transmisión del Know-how que se obligó a aportar.

Hemos de partir como premisa que el objeto del pleito no se centra en determinar si la mercantil ATITLAN estuvo o no bien gestionada, sino de establecer si NECTAR y AGROLIMEN incumplieron las obligaciones contractualmente asumidas.

Nos encontramos, pues, en el marco de los llamados pactos parasociales, también denominados reservados o extraestatutarios.

Las sentencias del Tribunal Supremo 128/2009 y 138/2009, ambas de 6 de marzo , y más recientemente la sentencia 103/2016, de 25 febrero , definieron los pactos parasociales como aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, y afirmaron que "son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad". Esta consideración como negocios jurídicos válidos se ha sostenido reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal (entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre de 1.961 , 10 de noviembre de 1.962 , 28 de septiembre de 1.965 , 24 de septiembre de 1.987 , 26 de febrero de 1.991 , 10 de febrero de 1.992 , 18 de marzo de 2.002 , 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008).

Se trata de un contrato asociativo (sentencia 296/2016, de 5 de mayo) distinto del contrato social, que no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica (sociedad anónima o limitada), de forma que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran (STS núm. 300/2022 de 7 de abril)

Siguiendo la línea jurisprudencial reseñada, presuponen igualmente su validez las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) que se han ocupado del tema. Así las Resoluciones de 24 de marzo de 2010 y de 5 de junio de 2015 han admitido la posibilidad y validez de dichos pactos parasociales, indicando:

"se fundamentan en la existencia de una esfera individual del socio diferenciada de la propiamente corporativa, de manera que, en el ámbito de la primera, puede llegar a establecerse vínculos obligatorios con otros socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, sin modificar el régimen estrictamente societario y al margen de él [...]".

Como indica la STS 120/2020 de 20 de febrero: " Los pactos parasociales y el contrato de sociedad mercantil, como ha señalado la doctrina especializada, actúan en planos distintos aunque funcionalmente conectados. Cada uno está sujeto a un marco normativo distinto, con diferentes ámbitos reservados a la autonomía de la voluntad, de forma que los estatutos quedan sujetos a los límites propios del debido respeto a las normas imperativas del derecho de sociedades, y los pactos parasociales, en tanto que atípicos por no estar regulados legalmente como tipo o modalidad contractual concreta, sin perjuicio de las referencias legales a los mismos, son válidos y lícitos siempre que no sean resulten contrarios a la Ley, a la moral o al orden público conforme al art. 1255 CC "



Por ello, los pactos parasociales despliegan efectos de acuerdo con el **principio de la relatividad de la eficacia de los contratos**, en la medida en que los socios o la sociedad se hay obligado o no a su cumplimiento a través de su firma. Por todo ello, la licitud de los pactos parasociales, como norma general, es puramente contractual o convencional (1255, 1261 CC, en relación con los arts. 28 y 29 CCO), sin llegar a tener eficacia frente a las sociedades.

Partiendo de estas premisas y pasando a analizar el supuesto de autos, la " *join-venture*" se articula y lleva a cabo a través de la constitución de ATITLAN FOODS SL, empresa independiente, persona jurídica con personalidad jurídica propia dotada de sus órganos de decisión y administración. Como indica una reiterada jurisprudencia, la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital, su autonomía patrimonial y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, así pues, la organización y gestión del negocio corresponde a la sociedad y a sus órganos sociales, de los que forman parte representantes de ambos socios y que adoptan las decisiones que estiman oportunas, para lo cual eran necesarias las mayorías (contemplándose las materias en que era precisa una mayoría cualificada) recogidas en sus estatutos (en los mismos términos que en el pacto de socios).

Desde esta perspectiva resulta difícilmente justificable que PCI resuelva el contrato en junio de 2017 atribuyendo incumplimientos a Nectar y Agrolimen que se remontan al año 2012, siendo que la gestión llevada a cabo y las decisiones estratégicas y de administración adoptadas se aprobaban en el Consejo de Administración del que formaba parte PCI, no constando queja alguna hasta junio de 2015 (docs 80 y 81 de la demanda y 58 y 59 de la contestación) relativas a aspectos muy concretos, en el contexto de la manifestación de Nectar de su voluntad de no continuar.

La actora atribuye a su socia, NECTAR, incumplimientos de las obligaciones de dirección general, prestación de servicios administrativos y prestación de servicios operacionales conforme a lo pactado en el tan repetido contrato de socios.

A este respecto, ha de resaltarse que, conforme al pacto 3.1.1, relativo a "Dirección General", *"La gerencia de los aspectos operativos y comerciales ordinarios del negocio, así como la ejecución de los criterios e instrucciones directas emanadas del Consejo de Administración, será confiada a las personas designadas por NECTAR CITY mientras ATITLÁN no disponga de una estructura administrativa propia. La responsabilidad máxima de estas funciones corresponderá a una persona propuesta por NECTAR CITY y aprobada por POLLO CAMPERO (el "Director General"), que se integrará en la plantilla de ATITLÁN"*.

Así pues, la Dirección General queda en manos de una persona propuesta por Nectar y aprobada por PCI, que se integrará en la plantilla de Atitlan, por lo que ninguna obligación asume en virtud del pacto de socios Nectar en relación a la Dirección General como tampoco asume responsabilidad alguna por la actuación del Director General, cuyas funciones y responsabilidades se enmarcan en el ámbito societario.

Igualmente, en el apartado 3.3, relativo a los "Servicios de gestión operacional", se estipula que *" ATITLÁN incorporará a su propia estructura, además del Director General, los servicios operacionales del negocio..."*, de ahí que sea la propia ATITLAN quien en fecha 2.1.2012 suscribe un contrato de prestación de servicios operacionales con EOG (doc. 51 de la demanda). Tampoco en este ámbito NECTAR asume una especial obligación en virtud del pacto de socios.

Por el contrario, sí se pacta que serán llevados a cabo por NECTAR los servicios administrativos (estipulación 3.2.1), pudiendo hacerlo de manera directa o indirecta (*"...en el desarrollo de sus actividades ésta utilizará, en la medida lo posible, sus propios servicios administrativos..."*), con la previsión de que ATITLAN pueda, cuando su desarrollo lo permita y aconseje, crear una estructura administrativa propia. Para el cumplimiento de esta obligación asumida, NECTAR suscribe con EOG, también el día 2.1.2012, un contrato de prestación de servicios administrativos en favor de ATITLAN, quien asimismo interviene en su firma, contrato que se mantiene su vigencia y efectividad hasta 31.12.2016, sin que hasta ese momento ninguna de las partes hubiera procedido a su resolución con fundamento en una negligencia grave por parte de EOG en el cumplimiento de sus obligaciones ni en cualquier otro incumplimiento grave del contrato (causas de resolución previstas en la cláusula 5ª. 2 y 3 de dicho contrato) -doc. 50 de la demanda-. Tras la extinción de dicho contrato, la prestación de los referidos servicios administrativos es asumida por Nectar, sin que pueda atribuirse a ésta incumplimientos en su obligación de gestión en este ámbito en el período comprendido entre enero de 2017 y la disolución de la sociedad.

En definitiva, de todo cuanto se ha aportado y practicado en autos, no resulta que pueda atribuirse a Nectar el incumplimiento de obligaciones asumidas en el pacto de socios que PCI le imputa. Es más, si atendemos a los concretos incumplimientos que en su demanda la actora atribuye a las demandadas en desarrollo de su imputación de incumplimiento contractual, hemos de concluir que los mismos no pueden ser calificados de incumplimientos graves y esenciales de forma que puedan tener un carácter resolutorio, y que, en cualquier



caso, correspondía a los órganos sociales de la propia ATITLAN adoptar las medidas oportunas para su corrección (de hecho el legal representante de PCI reconoce en prueba de interrogatorio de parte que los incumplimientos son tangenciales y que sólo con un examen a posteriori puede observarse un patrón de "poca diligencia" en su actuación, resaltando que el tema central de la demanda se encuentra en el proceso de desinversión y en la venta de EOG).

Por otra parte, NECTAR se obliga a la aportación del Know-how; así, conforme a la estipulación 4.3.1, "NECTAR CITY aportará a ATITLAN. o directamente a la filial operativa de ésta, su conocimiento en el sector de la restauración, su experiencia en el desarrollo del mercado inmobiliario en los distintos ámbitos y canales en donde opera, la formación de personal y en general en todos los aspectos de la gestión de los negocios de restauración moderna". Nectar aportaba este know-how dado que estaba íntegramente participada por EOG, cabeza de grupo del sector de restauración rápida de Agrolimen. Contaba igualmente con este Know-how al transmitirse la totalidad del capital social de aquélla a Inveramen, en 2014, a su vez íntegramente participada por Agrolimen, manteniéndose la vinculación con EOG a través del contrato de prestación de servicios operacionales (nótese que, precisamente, tras esa transmisión en el año 2015, con el nombramiento de un nuevo CEO los resultados mejoraron). El problema se suscita cuando Agrolimen, en el marco de la decisión de desinvertir en el sector de la restauración rápida, procede a la venta de OEG a Inverpeninsular en 2016; pero es lo cierto que, tras esa venta, Nectar, que sigue formando parte del grupo Agrolimen, aporta el Know-how, lo que efectúa mediante su propia experiencia y con la contratación de personal de EOG (cesión de trabajadores de EOG -docs. 35 y 36 de la contestación-), de tal manera que no consta en las actuaciones que tras dicha venta el desarrollo del negocio de Atitlan sufriera alteraciones en su línea de actuación, manteniéndose la contratación con proveedores y suministradores (así el contrato firmado en 1.2.2017 por Atitlan, OEG y "BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones" por el que se acordaba la cesión a Atitlan del contrato suscrito en 1.6.2014 entre estas dos últimas para la prestación del servicio BT CONNECT a determinadas sedes de Atitlan -doc. 37 de la contestación- y el contrato que suscribió NECTAR con Accenture Outsourcing Services SA para que ésta prestara los servicios de administración financiera y recursos humanos que anteriormente prestaba a Nectar y su filial Atitlan conforme al contrato celebrado a tal fin con EOG), ni que ello influyera de modo negativo en los resultados económicos de la sociedad (así, el resultado acumulado en el primer semestre del ejercicio 2017 ascendía a la cifra negativa de de -176.028€, mientras que el resultado acumulado a esa misma fecha en 2016 ascendía a la cifra negativa de -210.101€). En definitiva, y sin perjuicio de si dicha venta puede suponer una infracción de los pactos de estabilidad y prohibición de transmisión de participaciones, lo que se examinará más adelante, ha de concluirse que dicha venta no comportó un incumplimiento de la aportación del know-how asumida por Nectar ni que ello comportara un impacto negativo (daño que deba ser indemnizado) en la sociedad Atitlan (a través de la que se articuló la join-venture convenida).

La anterior conclusión hace innecesario entrar a examinar la procedencia de los conceptos por los que se solicita indemnización (daños causados) y su valoración.

En definitiva, ATITLAN es una persona jurídica con personalidad propia y con sus propios órganos de dirección y gestión, en la que participan ambos socios, y no cabe que un socio pretenda atribuir al otro el resultado fallido de la empresa acometida, que en ningún momento ha obtenido el desarrollo ni los beneficios esperados (según se detalla en el acta del Consejo de Administración de 27.7.2017 el resultado de cada uno de los ejercicios cerrados en los años anteriores es el siguiente: 2009: -60.894; 2010: -81.837; 2011: -150.023; 2012: -537.546; 2013: -1.223.808; 2014: -855.762; 2015: -227.629; 2016: -418.054), resultado negativo que no cabe imputar a la actuación de las demandadas.

De lo anteriormente razonado se infiere la improcedencia de la pretensión deducida, por lo que, estimando en este particular la impugnación planteada por las demandadas y desestimando la deducida por la parte actora, debe desestimarse la demanda en lo que se refiere a esta pretensión.

QUINTO.- Penalización por infracción de los compromisos de confidencialidad. Incongruencia extra petita.

La sentencia de primera instancia considera que en el proceso de compraventa de EOG se incurrió en infracción del compromiso de confidencialidad establecido en la cláusula 10.2 del Contrato de Socios por lo que procede la imposición a la parte demandada de la penalización convenida de 1.000.000€.

La parte demandada impugna este pronunciamiento tanto en lo que corresponde a su procedencia (alega que la sentencia incurre en incongruencia, dado que la parte actora no había formulado pretensión alguna al respecto) como a su cuantía (por cuanto, la penalización pactada por tal infracción se fijó en 100.000€ -pacto 10.3.2-).

El Tribunal Supremo ha dicho con reiteración (por todas, STS núm. 616/ 2012 de 23 de Octubre) que " La congruencia constituye un límite para la jurisdicción que exige que la decisión judicial mantenga la debida correlación con los términos en los que las partes han definido el litigio al formular sus pretensiones -



aunque sea preciso que se ajuste formalmente a la literalidad de lo suplicado-, de manera que la sentencia, desde la perspectiva interna, debe dar respuesta a todas las cuestiones que las partes han sometido a su decisión y, desde la perspectiva externa, no puede pronunciarse sobre aquellas que las partes no plantearon. La incongruencia, en consecuencia, vicio interno de la sentencia, existe cuando se concede más de lo pedido por el demandante o menos de lo aceptado por el demandado o cuando no se resuelve sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso o se aprecian excepciones no opuestas por la parte demandada, salvo cuando puedan estimarse de oficio y, finalmente, cuando se altera por el Tribunal la causa petendi [causa de pedir], fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso o generando la consiguiente indefensión para la otra parte (en este sentido, sentencia 991/2011, de 17 de enero)".

Y, más en concreto, que "Dentro de las clases de incongruencia, la extra petita o incongruencia por exceso, se produce, como dicen las sentencias de Tribunal Constitucional 130/2004, de 19 de junio y 194/2005, de 18 de junio, entre otras, y reitera la de esta Sala de 21 de enero de 2010, cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones (STS 784/2011 de 29 de octubre)".

Alega PCI en su demanda que con la venta de EOG a una de las empresas del grupo Ibersol se han infringido los derechos de adquisición preferente y los compromisos de estabilidad y prohibición de transmisión a competidores (estipulación 8ª) así como la obligación de no competencia (estipulación 10.1) y solicita se condene a las demandadas al pago de penalización acordada, que cuantifica en 1.000.000€.

Ciertamente en ningún momento la actora alega la existencia de una infracción del compromiso de confidencialidad ni formula pretensión alguna en relación a ésta, por lo que al condenar al pago de la misma la sentencia de primera instancia incurre, según lo más arriba expuesto, en una incongruencia *extra petita*, con vulneración del art. 218.1 LEC. No habiéndose articulado ninguna pretensión en relación a la infracción del compromiso de confidencialidad la condena al pago de la penalización reclamada con fundamento en ésta supone una alteración de la causa de pedir que provoca indefensión a la parte actora, por ello no cabía resolución alguna al respecto, por lo que, con estimación del recurso de apelación en este particular, la sentencia ha de ser revocada, dejando sin efecto este pronunciamiento.

La anterior conclusión hace innecesaria cualquier consideración acerca de la cuantía de la penalización impuesta.

SEXTO.- *Penalización contractualmente establecida por el infracción de las cláusulas de estabilidad, de prohibición de transmisión a competidores y de no competencia.*

Para el examen de esta pretensión es preciso partir de que, conforme al principio de relatividad de los contratos, estos obligan a las partes contratantes, y en el presente caso, los contratantes son NECTAR CITY y POLLO CAMPERO; por tanto, al establecer el régimen de transmisión de las participaciones, asumen, por pacto, una posible penalización por actos no sólo propios sino también por los de sus respectivas matrices. En consecuencia, procede determinar si concurren, de acuerdo con los supuestos de hecho pactados, los presupuestos por los que cabe atribuir a Nectar esta penalización.

En lo que nos interesa, hemos de tener presente las siguientes estipulaciones contenidas en la cláusula "OCTAVA.- Régimen de transmisión de las participaciones" en el Pacto de Socios de 8.5.2008:

"8.2 Compromiso de estabilidad

8.2.1 Los SOCIOS reconocen que para conseguir un desarrollo positivo del negocio de ATITLAN es necesario un compromiso de estabilidad de su respectiva participación en la misma durante un plazo de tiempo mínimo, que se establece en toda la duración de la Fase 1, el Periodo de Evaluación y treinta (30) meses a contar desde el inicio de la Fase 11. A tal efecto, los Estatutos de ATITLÁN incorporarán una prohibición de disponer de las participaciones sociales durante el indicado plazo. Asimismo, durante dicho plazo ninguno de los SOCIOS gravará en forma alguna las participaciones de su titularidad representativas del capital social de ATITLAN.

...

8.2.3 Asimismo por excepción, se conviene que los SOCIOS podrán transmitir en cualquier momento sus participaciones sociales y sus derechos y obligaciones derivados de este Contrato a otras empresas de su grupo por entenderse que esta transmisión no supone un cambio relevante en la personalidad del SOCIO, siempre que las empresas cesionarias se mantengan dentro del grupo. A tal efecto, se entiende por grupo el concepto definido en el artículo 42 del Código de Comercio español.

8.3 Prohibición de transmisión a competidores



8.3.1 Salvo mutuo acuerdo, los SOCIOS se obligan a no intentar transmitir, por cualquier título, las participaciones de su titularidad representativas del capital social de ATITLAN, a cualquier competidor, directo o indirecto, ya sea de POLLO CAMPERO o de NECTAR CITY. Se entenderá por competidor de los SOCIOS a cualquier persona física o jurídica que, directamente o mediante sociedades pertenecientes a su mismo grupo empresarial, explote negocios de restauración, siempre y cuando la cifra total de ventas de tales negocios exceda de Veinticinco millones de euros al año.

8.3.2 La prohibición de la transmisión de las participaciones de ATITLÁN a competidores de los SOCIOS se extiende a las situaciones en que, como consecuencia de alguna operación jurídica de la matriz de los SOCIOS o de otra sociedad de su mismo grupo, tales como, sin carácter limitativo, aumentos de capital, fusiones, escisiones o asunción de deudas, se dé entrada en el grupo de cualquiera de los SOCIOS a empresas competidoras en el sentido antes expresado.

8.3.3 La infracción del régimen de transmisión de participaciones sociales previsto en este pacto podrá dar lugar a la separación de los SOCIOS a instancias de la parte no incumplidora, aplicándose en tal caso las previsiones de la Cláusula Décimo-Segunda".

Es un hecho incontrovertido y suficientemente acreditado documentalmente (doc 16 de la demanda) que "THE EAT OUT GROUP", socio único de Nectar desde el año 2008, transmitió en 2014 la totalidad de sus participaciones en esta mercantil a INVERAMEN SA., mercantil anteriormente denominada "Agrolimen Inversiones", empresa 100% participada por Agrolimen y cuyo objeto social se centra en la compraventa, administración y explotación de inmuebles y la compraventa y administración de valores, así como la participación en otras compañías y la gestión y dirección de dichas participaciones (Doc. 17 de la demanda).

Mediante esta transmisión, la titularidad de las participaciones de Nectar queda desvinculada de EOG, si bien dicha titularidad se mantiene dentro del grupo de Agrolimen.

Esta transmisión no incumple el pacto de estabilidad convenido en las cláusulas 8.2.1 y 8.2.3 por cuanto el presupuesto de hecho de dichas cláusulas es la transmisión por parte de los socios de las participaciones que ostentan en ATITLAN, lo que no es el caso.

Tampoco concurre el presupuesto de hecho relativo a la prohibición de transmisión a competidores prevista en los pactos 8.3.1. y 8.3.2, por cuanto la integridad del capital social de Nectar no sólo no se transmite a un competidor (definido en los términos contenidos en la propia cláusula) sino que aquél se mantiene en manos de una empresa del propio grupo de Agrolimen.

Como consecuencia de dicha transmisión el capital de Nectar deja de estar en manos de EOG, con quien, más allá del vínculo de tener una matriz común, mantiene relaciones a través de los contratos de servicios suscritos en 2.1.2012, contratos que suponen un vínculo obligacional distinto del pacto de socios en que se funda la demanda origen del presente pleito.

Por otra parte, es preciso examinar si concurren los presupuestos de hecho convenidos en esta prohibición de transmisión a competidores en lo que se refiere a la venta de las participaciones de EOG a INVERPENINSULAR SL operada en el año 2016.

El pacto 8.3.1 se refiere a la prohibición de transmisión de las participaciones representativas del capital social de ATITLAN. Y en lo que se refiere a la extensión de esta prohibición de transmisión prevista en el pacto 8.3.2., se contemplan situaciones en que, como consecuencia de alguna operación jurídica de la matriz de los socios o de otra sociedad de su mismo grupo, se dé entrada en el grupo de cualquiera de los socios a empresas competidoras, entendiéndose como tales " cualquier persona física o jurídica que, directamente o mediante sociedades pertenecientes a su mismo grupo empresarial, explote negocios de restauración, siempre y cuando la cifra total de ventas de tales negocios exceda de Veinticinco millones de euros al año".

En el supuesto de autos el capital social de NECTAR seguía en manos del grupo AGROLIMEN (a través de INVERAMEN) y estaba desvinculado de EOG desde hacía dos años, en que ATITLAN seguía operando en el mercado, por lo que no concurre el primero de los supuestos contemplados. Y, en lo que respecta al pacto 8.3.2, con la venta de EOG y de todas las sociedades participadas por ésta a INVERPENINSULAR, AGROLIMEN no "da entrada" en su grupo a un competidor, sino que precisamente se desprende y desvincula de todo un sector de negocio; es decir, ninguna participación o vinculación mantiene AGROLIMEN con INVERPENINSULAR. Por otra parte, no consta que tras dicha venta ni NECTAR, ni INVERAMEN ni ninguna otra empresa perteneciente al grupo AGROLIMEN o participada por ésta desarrolle actividad alguna en el sector de la restauración rápida dedicada o que comercialice pollo frito.



En definitiva, no apreciándose la infracción de los compromisos de no competencia y de prohibición de transmisión a competidores, no procede aplicar la penalización prevista en la cláusula 10.3.1 reclamada por la actora.

En conclusión, por todo cuanto antecede, procede desestimar este motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- Legitimación pasiva de AGROLIMEN.

El artículo 1257 CC dispone que "Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley". Así, en el supuesto de autos la parte contratante en el Contrato de Socios del que deriva la responsabilidad exigida en la demanda en NECTAR CITY SL, por lo que, en aplicación del principio de relatividad de los contratos, es esta mercantil la que debe responder frente a la otra parte contratante.

Como razona la reciente STS núm. 300/2022 de 7 de abril:

3.1. La reciente sentencia 104/2022, de 8 de febrero, ha resumido la doctrina jurisprudencial de la sala sobre el principio de relatividad de los contratos. Conforme a esta jurisprudencia, este principio determina que para los terceros el contrato es res inter alios acta [cosa realizada entre otros] y, en consecuencia, ni les beneficia (nec prodest) ni les perjudica (nec nocet). Nadie puede ser obligado por un contrato en que no ha intervenido y prestado su consentimiento, ni sufrir las consecuencias negativas del incumplimiento en el que no ha tenido intervención.

3.2. Esta consideración de los contratos como unidades absolutamente independientes entre sí, que no producen efectos respecto de quienes no han intervenido en su otorgamiento, no generaba especiales problemas cuando se promulgó el Código Civil. Sin embargo, como advertimos en la sentencia del pleno 167/2020, de 11 de marzo, cuando la estructura económica de la sociedad fue cambiando, y se generalizó la producción en masa, esta concepción de los contratos como entidades completamente independientes, sin efecto alguno frente a terceros, entró en crisis, en particular cuando se aplicaba a algunas relaciones económicas.

(.....)

3.6. Aunque la jurisprudencia ha admitido las reseñadas excepciones a la regla de la relatividad de los contratos del art. 1257 CC, por las especiales razones apuntadas, también ha advertido que una sociedad matriz, por el solo hecho de serlo, no asume las responsabilidades derivadas de la actuación o contratación realizadas por una de las sociedades del grupo (sentencia 104/2022, de 8 de febrero)".

Ello no obstante, la demandante dirige su demanda también contra AGROLIMEN alegando que fue ésta quien ocupó desde el punto de vista material la posición de socio, pues Néctar actúa en nombre propio pero como mandataria en relación a cosas propias de su mandante (1717 CC), siendo aquélla un mero instrumento de ejecución. Asimismo, sostiene que igualmente procedería su legitimación pasiva desde la perspectiva de la doctrina del levantamiento del velo.

La sentencia que se recurre excluye la legitimación pasiva de Agrolimen en virtud de la teoría del mandato (en un pronunciamiento que no ha sido impugnado por ninguna de las partes, por lo que queda fuera del ámbito de esta segunda instancia), si bien extiende su responsabilidad de manera solidaria en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo invocada por la parte demandante.

Las demandadas impugnan este pronunciamiento en su recurso de apelación.

Sobre la configuración doctrinal de esta figura se pronuncia la STS 448/2020 de 20 de julio más recientemente la STS 673/2021 de 5 de octubre manifiesta:

"NOVENO.- Decisión de la sala. El principio de buena fe y la doctrina del levantamiento del velo. Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso. Estimación.

1.- Conforme a la jurisprudencia de esta sala, la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley (sentencias 796/2012, de 3 de enero de 2013, 326/2012, de 30 de mayo, 628/2013, de 28 de octubre, y 47/2018, de 30 de enero).

2.- Ahora bien, el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias - son clásicos los supuestos de



infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso - sea procedente el "levantamiento del velo" a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros" (sentencias 670/2010, de 4 de noviembre , 718/2011, de 13 de octubre , 326/2012, de 30 de mayo , y 47/2018, de 30 de enero).

3.- El principio de la buena fe debe presidir las relaciones mercantiles en orden a evitar que el abuso de la personalidad jurídica, como instrumento defraudatorio, sirva para burlar los derechos de los demás. Como declaramos en la sentencia 74/2016, de 18 de febrero ,

"[...] con carácter general, conforme a la STS de 22 de febrero de 2007 (núm. 159/2007), debe señalarse que la doctrina del levantamiento del velo obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe como expresión o contenido material de su configuración como principio inspirador de nuestro sistema de Derecho patrimonial (artículo 7.1 del Código Civil). En este contexto, la estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley (artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil) viene a resaltar el fundamento primario expuesto en la medida en que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe; esto es, bien a los propios valores ínsitos en el derecho subjetivo ejercitado, o bien, a los que configuren el fin de la institución social en el que se ejercita, funcionalmente, el derecho subjetivo en cuestión".

Por ello, la jurisprudencia "justifica la técnica y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 C)" (sentencias 422/2011, de 7 de junio , y 326/2012, de 30 de mayo).

4.- Pero la jurisprudencia insiste también en que este remedio tiene carácter excepcional y por ello debe aplicarse de forma restrictiva (sentencias 475/2008, de 26 de mayo y 422/2011, de 7 de junio). Este carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que pongan en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad.

Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan numerus clausus. En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, pues en la práctica cada uno de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros (sentencias 326/2012, de 30 de mayo , 5/2021, de 18 de enero , y las allí citadas).

5.- Este carácter excepcional del remedio en que consiste la doctrina del levantamiento del velo debe conducir a una aplicación prudente y ponderada, considerando las circunstancias particulares del caso y su intervención subsidiaria a falta de otros remedios legales para la defensa del derecho de crédito lesionado. En este sentido, declaramos en la sentencia 101/2015, del 9 de marzo (reiterada por la núm. 74/2016, de 18 de febrero):

"[...] En efecto, en estos casos, en donde la doctrina del levantamiento del velo opera con una finalidad concorde a los remedios tendentes a facilitar la efectividad o cobro del derecho de crédito, interesa señalar que las anteriores notas de excepcionalidad y aplicación restrictiva, fuera de un contexto de interpretación estricta o literal de las mismas, refieren, más bien, la necesaria aplicación prudente y moderada que debe acompañar a esta figura. De forma que la excepcionalidad así entendida resulta observada, en estos supuestos, cuando la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo responda, a su vez, al carácter subsidiario con que operan estos remedios tendentes a facilitar el cobro del derecho de crédito, esto es, cuando la parte actora y acreedora no disponga de otra acción o recurso específico al respecto para hacer efectivo el cobro de su derecho de crédito (STS de 7 de septiembre de 2012, núm. 510/2012). Todo ello, como más adelante se expone, sin perjuicio de los propios presupuestos de aplicación de esta figura [...]"

6.- De ahí que, para advertir la procedencia en este caso del levantamiento del velo, sea preciso un análisis de los motivos invocados en la demanda y de las circunstancias que concurren acreditadas en la instancia."

Más en concreto y en relación a la aplicación de esta doctrina en los supuestos de grupos de empresas, es oportuno traer a colación la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Supremo al respecto. Así, la STS 47/2018 de 30 de enero



2. La sentencia núm. 628/2013, de 28 octubre , que se cita en el recurso, recuerda cómo la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley (sentencias 796/2012, de 3 de enero de 2013 , y 326/2012, de 30 de mayo), si bien lo anterior no impide que "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el "levantamiento del velo" a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros (Sentencia 718/2011, de 13 de octubre , con cita de la anterior Sentencia 670/2010, de 4 de noviembre).....".

Dicha excepcionalidad, reiterada en numerosas sentencias que, en el llamado, grupo de sociedades o de empresas, recuerda que estos grupos carecen de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo (sentencias 100/2014, de 30 de abril y 429/2014, de 17 de julio).

Estamos, en definitiva, ante un instrumento "(...) que se pone al servicio de una persona física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia (...)" . En definitiva, como dice la sentencia de 28 enero 2005 , supone un procedimiento "(...) para descubrir, y reprimir en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan" (sentencias 1375/2007, de 19 de diciembre ; 201/2008, de 28 de febrero ; 655/2010, de 3 de noviembre ; 326/2013, de 16 de mayo)".

Siguiendo esta doctrina la STS 32/2022 de 24 de enero mantiene que el carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten las circunstancias que evidencien el abuso de la personalidad de la sociedad, añadiendo que la doctrina del levantamiento del velo no justificaría por sí sola la condena a una entidad diferente de la contratante por el hecho de que fueran empresas del mismo grupo, no existiendo razón alguna por la que la sola existencia del grupo de sociedades permita sentar una presunción de identidad jurídica y la consiguiente extensión de la responsabilidad.

En definitiva, el fundamento de esta doctrina es evitar el abuso de la personalidad jurídica, y se encuadraría dentro de la doctrina del abuso de derecho y el fraude de ley (debiéndose probar que concurren los requisitos generales de éstas), que representan de alguna manera el reverso del principio de buena fe en la contratación.

En el caso de autos, AGROLIMEN es un importante grupo empresarial que desarrollaba su actividad en diversos sectores del ámbito económico, existiendo una sociedad que cabría denominar "cabecera de grupo" en los diversos sectores de la actividad, que participa en las diversas filiales que operan en ese sector; en el ámbito de la división de restauración esa sociedad cabecera de grupo era THE EAT OUT GROUP SL (participada al 100% por Agrolimen), grupo al que, entre otras mercantiles pertenece Néctar City SLU (cuyo único socio es EOG).

En el caso de autos, la actora analiza las estrechas relaciones existentes entre las sociedades demandadas (que, en realidad, no se discuten), pero de lo actuado no existen elementos que permitan concluir que Néctar es una sociedad que se haya constituido con un fin defraudatorio en condiciones que autoricen la aplicación de esta doctrina. Por otra parte, no se ha invocado razón alguna relacionada con un fraude o abuso de personalidad dirigido a burlar, por ejemplo, por razones de insolvencia patrimonial de la contratante, las pretensiones indemnizatorias de la actora ni de lo actuado resultan probados hechos de los que aquellos puedan inferirse.

Y, en definitiva, como se ha dicho, la mera pertenencia a un mismo grupo empresarial no determina, por sí sola, que se extienda la responsabilidad de la empresa filial a la matriz.

Por último, no podemos obviar que PCI pertenece a su vez a una importante corporación multilatinas de origen guatemalteco: CORPORACION MULTI INVERSIONES (CMI), siendo esa filial la que pactó con Néctar para llevar a cabo la "join venture" que nos ocupa; de lo actuado y de las propias declaraciones de los testigos aportados por la parte actora, empleados de las sociedades del grupo, resulta que en todo momento CMI estuvo al corriente de la negociación, de la conclusión del pacto y del desarrollo de la "join venture", contando con oportuno asesoramiento tanto interno como externo, siendo al tiempo de concluirse el contrato perfectamente conocedora de la situación de Néctar en el grupo empresarial de Agrolimen, a pesar de lo cual decidió (o aceptó) concertar el Pacto de Socios sólo con Néctar, sin pactar garantía o afianzamiento alguno por parte de Agrolimen (es más en el pacto de socios ninguna referencia se hace a esta sociedad, en cambio sí se recoge



de manera expresa, en el Expositivo I, que Néctar forma parte del grupo EOG, contra quien ni siquiera dirige la demanda), por lo que la actora no puede ahora pretender extender la responsabilidad contractual a quien consciente y conocidamente no fue parte del pacto.

A este respecto conviene hacer referencia a la STS núm. 667/2017 de 14 de diciembre que, citando la sentencia del mismo Tribunal núm. 572/2016, de 29 de septiembre, declara que no procede la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo cuando: "*En suma, no ha resultado acreditado el aspecto subjetivo o de concertación (consilium) para procurar el fraude, máxime si se tiene en cuenta que el acreedor conocía la estructura del grupo familiar y su actuación en el tráfico mercantil y, no obstante, negoció y aceptó las garantías ofrecidas por las empresas filiales; por lo que difícilmente puede haber fraude cuando el acreedor conoce las constancias que concurren (scientia) y, pese a ello, acepta los riesgos derivados de las misma*".

En conclusión, por todo cuanto antecede, procede, estimando en este particular la impugnación deducida por la parte demandada, revocar en parte la sentencia de primera instancia, desestimando la demanda dirigida contra AGROLIMEN, absolviendo a ésta de todos los pedimentos dirigidos en su contra.

OCTAVO.- Costas y depósitos.

La íntegra desestimación de la demanda comporta la condena a la parte actora al pago de las costas devengadas en la primera instancia (art. 394.1 LEC).

Asimismo, procede imponer las costas devengadas en esta segunda instancia por el recurso deducido por la parte actora, que ha sido íntegramente desestimado (art. 394.1 por remisión del 398.1 LEC), sin que se efectúe una especial declaración respecto de las costas ocasionadas por el recurso de la parte demandada, al haber sido estimado (art. 398.2 LEC).

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el ap. 8º de la D.A. 15ª de la LOPJ, se acuerda la devolución a la parte demandada del depósito constituido para recurrir y la pérdida del constituido por la parte actora, al que se dará el destino legal.

FALLAMOS

ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **AGROLIMEN SA y NECTAR CITY SLU** y **DESESTIMANDO** el deducido por la representación de **POLLO CAMPERO IBERIA SLU** contra la sentencia de fecha 16 de enero de 2020 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 49 de Barcelona en el procedimiento ordinario núm. 278/2018, **SE REVOCA** la indicada resolución y en su lugar se dicta otra por la que, desestimando íntegramente la demanda, **SE ABSUELVE** a AGROLIMEN SA y NECTAR CITY SLU de los pedimentos contra ellas dirigidos.

Se condena a la parte actora al pago de las costas devengadas en primera instancia, así como al de las ocasionadas en esta segunda por su recurso. No se efectúa una especial declaración acerca de las costas causadas por el recurso de apelación de las demandadas

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte actora para recurrir, al que se dará el destino legal. Devuélvase a las demandadas el depósito por ellas constituido.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación si concurre interés casacional, así como, conjuntamente con el mismo, recurso extraordinario de infracción procesal, si concurren los requisitos legales para ello de acuerdo con la DF 16ª LEC, que deberán interponerse ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de ésta, debiendo constituirse el oportuno depósito conforme a la D.A. 15ª de la LOPJ.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con copia de la misma para su cumplimiento.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.



Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

FONDO DOCUMENTAL CEJUNO