



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

**CASO PRÁCTICO PARA EL
TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

Autor: Pablo Óscar Mayor Bravo

MUAA Grupo B

Especialidad Derecho de las Relaciones Jurídico-Privadas

Curso 2021-2022

Tutora: Carmen Temprano Vázquez

Madrid

Enero, 2022

OBJETO DEL INFORME

En este Informe se analizarán las distintas cuestiones que se derivan de la relación contractual entre el Sr. Nicolás García y el fondo de inversión de origen australiano, Aussie LTD. Además, también se detallarán las alegaciones sobre la controversia surgida entre el fondo de inversión y Car4mi, una nueva empresa de *car sharing*.

A este respecto, se valorarán los hechos que han tenido lugar en el caso que nos ocupa, con la finalidad de plasmar las diferentes estrategias y argumentos que cada una de las partes podrían llevar a cabo. Con el propósito de aportar en este Informe la máxima fundamentación en las cuestiones que en él se desarrollan, se expondrán resoluciones dictadas por nuestros Tribunales, comentarios doctrinales, y aquella legislación que más se ajusta a cada planteamiento.

De este modo, por un lado, se expondrán para cada una de las cuestiones, las posibles alegaciones que formarían parte de la eventual defensa del Sr. García en un procedimiento ordinario frente a Aussie LTD. Por otro lado, también se desarrollarán aquellos argumentos que utilizaría el fondo de inversión, con el objetivo de realizar una anticipación de las posibles pretensiones que esgrimiría dicha parte.

En este sentido, en el primer bloque de cuestiones, primero, se expondrán los argumentos favorables y desfavorables relativos a la posibilidad de resolver el contrato de compraventa por parte del comprador. Segundo, se desarrollarán las pretensiones que servirían al comprador de fundamento para exigir el saneamiento por vicios ocultos al vendedor. Por último, este bloque de cuestiones finalizará con las alegaciones que pondrían de manifiesto cada una de las partes, acerca de dos extremos principales que podrían impedir el saneamiento por vicios ocultos.

Por otra parte, en el segundo bloque de preguntas, se expondrán los argumentos tanto favorables como desfavorables, de la invocación, como consecuencia de la pandemia provocada por el Covid-19, de la cláusula *rebus sic stantibus* por parte de Car4u, en su condición de prestataria de un contrato de préstamo concedido por una entidad bancaria, con el fin de suspender durante un año sus obligaciones financieras.

Además, en este bloque, también se discutirán los principales razonamientos a favor y en contra de la posibilidad de invocar esta cláusula por Car4u, para suspender el pago de las rentas de arrendamiento de su edificio de oficinas, al no haber tenido acceso por estar localizado en una zona confinada durante cinco meses.

Por último, en el tercer bloque, se expondrán los argumentos relacionados con el incumplimiento de un pacto de no competencia contenido en el contrato de compraventa.

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTE INFORME

CC: Código Civil

Art.: Artículo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos

RDL: Real Decreto Ley

LCD: Ley de Competencia Desleal

LSE: Ley de Secretos Empresariales

STJ: Sentencia del Tribunal de Justicia

ÍNDICE

1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR	7
1.1. Argumentos a favor de Aussie LTD. Daños que reclamaría al Sr. García	7
1.1.1. <i>Facultad de resolución ex. art. 1124 CC. La doctrina “aliud pro alio”</i>	7
1.1.2. <i>El cumplimiento de los presupuestos para la resolución contractual establecidos por el Tribunal Supremo</i>	11
1.1.3. <i>Los daños que reclamaría el comprador</i>	12
1.1.4. <i>Indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental, con carácter subsidiario a la resolución contractual</i>	14
1.1.5. <i>Conclusiones</i>	15
1.2. Argumentos en contra que desarrollaría el Sr. García	16
1.2.1. <i>La doctrina del aliud pro alio no es de aplicación al caso que nos ocupa</i>	16
1.2.2. <i>El objeto del contrato de compraventa fue cumplido en su integridad por el vendedor</i>	18
1.2.3. <i>No se cumplen los requisitos jurisprudenciales sobre la resolución contractual</i>	20
1.2.4. <i>Los daños que reclama el comprador son inexistentes, al no proceder la resolución contractual por incumplimiento del Sr. García</i>	21
1.2.5. <i>Conclusiones</i>	22
2. LA EXIGIBILIDAD DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS DEL COMPRADOR AL SR. GARCÍA. FUNDAMENTACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE AUSSIE LTD	23
2.1. Exigibilidad de saneamiento por vicios ocultos	23
2.1.1. <i>Naturaleza del contrato de compraventa de participaciones sociales</i>	23
2.1.2. <i>La regulación del CC sobre la acción de saneamiento por vicios ocultos y su aplicación al presente caso</i>	25
2.1.3. <i>Los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para considerar válida la acción de saneamiento por vicios ocultos</i>	28
2.1.4. <i>Conclusiones</i>	31
3. LA OPOSICIÓN DEL SR. GARCÍA AL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS	32
3.1. Fundamentos de oposición del Sr. García que impedirían el saneamiento por vicios ocultos solicitados por Aussie LTD	32
3.1.1. <i>La realización de un proceso de due diligence exhaustivo impide que la reclamación de saneamiento por vicios ocultos pueda prosperar</i>	32
3.1.2. <i>Aussie LTD es un perito por razón de su oficio, debiendo desestimarse la reclamación de saneamiento por vicios ocultos</i>	34

3.1.3.	<i>El comprador fue asesorado por varias empresas de primer nivel en el proceso de due diligence, evidenciando que pudo conocer los vicios que ahora reclama</i>	37
3.2.	Argumentos en contra que utilizaría Aussie LTD para defender la exigencia de saneamiento por vicios ocultos al Sr. García como consecuencia de los vehículos averiados	39
3.2.1.	<i>El comprador no pudo detectar las contingencias por una clara omisión de información por parte del vendedor</i>	39
3.2.2.	<i>La ignorancia de los vicios por parte del vendedor no le exime de responsabilidad, debiendo prosperar la acción de saneamiento por vicios ocultos</i>	40
3.2.3.	<i>El comprador no es un perito por razón de su profesión</i>	42
3.2.4.	<i>Conclusiones</i>	44
4.	LA INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> POR EL DEUDOR DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO	44
4.1.	La posibilidad de invocar la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en el caso que nos ocupa	44
4.1.1.	<i>La inestabilidad económica-financiera provocada por el Covid-19 y la paralización de los servicios de Car4u, justifican la aplicación de la cláusula y la adopción inaudita parte de medidas cautelares</i>	46
4.1.2.	<i>Los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la <i>rebus sic stantibus</i> se cumplen en el presente caso</i>	48
4.1.3.	<i>La aplicación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en un caso análogo</i>	51
4.1.4.	<i>Conclusiones</i>	53
4.2.	La imposibilidad de invocar la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en el caso que nos ocupa	53
4.2.1.	<i>El principio <i>pacta sunt servanda</i> no puede alterarse en el presente caso. La acusada excepcionalidad de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en contratos de corta duración</i>	54
4.2.2.	<i>El riesgo empresarial de la actividad asumido por Car4u. No puede basarse la solicitud de aplicación de la cláusula en la crisis económica derivada de la crisis sanitaria</i>	57
4.2.3.	<i>La pandemia no frustra la terminación ni afecta a la onerosidad del contrato de préstamo.</i>	59
4.2.4.	<i>Conclusiones</i>	61
5.	LA INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> POR EL ARRENDATARIO DE UN EDIFICIO DE OFICINAS AFECTADO POR LAS RESTRICCIONES DE LA PANDEMIA	62
5.1.	Argumentos a favor	62
5.1.1.	<i>Imposibilidad de uso de las oficinas de Car4u. La posibilidad de aplicar la cláusula en contratos de tracto sucesivo</i>	62
5.1.2.	<i>Se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la <i>rebus sic stantibus</i></i>	63
5.1.3.	<i>Los recientes pronunciamientos de nuestros Tribunales avalan la postura de Car4u</i>	65
5.1.4.	<i>Conclusiones</i>	67

5.2.	Argumentos en contra	67
5.2.1.	<i>Las excepciones de laboralidad: Car4u pudo acceder a sus oficinas a pesar de las restricciones</i>	68
5.2.2.	<i>No se cumplen los requisitos previstos en el Real Decreto 15/2020, de 21 de abril para solicitar la suspensión de la renta de arrendamiento en el caso que nos ocupa</i>	69
5.2.3.	<i>En cualquier caso, las oficinas de la empresa tienen una determinada función, que impide la suspensión de la renta</i>	71
5.2.4.	<i>La cláusula rebus sic stantibus debe aplicarse con gran cautela y de forma excepcional</i>	73
5.2.5.	<i>Conclusiones</i>	74
6.	LAS ALEGACIONES QUE LA PERJUDICADA EMPLEARÍA POR LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL DE CAR4MI	74
6.1.	Posibles actuaciones de Aussie LTD y Car4u	75
6.1.1.	<i>La estrategia de Aussie LTD: demandar por incumplimiento contractual al Sr. García</i>	75
6.1.2.	<i>La conveniencia de interponer, por parte de Car4u, una demanda por competencia desleal frente a Car4mi</i>	78
6.1.3.	<i>Actos de competencia desleal cometidos por Car4mi</i>	79
6.1.4.	<i>Las acciones que Car4u podría ejercitar al haber sufrido actos de competencia desleal</i>	85
6.1.5.	<i>Conclusiones</i>	85
7.	LA DEFENSA DE CAR4MI ANTE LAS ALEGACIONES DE CAR4U	86
7.1.	Defensa del Señor García y de Car4mi	86
7.1.1.	<i>La cláusula de no competencia excede los límites temporales legales y jurisprudenciales</i>	86
7.1.2.	<i>No se cumplen los requisitos del pacto de no competencia. El Sr. García es ajeno a Car4mi</i>	88
7.1.3.	<i>La falta de legitimación pasiva de Car4mi</i>	89
7.1.4.	<i>Car4mi no ha cometido actos de competencia desleal en el mercado</i>	89
7.1.5.	<i>Conclusiones</i>	92

1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR

1.1. Argumentos a favor de Aussie LTD. Daños que reclamaría al Sr. García

Los argumentos a favor que desarrollaría Aussie LTD, en relación a la posibilidad de resolver el contrato de compraventa por incumplimiento del Sr. García, y los daños que podría reclamar, serían los siguientes: (1.1.1.) puede resolverse el contrato por incumplimiento del vendedor, en virtud del artículo 1124 del CC, aplicando la doctrina del “*aliud pro alio*”; (1.1.2.) se cumplen los presupuestos para la resolución contractual establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; (1.1.3.) Aussie LTD podría reclamar al vendedor los daños a que se refieren los artículos 1101 y 1106 CC; y (1.1.4.) el comprador podría, con carácter subsidiario, alegar indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental del vendedor.

1.1.1. Facultad de resolución ex. art. 1124 CC. La doctrina “*aliud pro alio*”

En primer lugar, el artículo 1124 del CC, establece que “*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe*”. Como sabemos, este precepto permite a la parte perjudicada por el incumplimiento optar por exigir bien la resolución contractual, la cual es una facultad que en los contratos sinalagmáticos no hace falta pactar, pues se encuentra implícita¹, bien el cumplimiento del contrato.

En el caso que nos ocupa, el comprador alegaría que el Sr. García ha incumplido la obligación que le era exigible de conformidad con el contrato de compraventa de 15 de febrero de 2020, pues en la venta del 80% de las participaciones de la empresa Car4u, los vehículos eran el activo esencial de la misma, toda vez que su actividad consiste en el alquiler de vehículos compartidos o *car sharing*. Este es el argumento que sostendría la parte compradora, pudiendo resolver el contrato al haber recibido un elevado número de vehículos en condiciones defectuosas, necesitando reparaciones para poder operar.

De este modo, Aussie LTD, podría optar por la resolución del contrato, alegando que el incumplimiento por parte del Sr. García perjudica de manera grave a sus intereses económicos, al haber recibido algo que no cumple con la finalidad para la que se vendió, frustrando así el fin del contrato. Así, el vendedor ha incumplido con la obligación de entregar el principal activo de la empresa en condiciones para servir al uso que se le destina.

Es cierto que el comprador ha adquirido el 80% de las participaciones de la empresa del Sr. García, siendo éstas el objeto del contrato de compraventa. No obstante, la flota de vehículos que recibe Aussie LTD constituye el activo principal, esto es, la base fundamental del negocio de *car sharing*. No se puede

¹ Serra Rodríguez, A., Clemente Meoro, M., en De Verda y Beamonte, J.R (Coord.), *Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos, Tirant lo Blanch*, 5ª Edición, 2021, pág. 140.

sostener por el vendedor que el comprador adquiere el paquete de participaciones completo, con independencia de las posibles contingencias que el resto de activos subyacentes puedan tener. De este modo, era un requisito esencial que el activo principal, generador de los ingresos de la empresa Car4u, estuviese en condiciones para poder continuar con la actividad profesional sin ningún contratiempo.

En este sentido, debemos traer a colación la STS 187/2019, de 27 de marzo², en la que se confirma el incumplimiento contractual de las empresas vendedoras, en un contrato de adquisición de un porcentaje de las participaciones sociales de las mismas. La empresa compradora alegó que el objeto de la compra efectuada respondió a una operación empresarial de adquisición de las empresas, y no una mera operación financiera de compra de sus participaciones sociales.

Por lo tanto, el conocimiento de la situación financiera de las vendedoras para generar beneficios, era de vital importancia a la hora de adoptar la decisión de compra. Así, al actuar de mala fe las empresas vendedoras, ocultando información imprescindible sobre las mismas, incumplieron su obligación de proporcionar a la compradora los datos necesarios para conocer la situación real de las vendedoras, entregándose una cosa distinta a la pactada.

Este supuesto, encaja a la perfección en el caso que nos ocupa, ya que el objeto de la compraventa no eran únicamente las participaciones sociales de la empresa Car4u, sino la empresa en sí misma, con sus activos subyacentes. Por ende, la deficiente información proporcionada por el vendedor, ocultando las contingencias existentes en los vehículos comporta un incumplimiento contractual y, por ende, la facultad de resolver el contrato al haber recibido una cosa distinta a la que se pactó (*aliud pro alio*).

Esto es, la finalidad perseguida en la compraventa era la adquisición del negocio de *car sharing*, siendo el activo principal de la empresa Car4u. De forma que, al no haber recibido en las condiciones adecuadas los vehículos, los cuales constituyeron el motivo esencial para firmar el contrato por parte del comprador, éste podría resolver el contrato al amparo del art. 1124 CC.

Cabe señalar que, Aussie LTD alegaría que, tanto sus asesores como ellos no pudieron detectar las averías durante el proceso de *due diligence*, porque no tenían los conocimientos técnicos necesarios para localizarlas. El comprador no pudo detectarlas porque es un fondo de inversión, carente de dichos conocimientos, y los defectos tampoco se encontraban a la vista, por ende, no eran fácilmente reconocibles.

Por este motivo, el vendedor debió informar sobre los defectos y no lo hizo, entregando así una cosa que, por su inhabilidad, frustra el contrato, ya que el comprador esperaba recibir la flota de vehículos en

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 27 de marzo de 2019, núm.187/2019, RJ\2019\1219, por el Exmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, F.J.1º y 4º.

condiciones idóneas para que sus clientes pudiesen utilizarlos, sin que tuviese previsto recibirlos con averías que les imposibilitasen seguir con el negocio y empezar a obtener resultados económicos positivos.

En este sentido, la doctrina de la denominada “*aliud pro alio*” es aplicable al presente caso, en tanto en cuanto el vendedor ha entregado una cosa, en este caso los vehículos, que, por su inhabilidad, ha provocado una insatisfacción objetiva, esto es, una completa frustración del fin del contrato. El comprador puede ejercitar las acciones de incumplimiento, incluida la resolución del contrato, en el plazo de 5 años, de conformidad con el artículo 1964 CC, por lo que, en este caso, Aussie LTD estaría facultado para ejercitar dicha acción.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 ha concluido que la doctrina del *aliud pro alio* se desarrolla a partir del artículo 1166 del CC, el cual establece que “*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*”. El Alto Tribunal dice que el *aliud pro alio* se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando “*hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual*”.³

Por consiguiente, el comprador sostendría que las averías presentes en un número elevado de vehículos, inciden claramente en las cualidades de los mismos, pues muchos de ellos no están en condiciones para permitir el desplazamiento de los ciudadanos, ni para operar de ninguna manera, necesitando las correspondientes reparaciones. La inmediata consecuencia sería el ralentizamiento de los resultados económico-financieros del negocio adquirido prácticamente en su totalidad (80% de las participaciones), y las consiguientes pérdidas, al tener que retirar muchos automóviles que no pueden ser utilizados por los clientes de Car4u, y tener que lidiar con los gastos de las reparaciones.

De lo anterior, “*se deduce que las notas que deben concurrir para que se considere que se ha entregado cosa distinta de la pactada para que ello comporte el incumplimiento del contrato son dos: a) inhabilidad del objeto para el que se ha destinado, y b) insatisfacción del comprador, puesto que cuando se acepta el objeto distinto no puede después alegarse la citada doctrina (STS 10 de febrero de 2009 – RJ 2009,271 –)*”.⁴

³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 14 de enero de 2009, núm. 858/2009, RJ 2020/156, por la Excm. Sra. Dª. Encarnación Roca Trías, F.J.2º.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 14 de enero de 2009, *op.cit.*, F.J.3º.

A este respecto, conviene hacer referencia a algunos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, ajustándose a la perfección en el caso que nos ocupa. Así, la STS de 17 de febrero de 2010⁵, concluye que:

“Uno de los supuestos de incumplimiento que abren paso a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC, es el de la entrega de cosa distinta o aliud pro alio, que se produce cuando el objeto entregado por el vendedor es inhábil para el cumplimiento de su finalidad. (...) Mediante esta doctrina se remedian los abusos (...) por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina”.

Como hemos anunciado, Aussie LTD alegaría que la cosa ha sido entregada con defectos que imposibilitan el correcto funcionamiento para el que inicialmente estaba destinada aquella, esto es, el uso por parte de los clientes de Car4u de los vehículos para desplazarse por la ciudad.

Asimismo, la STS de 31 de julio de 2002, refleja que:

*“La evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada desencadena la resolución, como adoctrina la sentencia de 28 de febrero de 1986. En definitiva, la inhabilidad del objeto, como recoge la sentencia de 26 de febrero de 1996”.*⁶

En definitiva, Aussie LTD sostendría que la doctrina de *aliud pro alio* es aplicable al presente caso, puesto que, de la jurisprudencia mencionada, se desprende una situación en la que se ha entregado una cosa (los vehículos) que, por su inhabilidad, es decir, la inviabilidad de operar con muchos vehículos averiados, ha provocado una insatisfacción objetiva (se impide a Aussie LTD continuar con la buena marcha del negocio, frenando los servicios de Car4u y, consecuentemente, arriesgándose a perder clientes y a sufrir pérdidas económicas importantes), es decir, una completa frustración del fin del contrato. Por tanto, Aussie LTD podría resolver el contrato de compraventa por incumplimiento del Sr. García, de conformidad con el artículo 1124 CC, en base a la entrega de cosa distinta o *aliud pro alio*.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 17 de febrero de 2010, núm. 35/2010, RJ 2010/1284, por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, F.J.3º.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 31 de julio de 2002, núm. 784/2002, RJ 2002/8436, por el Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, F.J.3º.

1.1.2. El cumplimiento de los presupuestos para la resolución contractual establecidos por el Tribunal Supremo

i. La existencia de un vínculo contractual vigente entre los contratantes

En segundo lugar, Aussie LTD trataría de argumentar que los requisitos para la resolución contractual que el Alto Tribunal exige, se cumplen en el caso que nos ocupa. El primero de ellos es simple, pues requiere que el contrato exista y esté vigente, es decir, no cabe resolver un contrato inexistente o nulo, sino que la resolución requiere “*la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron*”.⁷ Trasladándonos al presente caso, el contrato sigue vigente, puesto que una de las partes no ha cumplido con sus respectivas obligaciones, pudiendo resolver el contrato el comprador, al no haber recibido los activos principales en las condiciones pactadas, como se ha explicado anteriormente.

ii. Reciprocidad y exigibilidad de las prestaciones

El segundo presupuesto, se refiere a la reciprocidad de las prestaciones, esto es, la interdependencia entre las obligaciones es requisito de la resolución, y así lo indica el artículo 1124 CC, cuando habla de obligaciones recíprocas.⁸ Debemos también traer a colación el tercer presupuesto, pues va aparejado con el segundo, requiriéndose la exigibilidad de las prestaciones. Así, “*la resolución sólo cabe cuando las recíprocas prestaciones de las partes sean exigibles*”.⁹ Estos puntos también son sencillos, pues el comprador ha adquirido las participaciones por el precio pactado, requiriéndose esa reciprocidad por parte del vendedor, que sin embargo no se cumple, pues entrega una cosa distinta que supone la insatisfacción objetiva del comprador, siendo esta obligación exigible.

iii. Incumplimiento del vendedor

- Incumplimiento de obligaciones esenciales

En cuanto al cuarto presupuesto, se exige el incumplimiento del deudor que, a su vez, tiene unos requisitos concretos, sin que sea válido cualquier incumplimiento. En principio, como señalan las SSTS de 20 de diciembre de 2006 y 14 de mayo de 2007, solamente se puede resolver por el incumplimiento de obligaciones esenciales, y no de las accesorias. Pues bien, se puede deducir que la obligación esencial era la entrega de la flota de vehículos, al representar los activos principales de la empresa, pero realmente lo que se produce es una entrega totalmente distinta, que inhabilita al comprador para continuar prestando los servicios propios de la empresa Car4u.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 11 de octubre de 2006, núm. 955/2006, RJ 2006/6443, por el Excmo. Sr. D. Román García Varela, F.J.2º. Véase también, SSTS 21 marzo 1994 y 20 abril 1994.

⁸Serra Rodríguez, A., Clemente Meoro, M., en De Verda y Beamonte, J.R (Coord.), *op.cit.*, pág. 141.

⁹ SSTS 11 de octubre 2006, *op.cit.*, 13 mayo 2004, y 19 mayo 2008.

- Incumplimiento grave, verdadero y propio

Además, el incumplimiento de la obligación principal ha de ser grave, siendo preciso que sea verdadero y propio, “*sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que, por su entidad no decisiva, no impiden que el acreedor obtenga el resultado económico que lo movió a actuar*”.¹⁰ De este modo, podemos apreciar que se produce un incumplimiento grave, pues Aussie LTD estaba interesado en la compraventa, pues consideraba que sería una buena inversión. Para su sorpresa, el Sr. García omitió una información clave, denotando un comportamiento contrario al principio de la buena fe contractual (art. 7.1 CC), que Aussie LTD no pudo saber, y entregó los automóviles en un estado defectuoso para deshacerse del negocio.

- iv. El previo cumplimiento del comprador

Por último, el último presupuesto de la resolución contractual es el previo cumplimiento del acreedor. Como bien dicen las SSTs de 27 de octubre 2004 y 8 de octubre de 2008, “*la acción resolutoria corresponde a quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte, por lo que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que, a su vez, incumple sus obligaciones*”. Ha quedado acreditado en el presente caso, que el comprador ha entregado la cantidad que se pactó (3.500.00 euros), por lo que puede resolver el contrato por la entrega de cosa distinta por el vendedor.

1.1.3. Los daños que reclamaría el comprador

En tercer lugar, Aussie LTD reclamaría la indemnización por daños y perjuicios que prevé el artículo 1101 CC, que establece que quedarán sujetos a aquella “los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Como sabemos, este precepto constituye el fundamento legal de la responsabilidad contractual del deudor, es decir, de la acción que corresponde a Aussie LTD para el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento, imputable al Sr. García. Si tenemos en cuenta lo que concluye la doctrina dominante, la indemnización de daños y perjuicios trata de dejar al acreedor perjudicado en la misma situación que tendría si el contrato se hubiera cumplido en los términos previstos.¹⁵ De este modo, el Sr. García tendría que indemnizar a Aussie LTD con la cantidad de 300.000 euros, que es la cantidad que en concepto de reparaciones está reclamando el comprador.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 27 de febrero de 2004, núm. 122/2004, RJ 2004/1316, por el Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, F.J.2º; y STS 14 de mayo de 2007.

¹⁵ Serra Rodríguez, A., Clemente Meoro, M., en De Verda y Beamonte, J.R (Coord.), *op.cit.*, pág. 137.

Asimismo, Aussie LTD también podría reclamar el lucro cesante que se establece en el artículo 1106 CC: *“la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”*. Este artículo prevé el daño emergente, al cual ya hemos hecho referencia, consistiendo en el coste de reposición de las averías que adolecen los vehículos. Existirá un nexo causal entre el incumplimiento y los daños ocasionados, siempre que Aussie LTD pruebe que los defectos presentes en los vehículos son imputables al vendedor, y el Juzgado estime su pretensión.

Por otro lado, el lucro cesante tiene una complejidad probatoria superior, pues el comprador debe probar las ganancias que ha dejado de obtener como consecuencia de las pérdidas sufridas en el evento dañoso. Así, Aussie LTD trataría de justificar que, como consecuencia del incumplimiento del vendedor, los defectos que adolecen los vehículos, han obstaculizado notablemente el buen ritmo del negocio, imposibilitando una prestación de servicios completa, al tener que retirar varios automóviles para su posterior reparación. Esto, proseguiría diciendo el comprador, ha impedido que Aussie LTD obtuviese los beneficios que tenía previstos a corto y medio plazo, y podría acarrear también una pérdida de rentabilidad a largo plazo, pues este inconveniente ocasionaría la pérdida de clientes.

Conviene señalar que, para que pueda quedar acreditado por el comprador estos daños, sería oportuna la realización de un Informe pericial que dictaminase tanto el daño emergente, probando que los defectos no eran fácilmente detectables incluso habiendo realizado un proceso de inspección, cumpliéndose el nexo causal, como el lucro cesante, valorando las pérdidas sufridas.

En este sentido, debemos analizar los requisitos que serían necesarios para que procediese la aplicación del artículo 1101 CC. La jurisprudencia ha establecido los siguientes presupuestos: *“la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos”*.¹⁶

La cuestión esencial radica en que Aussie LTD probase el nexo causal entre el incumplimiento del vendedor y los daños producidos como consecuencia del mismo. El comprador alegaría que, de los argumentos expuestos en cuanto al incumplimiento del Sr. García, puede deducirse que está obligado a indemnizarle, ya que ha faltado al su obligación de entrega de los activos principales, entregando una cosa distinta a lo pactado en el contrato.

A este respecto, la STS de 14 de febrero de 2007, es especialmente ilustrativa al concluir que:

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de julio de 2003, núm. 739/2003, RJ 2003/4622, por el Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán, F.J.2º. Véase también SSTs 19 de mayo 1999, 3 de julio 2001 y 19 de julio 2007.

“Resulta necesario indemnizar a aquella parte del contrato que, como consecuencia de los incumplimientos de su contraparte, ha experimentado un cambio en las condiciones contractuales inicialmente pactadas, experimentando un menoscabo patrimonial”.

Ergo, Aussie LTD sostendría que el incumplimiento del vendedor ha trastocado las condiciones pactadas en el contrato, sufriendo un perjuicio económico evidente, al tener que reparar los automóviles para que puedan operar en condiciones y al tener que lidiar con la ralentización de los resultados de la empresa.

1.1.4. Indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental, con carácter subsidiario a la resolución contractual

En cuarto y último lugar, Aussie LTD, con carácter subsidiario a la resolución contractual, podría exigir la indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental (dolus incidens) que, como señala la doctrina mayoritaria, este tipo es dolo y, por tanto, “hay un conjunto de maquinaciones insidiosas tendentes a producir en el otro contratante una situación de engaño”¹⁷.

Esto es precisamente lo que el comprador podría alegar en el presente caso, pues el vendedor le engaña mediante una falsa apariencia de transparencia y seguridad, induciéndole a la adquisición de las participaciones, sin revelarle que existían ciertas contingencias en los automóviles. La doctrina entiende que, en el dolo incidental, el contratante no puede alegar que no haya tenido voluntad contractual, no obstante, sí que puede sostener que si no hubiera intervenido el dolo (incidental) hubiera celebrado el contrato, pero lo hubiera hecho en unas condiciones completamente diferentes.

Así, podría alegar que el vendedor ha incurrido en un comportamiento manifiestamente doloso en la fase de negociación, formación y celebración del contrato. Este argumento se fundamenta, en que el comprador únicamente recibió por parte del vendedor, la información que éste quiso mostrarle, con el objetivo de desviar los defectos del activo principal de los vehículos. El Sr. García aprovechó la oportunidad para firmar un acuerdo de confidencialidad, entregando supuestamente toda la documentación e información al comprador, tratando de aparentar ser transparente en esta fase previa a la firma del contrato, y todo ello con el fin de engañar al fondo de inversión y para poder defenderse de las eventuales reclamaciones por su parte. Esta ocultación de información, siendo plenamente conocedor el vendedor de los vicios, se traduce en un acto doloso que conllevaría a la indemnización de daños y perjuicios.

¹⁷ Díez-Picazo, L., “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”, *Estudios Monográficos*, ADC, tomo LXII, 2009, fasc. III, pág. 1053.

La STS de 30 de junio de 2000¹⁸, en un caso en el que se ocultó información previa a la perfección del contrato, concluye que:

“Concurrió dolo, que apoya en el «factum» demostrado para decretar que la trasgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar dolo incidental, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1270 del Código Civil, en relación al 1104”.

Así, Aussie LTD, de no haber ocultado dolosamente el vendedor las averías, habría valorado nuevamente la adquisición del paquete de participaciones y habría ofrecido un precio inferior por las mismas. Por tanto, no le hubiese supuesto un contratiempo tener que reparar los vehículos, pues teniendo esa información *ab initio*, el comprador podría haber reaccionado a tiempo y haber continuado con el negocio sin resultar perjudicado.

Por consiguiente, el comprador podría exigir indemnización de daños y perjuicios al vendedor, que incurrió en dolo incidental, engañando a aquel, al ocultar información esencial y entregando únicamente la que le interesaba, siendo plenamente consciente de ello. El apartado segundo del artículo 1270 del CC, dispone que *“el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”*. Este precepto trata de compensar *“en qué manera la desviación entre la voluntad contractual movida por el dolo incidental y el contrato celebrado, ha supuesto para el contratante un mayor o menor costo o un mayor o menor beneficio contractual”* (A. MORALES)¹⁹.

1.1.5. Conclusiones

En definitiva, Aussie LTD alegaría el incumplimiento del vendedor en base al artículo 1124 CC, viéndose obligado a resolver el contrato al haber recibido una cosa distinta, que ha supuesto la insatisfacción objetiva del comprador, produciéndose la frustración del fin del contrato. De este modo, como se concluye por el Alto Tribunal, *“lo decisivo es que se produzca frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria”*.²⁰

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de junio de 2000, núm. 671/2000, RJ 2000/6747, por el Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, F.J.2º.

¹⁹ Díez-Picazo, L., *op.cit.*, pág. 1054.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 10 de junio de 2010, núm. 383/2010, RJ 2010/5386, por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, F.J.4º.

Asimismo, se cumplen los presupuestos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido para considerar procedente la resolución contractual, estando facultado el comprador para ejercitar el artículo 1124 CC.

En este sentido, el comprador alegaría la procedencia de la resolución del contrato, al haber recibido los activos principales, los cuales fueron, en todo momento, el “móvil” de la compraventa, en un estado tal que le impide poder ofrecer los servicios de la empresa de manera completa, debiendo correr el vendedor con los gastos de las reparaciones.

Además, el comprador también solicitaría el lucro cesante, esto es, las pérdidas de las ganancias legítimas que hubiese obtenido si la flota de vehículos se hubiese entregado en perfecto estado. Así, para la adecuada acreditación y cálculo de las cantidades que se solicitarían por estos conceptos, el comprador necesitaría efectuar un Informe pericial que determinase esto mismo.

Con carácter subsidiario a la resolución contractual y para el caso de que la misma no fuese estimada, el comprador podría solicitar una indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental.

1.2. Argumentos en contra que desarrollaría el Sr. García

La defensa del Sr. García, en relación a los argumentos que esgrimiría la parte contraria, consistiría en la fundamentación de las siguientes pretensiones: (1.2.1.) el vendedor no ha incumplido con sus obligaciones, la doctrina del *aliud pro alio* no puede ser de aplicación al caso que nos ocupa; (1.2.2.) el vendedor cumplió íntegramente con el objeto del contrato, pues el comprador adquirió el 80% de las participaciones sociales de Car4u, libres de cargas y gravámenes, debiendo asumir las posibles contingencias de los activos subyacentes, y debiendo eximir al vendedor de cualquier responsabilidad; (1.2.3.) debe rechazarse el argumento de Aussie LTD, cuando considera que los presupuestos del Tribunal Supremo para la resolución contractual se cumplen; y (1.2.4.) como consecuencia de la ausencia de incumplimiento del vendedor, los daños que reclama el comprador deben ser igualmente desestimados.

1.2.1. La doctrina del *aliud pro alio* no es de aplicación al caso que nos ocupa

- i. El objeto de la compraventa eran las participaciones sociales. *Due Diligence* realizada por Aussie LTD

En primer lugar, el Sr. García señala que el contrato de compraventa era manifiestamente claro cuando señalaba que se vendía el 80% de las participaciones sociales de la empresa Car4u, sin que los activos subyacentes puedan tener la relevancia que el comprador quiere otorgarles. Aussie LTD no puede

resolver el contrato por incumplimiento, porque el comprador no puede afirmar que recibiese una cosa distinta a la pactada.

Esto es así, puesto que Aussie LTD adquirió el paquete de participaciones sociales de Car4u, asumiendo cualquier contingencia que pudiese tener la empresa. Prueba de ello, es que el comprador realizó un exhaustivo proceso de inspección previo a la adquisición de las participaciones, en el que el Sr. García colaboró de manera amistosa y transparente mediante la firma de un acuerdo de confidencialidad, proporcionando a través del mismo, toda la información de la empresa y permitiendo al comprador acceder a sus instalaciones con el fin de ayudarle en la *due diligence*.

Por lo tanto, el comprador asumió el riesgo de la operación y adquirió las participaciones sociales porque así lo decidió. Aussie LTD contrató a empresas de primer nivel que prestaron servicios de asesoramiento en el proceso de *due diligence*, para tomar una decisión acertada. El hecho de que el comprador detectase alguna contingencia y que el vendedor aceptase la reducción del precio, indica que recaía en Aussie LTD la localización de cualquier otro defecto. Además, por la condición profesional del comprador, teniendo experiencia más que suficiente en el mundo del *car sharing*, debió detectar las averías de los vehículos, sin que pueda atribuir el incumplimiento contractual al vendedor.

El artículo 1256 del CC, dispone que “*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”. Este precepto es aplicable al presente caso, pues el comprador está añadiendo una exigencia adicional, esto es, posterior a la perfección del contrato. No puede Aussie LTD, por tanto, alegar que el Sr. García ha incumplido con su obligación de entrega al haber recibido varios vehículos averiados, porque el comprador tuvo todas las facilidades posibles para poder valorar la adquisición de las participaciones, debiendo cargar con la responsabilidad de no haber examinado a fondo todos los activos de la empresa.

ii. Inaplicación de la doctrina del *aliud pro alio*

Respecto a la doctrina del *aliud pro alio*, y siguiendo con lo hasta ahora expuesto, el comprador no puede alegar que recibió una cosa distinta, haciendo inhábil el objeto y, por tanto, frustrando el fin del contrato, toda vez que las contingencias que estamos discutiendo debieron reconocerse fácilmente por el comprador, al tener la condición de perito en virtud del artículo 1484 CC. Si precisamente detectó algunas contingencias durante el proceso de inspección, debió investigar todavía más la empresa y sus vehículos, pues éstos son imprescindibles para el funcionamiento del negocio.

Por consiguiente, como estima la jurisprudencia, se eliminan las consecuencias de la doctrina *aliud pro alio* cuando el comprador asume posibles defectos en la cosa objeto del contrato de compraventa:

“*Elimina la consecuencia de ésta en relación con el incumplimiento de una de las partes (el vendedor, en este caso). Es la asunción por una parte de unas posibles contingencias que hagan*

*inhábil el objeto. El objeto es efectivamente inhábil para el fin por el que se contrató, pero la parte que lo sufre (el comprador) había conocido y aceptado estas posibles contingencias”.*²¹

De este modo, la posibilidad de identificar las averías por parte del comprador, al tener sobrada experiencia en la actividad, y la asunción de aquellas al haber realizado un proceso de inspección exhaustivo y al haber firmado el contrato sin haberlas reclamado, determina la desestimación de este argumento por parte de Aussie LTD. Así, esto “*evita que sea el incumplimiento de la otra parte (el vendedor) el que haya provocado el aliud pro alio y, por tanto, permita aplicar los artículos 1124 y 1101 CC*”.²² En los mismos términos se pronuncia la STS de 2 de junio de 2015, rechazando la existencia de *aliud pro alio* cuando el comprador conoce las posibles contingencias sobre la habilidad de la cosa.

Por último, debemos mencionar una resolución, que es extrapolable a nuestro caso, pues Aussie LTD no puede alegar la inhabilidad del objeto y su insatisfacción objetiva, cuando asumió que decidiría si adquirir a un precio u otro las participaciones, en función de las contingencias que tuviera la empresa al realizar la *due diligence* y, además, es un profesional en el negocio del *car sharing*, por lo que debería haber localizado las averías en los vehículos.

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante²³, concluyó lo siguiente:

“El comprador compró un terreno con una serie de dificultades y problemas, los cuales llegaron al extremo de no poder construir, pero esta contingencia la había asumido. El comprador sabía lo que compraba y al precio que lo hacía, además de ser un profesional en esta función, y no puede alegar que le dieron una cosa por otra”.

1.2.2. El objeto del contrato de compraventa fue cumplido en su integridad por el vendedor

En segundo lugar, el Sr. García alegaría que el objeto del contrato de compraventa fue cumplido, pues lo que el comprador estaba adquiriendo, no eran únicamente los vehículos, los cuales forman parte de los activos de la empresa, sino que realmente estaba comprando el 80% de las participaciones sociales de la empresa, por lo que no puede alegar el comprador que se incumplió el contrato.

Esta circunstancia es muy relevante, en tanto en cuanto el comprador adquirió la empresa, sin que pueda valorar libremente que los vehículos constituían el objeto del contrato. Los automóviles forman parte de

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2012, núm. 793/2012, RJ 2013/1254, por el Exmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, F.J.3º.

²² STS, de 21 de diciembre de 2012, *op.cit.*, F.J.3º.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 12 de diciembre de 2012, núm. 637/2013, JUR 2014/78629, por el Ilmo, Sr. D. José Manuel Valero Diez, F.J.2º.

los activos subyacentes de la empresa, y dichos activos estaban incluidos en las participaciones sociales que fueron adquiridas en su conjunto por el comprador, el cual asumió las contingencias de la empresa al adquirir gran parte de las participaciones de la misma.

Pues bien, la STS de 21 de diciembre de 2009, se ajusta al presente caso, en tanto en cuanto en aquel supuesto, los compradores adquirieron las acciones de una sociedad en las que había un negocio subyacente. Los compradores querían explotar el negocio hotelero y esa fue la razón que les impulsó a adquirir las acciones de la sociedad vendedora. Tras la compraventa de las acciones, los compradores descubrieron defectos estructurales en el hotel y demandaron a la sociedad vendedora, solicitando los costes de las reparaciones.

El Alto Tribunal desestimó las alegaciones de los compradores, y dieron la razón a la sociedad vendedora:

“No puede afirmarse que el objeto de la compraventa lo fue un hotel, ya que quedarían fuera del contrato los demás elementos patrimoniales que formaban el patrimonio de la sociedad adquirida (...). En este caso, simplemente se celebró un contrato de compraventa de todas las acciones de una sociedad y simplemente se indicó que se compraba para la finalidad de explotar un hotel, pero no se compró éste, sino la sociedad propietaria del hotel”²⁴.

De este modo, el Sr. García cumplió efectivamente con su obligación contractual, pues entregó el 80% de las participaciones a Aussie LTD, a cambio de una determinada cantidad de dinero, tal y como se había pactado. El objeto del contrato de compraventa era el paquete de participaciones de Car4u, no el negocio subyacente *per se*, ya que a pesar de que el comprador estaba muy interesado en la explotación del mismo, no puede alegarse que constituía el núcleo del contrato.

Por ende, el comprador no puede esperar que el vendedor responda por aquellas contingencias presentes en los activos, en este caso los automóviles, puesto que adquirió las participaciones después de un exhaustivo proceso de inspección, siendo conocedor de lo que adquiría, y aunque alegue que no pudo detectar las contingencias, igualmente debió hacerlo por ser un experto en la materia y al conocer el funcionamiento del negocio del *car sharing* a la perfección.

Así, como concluyó el Tribunal Supremo:

“La sociedad demandante quiso explotar un hotel y, de entre las varias opciones jurídicas para ello, eligió una, que fue la adquisición de la sociedad que era propietaria del mismo. No pretenda ahora, convertir su negocio jurídico de compra de las acciones de una sociedad, en el

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2009, núm. 852/2009, RJ 2010/299, por el Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, F.J.2º.

negocio jurídico de compra de un inmueble que era, entre otras cosas, propiedad de la sociedad”.

Por consiguiente, el Sr. García cumplió adecuadamente con su obligación contractual, toda vez que el objeto del contrato de compraventa era la entrega del 80% de las participaciones sociales de Car4u, sin que el comprador pueda alterar las condiciones contractuales fijadas, tratando de modificar el objeto del contrato a su conveniencia.

1.2.3. No se cumplen los requisitos jurisprudenciales sobre la resolución contractual

i. La exigencia del contrato

En tercer lugar, los requisitos que se exigen por la jurisprudencia para resolver el contrato, no se cumplen en su integridad en el caso que no ocupa, debiendo desestimar las alegaciones de Aussie LTD. Pues bien, en cuanto al presupuesto relativo a la exigencia del contrato, debemos indicar que el objeto del contrato de compraventa consistía en la venta del 80% de las participaciones sociales de Car4u, luego el vendedor cumplió con su obligación, sin que proceda el ejercicio de la resolutoria por parte de Aussie LTD. Esto es así, ya que, como hemos señalado, el Sr. García cumplió con sus obligaciones tanto precontractuales, al entregarle a Aussie LTD todo lo que necesitaba para realizar el proceso de *due diligence*, como contractuales, pues entregó el 80% de las participaciones de Car4u al comprador, a cambio de un precio previamente pactado.

ii. Inexistencia de incumplimiento del vendedor

Por otra parte, respecto al presupuesto del incumplimiento grave por una de las partes, no se puede apreciar puesto que, no se ha producido un incumplimiento por parte del Sr. García, como hemos comentado, y en caso de que así se considerase, no podría igualmente prosperar la resolución contractual que pretende el comprador, ya que *“no basta aducir el incumplimiento de prestaciones de menor entidad, accesorias o complementarias, que no impidan el fin económico del contrato en contra de las legítimas aspiraciones de la contraparte”*²⁵ (SSTS 18 octubre 1983, 5 mayo 1997, 8 noviembre 2012, entre otras).

Por consiguiente, solamente cabe resolver por el incumplimiento de obligaciones esenciales, y no de las accesorias. La obligación esencial del Sr. García, era entregar el paquete de participaciones de Car4u a Aussie LTD, y así lo hizo, por lo que el resto de activos son meramente accesorios y se encuentran en

²⁵ Bercovitz Álvarez, G., en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi S.A., 4ª edición, 2013, pág. 1547.

un segundo plano, siendo responsabilidad del comprador el estado de los mismos, toda vez que conocía lo que compraba, tras la realización de un detallado proceso de inspección.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la STS de 20 de diciembre de 2006²⁶, que estimó lo siguiente:

“Se requiere que se trata del incumplimiento de una obligación básica y no basta el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (...). Se trata de incumplimientos o de cumplimientos defectuosos que carecen de entidad para justificar que el contratante que los sufre pueda acudir a la resolución”.

De lo anterior, podemos apreciar que el comprador no puede resolver el contrato por las contingencias que adolecen los vehículos, pues tienen la consideración de activos subyacentes, accesorios y complementarios al paquete de participaciones adquiridas de Car4u. El vendedor cumplió con el objeto del contrato, esto es, entregar el 80% de las participaciones al comprador, sin que pueda imputársele un incumplimiento.

En cualquier caso, las reparaciones de los defectos de los automóviles corresponderían al comprador, al haberlas asumido tras la realización de un exhaustivo proceso de inspección en el que el vendedor colaboró de forma absolutamente transparente, y al ser un profesional en esta actividad debería haber identificado las averías. Por lo tanto, no se cumplen estos requisitos de suma importancia para entender adecuadamente ejercitada la acción resolutoria a que se refiere el artículo 1124 CC.

1.2.4. Los daños que reclama el comprador son inexistentes, al no proceder la resolución contractual por incumplimiento del Sr. García

En cuarto y último lugar, cabe señalar que, al no proceder las alegaciones del comprador respecto a la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor, tampoco proceden los daños que reclama, pues para que pueda estimarse la aplicación del artículo 1101 CC, debe existir nexo causal entre el incumplimiento del vendedor y los daños producidos.

Además, el daño emergente y el lucro cesante no podrían reclamarse en el caso que nos ocupa, más allá de que no pudiesen estimarse al no existir incumplimiento del vendedor. Así, por un lado, el daño emergente (al igual que el lucro cesante), para que sea indemnizable, debe acreditarse su realidad, en este caso, por el comprador, a quien incumbe su prueba, mediante los medios que estime oportunos, conforme al artículo 217 LEC. No podría justificarse por el comprador que el vendedor debe

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2006, núm. 1284/2006, RJ 2007/384, por el Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades, F.J.2º.

indemnizarle por daño emergente, cuando las reparaciones ni siquiera le son imputables, sino que son ajenas al mismo, debiendo soportarlas el comprador al haber asumido la compra de la empresa con todos los activos subyacentes.

Por otro lado, en la reclamación del lucro cesante, no pueden alegarse hipótesis o meras suposiciones, debiendo el comprador cuantificar y justificar el importe que efectivamente reclama. En este sentido, la jurisprudencia es restrictiva cuando se trata de indemnizar el lucro cesante, exigiendo que “*en el patrimonio del acreedor ya existiera, en el momento del incumplimiento por el deudor, alguno de los presupuestos para obtener el lucro futuro y que el incumplimiento los hizo precisamente desaparecer*”.²⁹

Podemos deducir que este presupuesto no se cumple, ya que para que el lucro cesante sea indemnizable “*ha de estar el acreedor en una situación jurídicamente idónea que le permitía esperar unas ganancias futuras, que aparecen como razonables*”.³⁰ El comprador ni siquiera puede saber si el negocio es rentable a largo plazo, recuperando rápidamente la inversión que hizo con la adquisición de las participaciones de Car4u, solamente puede hacer una estimación o una mera suposición, sin que se acredite el requisito jurisprudencial.

1.2.5. Conclusiones

Por lo expuesto, podemos concluir que el comprador pretende resolver el contrato de compraventa por una supuesta *aliud pro alio* (entrega de cosa distinta), alegando que la inhabilidad del objeto (gran parte de los vehículos), unida a su insatisfacción objetiva, propicia la frustración del fin del contrato. Tal y como hemos argumentado, esta doctrina es inaplicable al caso que nos ocupa, y ello se debe a que el comprador asumió las posibles contingencias que ahora adolecen los automóviles.

Asimismo, el objeto del contrato de compraventa quedó definido por ambas partes, habiendo entregado el vendedor, el 80% de las participaciones sociales de Car4u al comprador, cuya argumentación acerca de la finalidad perseguida con la adquisición de los vehículos como parte esencial del contrato, no puede prosperar, ya que no fueron el objeto del mismo.

Aunque Aussie LTD tratase de alegar que la resolución contractual está justificada en base a esta doctrina, *quod non*, los requisitos que ha establecido el Tribunal Supremo para que pueda prosperar aquella, no se cumplen en su integridad en ningún caso.

²⁹ Serra Rodríguez, A., Clemente Meoro, M., en De Verda y Beamonte, J.R (Coord.), *op.cit.*, pág. 138.

³⁰ Serra Rodríguez, A., Clemente Meoro, M., en De Verda y Beamonte, J.R (Coord.), *op.cit.*, pág. 138.

Además, como hemos comentado, la reclamación de indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 1101 CC, no puede prosperar porque no existe incumplimiento por parte del Sr. García, y tampoco puede hacerlo el artículo 1106 CC. De este modo, se deben desestimar las pretensiones del comprador al no albergar ningún tipo de sustento legal y jurisprudencial.

2. LA EXIGIBILIDAD DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS DEL COMPRADOR AL SR. GARCÍA. FUNDAMENTACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE AUSSIE LTD

La posibilidad de que el comprador pueda exigir al vendedor el saneamiento por vicios ocultos, como consecuencia de las supuestas averías de los vehículos, debe ser estudiada ateniéndonos a la regulación relativa a las obligaciones del vendedor y al ejercicio de dicha acción y, además, debemos analizar los pronunciamientos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado, y sobre todo en casos como el que nos ocupa.

Así, en este supuesto abordaremos las siguientes cuestiones, exponiendo cuáles serían los argumentos de Aussie LTD para exigir el saneamiento por vicios ocultos: (2.1.1) la naturaleza del contrato de compraventa; (2.1.2) la regulación del Código Civil respecto al ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos y cómo se puede ajustar en este supuesto; (2.1.3) los requisitos del Tribunal Supremo para que pueda prosperar la acción de saneamiento por vicios ocultos.

2.1. Exigibilidad de saneamiento por vicios ocultos

2.1.1. Naturaleza del contrato de compraventa de participaciones sociales

En primer lugar, debemos poner de manifiesto, que la naturaleza del contrato de compraventa de participaciones sociales es determinante a la hora de exigir el saneamiento por vicios ocultos, toda vez que el plazo de caducidad varía según se considere civil o mercantil dicha naturaleza, aplicándose el Código Civil o el Código de Comercio, respectivamente.

De este modo, si se estimara la naturaleza civil del contrato de compraventa de participaciones sociales, el plazo de caducidad para ejercer las acciones de saneamiento por vicios ocultos sería de seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida (art. 1490 CC). En cambio, si se declarase la naturaleza mercantil del contrato, el plazo de caducidad sería diferente, perdiendo, en este caso el comprador, las acciones derivadas de los vicios que tuviera la cosa vendida. Así, de conformidad con el art. 342 del Código de Comercio, “*el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor*”.

Pues bien, la STS 119/2020 de 20 de febrero³¹, resulta especialmente ilustrativa pues se aprecian las tres corrientes jurisprudenciales distintas que el Tribunal Supremo tiene en cuenta para valorar si el contrato tiene una u otra naturaleza.

i. Primera corriente jurisprudencial: naturaleza civil del contrato de participaciones sociales

Primero, debemos partir del art. 323 del Código de Comercio, que establece que *“será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”*.

En dicha STS de 20 de febrero, el recurrente alega que se trata de una compraventa civil y no mercantil, al amparo de dicho precepto, y haciendo referencia a la corriente jurisprudencial contenida en la STS 686/2011 de 19 de octubre, en la que se resolvía sobre la calificación de la naturaleza del negocio de compraventa de acciones o participaciones sociales, decantándose por la civil. Se recoge en dicha sentencia la corriente jurisprudencial expresada en las SSTS de 9 de julio de 2008, 25 de junio de 1999 y 10 de noviembre de 1989, en las que se concluía que la nota que caracteriza la compraventa mercantil frente a la civil era *“la del elemento intencional del comprador con un doble requisito: la reventa de los géneros comprador y el ánimo de lucro, consistente en obtener un beneficio en la reventa”*.

Volviendo al caso que nos ocupa, Aussie LTD podría alegar precisamente la carencia de mercantilidad al no cumplirse ninguno de estos requisitos, pues en ningún caso pretende revender la cosa adquirida. Además, teniendo en cuenta que uno de los argumentos del comprador sería que el objeto del contrato no era únicamente las participaciones sociales sino los activos principales, estaría alegando que el contrato tiene una clara naturaleza civil.

ii. Segunda corriente jurisprudencial: naturaleza mercantil del contrato de participaciones sociales

En esta segunda corriente jurisprudencial, expresada -entre otras- en las SSTS de 16 de enero de 2011, 10 de abril de 2003 o 3 de noviembre de 1988, se concluye la naturaleza mercantil de este contrato, puesto que *“la compra por un empresario con la intención de destinar el objeto comprado a su explotación o integración industrial o comercial debe reputarse mercantil. En este caso el elemento tipificador de la mercantilidad de la compraventa estaría no en el propósito de la reventa con ánimo de lucro, sino en la integración del objeto de la compraventa en el proceso productivo de la empresa”*.³²

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 20 de febrero de 2020, núm. 119/2020, RJ 2020\5716, por el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile, F.J.3º.

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 20 de febrero de 2020, *op.cit.*

En este caso, esta corriente jurisprudencial estaría en contra de las pretensiones de Aussie LTD, toda vez que los activos principales, esto es, la flota de vehículos que conforman la actividad de *car sharing* de Car4u, tienen un fin eminentemente comercial y de explotación de dicho negocio.

iii. Conclusión alcanzada por la STS 119/2020 de 20 de febrero

La sentencia a la que venimos haciendo referencia, declaró la naturaleza civil del contrato de compraventa de las participaciones sociales de la empresa vendedora, reafirmando la tercera doctrina jurisprudencial, y añadiendo que *“la calificación del contrato como civil deriva asimismo de las características del propio objeto del contrato, que supone la venta parcial de la titularidad de una sociedad, excluido por la misma naturaleza de tal objeto de su consideración como mercantil”*.

Por consiguiente, Aussie LTD, habiendo adquirido el 80% de las participaciones sociales de la empresa Car4u, y teniendo en cuenta las tres corrientes jurisprudenciales expuestas, argumentaría la naturaleza civil del contrato de compraventa de participaciones sociales, exigiendo el saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida aplicando el Código Civil y, por tanto, el plazo de caducidad de seis meses previsto en el mismo.

2.1.2. La regulación del CC sobre la acción de saneamiento por vicios ocultos y su aplicación al presente caso

En segundo lugar, en cuanto a las obligaciones del vendedor, el Código Civil señala en su artículo 1461 que *“el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta”*. De este primer artículo, que se trata de la disposición general, podemos apreciar que el vendedor tiene, por un lado, la obligación de entregar la cosa objeto de la compraventa, que en este caso serían el 80% de las participaciones de Car4u y, por otro, la obligación de saneamiento, en caso de que el vendedor entregue la cosa con vicios o defectos.

Pues bien, esta segunda obligación del vendedor es la que ahora examinamos con detenimiento, analizando si el comprador podría exigir al Sr. García el saneamiento por vicios ocultos. Los supuestos vicios ocultos que el comprador exige al vendedor, son las averías de los vehículos que formaban parte de los activos de la empresa, y que, a su juicio, eran el objeto del contrato de compraventa, y no el 80% de las participaciones sociales. El comprador sostiene que los vehículos conforman la parte primordial del negocio de la empresa, pues su actividad consiste en el *car sharing*, siendo este punto controvertido, tal y como hemos explicado, toda vez que lo que se pactó fue la venta de un determinado porcentaje de las participaciones sociales de la empresa.

Los supuestos vicios o defectos ocultos del caso que nos ocupa, sí que se ajustarían dentro del concepto que el Tribunal Supremo³³ ha establecido en relación a los defectos ocultos, debiendo ser “*deterioros, desperfectos o irregularidades en la calidad idoneidad de los objetos suministrados que dificultan su utilidad, se trata en definitiva, de defectos en la cosa propia*”. Por lo tanto, vemos que encaja en esta definición del Alto Tribunal, ya que las averías que adolecen los automóviles impedirían su uso por parte de los consumidores, pues supondría un riesgo evidente desplazarse en vehículos defectuosos.

Por otra parte, el artículo 1474 del CC, dispone que: “*en virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1461, el vendedor responderá al comprador: 2.º De los vicios o defectos ocultos que tuviere*”.

De este modo, debemos tener en consideración que el comprador, al exigir al Sr. García el saneamiento por vicios ocultos, se basa en la existencia de defectos en la gran mayoría de los automóviles, que son indispensables para el buen funcionamiento del negocio, pues necesita que sus vehículos estén en condiciones óptimas para que sus clientes puedan circular con seguridad y con comodidad, siendo las averías un problema determinante en el contrato de compraventa del 80% de las participaciones sociales de Car4u.

Por ende, el precepto mencionado parece claro cuando exige que el vendedor responda ante el comprador por los vicios o defectos que tuviese la cosa objeto del contrato de compraventa. No obstante, existen algunas excepciones que veremos más adelante, sin perjuicio de la correspondiente mención que expondremos en esta segunda cuestión, que ponen en riesgo el ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos por parte de Aussie LTD.

Sentado lo anterior, el artículo 1484 del CC, establece que “*el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (...)*”.

Por lo tanto, Aussie LTD alegaría que podría exigir saneamiento por vicios ocultos al amparo de este precepto, pues las averías, que tienen la consideración de vicios ocultos, son una traba que impide que el negocio pueda desarrollarse con normalidad, frenando la actividad principal que se basa en la utilización de los vehículos por sus clientes, y también resulta lógico que el comprador no habría adquirido las participaciones si hubiese conocido el estado de los vehículos desde un primer momento, o las habría adquirido por un precio inferior.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1984, núm. 99/1984.

No obstante, en este artículo se contemplan unas excepciones que, sin lugar a dudas, podrían impedir que Aussie LTD ejercitase la acción que estamos tratando:

“(...) pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debían fácilmente conocerlos.”

Estas excepciones serán objeto de análisis más adelante, pero debemos tenerlas en cuenta para determinar si el comprador podría exigir al Sr. García saneamiento por vicios ocultos. Por ello, cuando examinemos a continuación los requisitos que el Tribunal Supremo exige para que el comprador pueda ejercitar la acción de saneamiento por vicios ocultos, analizaremos si se cumplen en su integridad.

Por otro lado, como sostiene la doctrina civilista (BERCOVITZ, MORALES o DE VERDA), *“el saneamiento por vicios ocultos es una forma especial de solventar los conflictos derivados de ciertos supuestos de imposibilidad inicial parcial de cumplimiento en las compraventas de cosa específica, consistente en atribuir el riesgo de la existencia de vicios al vendedor y concediendo, en consecuencia, al comprador la posibilidad de reaccionar a través de las acciones reguladas en el artículo 1486”*.³⁴

En este sentido, el comprador trataría de ejercitar las acciones de saneamiento por vicios ocultos que le ofrece el artículo 1486 CC, que establece lo siguiente: *“En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión”*.³⁵

Estos remedios jurídicos previstos en este precepto, son las denominadas acciones edilicias, compuestas por la *acción redhibitoria* y la *quanti minoris*. La primera acción, consiste en la rescisión o declaración de ineficacia del contrato, devolviendo al comprador los gastos que realizó, y la segunda consiste en la reducción proporcional del precio, esto es, una rebaja proporcional al perjuicio que tenga la cosa con respecto a su valor, y el comprador se quedaría con el bien adquirido.

No obstante, para que puedan exigirse estas acciones, la prueba le incumbiría a Aussie LTD, de conformidad con el artículo 217.2 de la LEC, el cual dispone que corresponderá al actor *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, al efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Por otra parte, el*

³⁴ Peña López, F., *“Comentarios al Código Civil”*, Editorial Aranzadi, S.A.U., enero 2009

³⁵ Peña López, F., *op.cit.*

demandado deberá probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”

De lo anterior, podemos deducir que incumbe a Aussie LTD la carga de probar la existencia de vicios ocultos, y en este sentido se ha pronunciado la doctrina (DE VERDA, PEÑA LÓPEZ), al decir que el comprador tiene la carga de probar que el vicio existía con anterioridad a la perfección del contrato. Siendo así que, para tratar de probar que la causa de los defectos es imputable al Sr. García, el fondo de inversión podría presentar un Dictamen pericial que pudiese de manifiesto que las averías estaban presentes en el momento de la transmisión y que, por tanto, el Sr. García conocía la existencia de estos vicios y no se lo comunicó al comprador con carácter previo a la adquisición.

2.1.3. Los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para considerar válida la acción de saneamiento por vicios ocultos

i. La anomalía de la cosa

En tercer lugar, para que Aussie LTD pueda exigir el saneamiento por vicios ocultos al vendedor, se deben cumplir los requisitos que ha establecido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. El primer requisito es “que el vicio consiste en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad”. Es decir, este vicio inserto en la cosa, “puede consistir tanto en una imperfección o defecto, como en una alteración de la calidad o cualidades de la cosa o de alguno de sus componentes, que solo incluye a los defectos, pero no a la diversa cualidad” (MORALES, DE VERDA, BADENES), siempre que disminuyan la utilidad que la cosa reporta al comprador, teniendo en cuenta el uso que se pactó en el contrato, o, en su defecto, “al que por naturaleza se destina la cosa, o de entre éstos aquel que quepa deducir de las circunstancias objetivas que inciden en el negocio”³⁶.

De este modo, el primer principio se cumpliría en el caso que nos ocupa, ya que los vehículos presentan averías, esto es, una anomalía que dificulta o impide la buena marcha de los vehículos y el desarrollo de la actividad profesional, y se distingue del resto de automóviles de la empresa que están en buenas condiciones y cuya disponibilidad es plena para los clientes de la empresa.

ii. Que el vicio sea anterior a la venta

El segundo requisito necesario para ejercitar esta acción, es “*que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior*”. Por tanto, el vicio ha de existir en el momento de la perfección del contrato. Las averías que adolecen un alto porcentaje de automóviles a los pocos días de la firma del contrato de

³⁶ Peña López, F., *op.cit.*

compraventa, sugieren que los defectos ya estaban presentes en el momento de la perfección del contrato, y esta sería la estrategia a seguir por el comprador, acreditándolo mediante la elaboración de un Dictamen pericial, tal y como hemos mencionado.

Este segundo requisito, de cierta manera, está ligado al tercero en el presente caso, ya que según alegaría el vendedor, Aussie LTD, por razón de su profesión y por tener experiencia en el negocio del *car sharing*, debió conocer las contingencias que presentaban los vehículos. Si efectivamente las averías existían con anterioridad a la firma del contrato, durante el proceso de *due diligence*, el comprador tenían la obligación de encontrarlos, y no lo hicieron, denotando una manifiesta falta de análisis en los vehículos de la empresa, pues con las comprobaciones oportunas y efectuando un meticuloso examen de sus condiciones, no hay duda de que hubiesen detectado problemas técnicos.

No obstante, el comprador argumentaría que es un fondo de inversión, que carece de los conocimientos técnicos adecuados en materia de automóviles, y que, por el mero hecho de haber invertido en otras ocasiones en negocios de *car sharing*, eso no le convierte en un perito experto, que por sus conocimientos debió identificar los defectos presentes en los vehículos.

- iii. Desconocimiento del vicio por el adquirente y su imposibilidad de contemplarlo atendiendo a su preparación técnica

Siguiendo esta línea, el tercer requisito consiste en “*que el vicio no fuera conocido por el adquirente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto*”. Este tercer requisito es fundamental en el caso que nos ocupa, ya que Aussie LTD defiende que no ostenta la condición de perito que le atribuye el artículo 1484 del CC, pues, si bien es cierto que es una gran inversor internacional que ha comprado en repetidas ocasiones las participaciones de otras empresas dedicadas al mundo del *car sharing*, no puede atribuírsele esta condición, toda vez que no posee ningún conocimiento técnico preciso que le hubiese permitido localizar las averías.

Así, podemos decir que el comprador, aún tiene un conocimiento elevado de la actividad profesional de Car4u, este conocimiento no debe asociarse con los vehículos y con su correcto funcionamiento, sino con la forma de trabajar en el mercado, la estrategia publicitaria, o la organización de la empresa, para conseguir unos resultados económicos positivos. Es decir, el sector automovilístico forma parte de una de sus numerosas inversiones de negocio, pero no por ello puede exigírsele un conocimiento profundo y riguroso sobre los vehículos *per se*, máxime cuando su actividad pertenece al sector financiero.

Además, el hecho de que Aussie LTD, recibiese asesoramiento por parte de varias empresas, no quiere decir que las mismas sean peritos expertos en la materia. Se contrató a estas empresas de primer nivel, para aconsejar al comprador en la adquisición de la empresa, valorando aspectos económico-financieros, analizando si la compra podía ser un buen negocio a largo plazo. También sostendría el comprador que,

a pesar de precisar de información y acceso a las instalaciones de la empresa Car4u, dicha información no fue del todo completa, pues el vendedor no les advirtió de los defectos existentes en los automóviles. Así, le permitió el acceso a sus instalaciones y a la documentación de la empresa, pero no cumplió con su deber de información, pues el vendedor era perfecto conocedor de las averías.

Por lo tanto, este requisito se cumpliría, atendiendo a las alegaciones que esgrimiría Aussie LTD, ya que su condición de inversor financiero no le permitió en ningún caso, identificar las averías de los vehículos, y por mucho que realizasen un proceso de inspección exhaustivo, si el vendedor no les comunicó la presencia de estos defectos, difícilmente pudieron haberlos encontrado, pues ningún conocimiento técnico atesoraban ni el comprador ni las empresas que intervinieron en la *due diligence*.

iv. La gravedad del vicio oculto

El cuarto requisito consiste en la gravedad del vicio oculto, esto es, *“ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso a la que se destina o disminuya de tal modo ese uso, que de haberlo conocido el comprador no lo hubiera adquirido o habría dado menos precio”*. Es decir, que no se trata de que sea inútil para todo uso, sino para aquél que motivó la adquisición, si nada se hubiere pactado sobre el destino, debiendo entenderse que la cosa fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía con la actividad a que se dedicaba el adquirente³⁷.

Si realizamos un análisis individual de este último requisito, podemos deducir que si la empresa Car4u se dedica exclusivamente al negocio del *car sharing*, en el que sus vehículos son imprescindibles, parece coherente que, el comprador, de haber conocido las averías no habría seguido adelante con la adquisición de las participaciones, o hubiese realizado una oferta mucho menor, sabedor de que tendría que cargar con las correspondientes reparaciones para mantener los vehículos en las condiciones que requiere el negocio. Ergo, podemos calificar los vicios ocultos como graves, pues las averías presentes en los vehículos impiden que el comprador pueda continuar *ipso facto* con el negocio, debiendo realizar reparaciones en un elevado número de automóviles para que los ciudadanos puedan utilizarlos.

v. Plazo de caducidad

Por último, otro requisito que exige el Código Civil en su artículo 1490, es que la acción de saneamiento por vicios ocultos debe ser ejercitada en un plazo determinado, so pena de extinguirse. Así, las acciones que hemos comentado en relación al saneamiento por defectos ocultos, caducarán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida.

³⁷ Peña López, F., *op.cit.*

En el presente caso, Aussie LTD reclama saneamiento por vicios ocultos a los pocos días de la perfección del contrato de compraventa, pues detecta las averías en ese momento. No obstante, esta reclamación extrajudicial carece de efectos suspensivos, no admitiéndose la interrupción del plazo de caducidad de 6 meses. Por tanto, el comprador deberá interponer una demanda solicitando este extremo antes de que el plazo finalice, o, de lo contrario, no podrá exigir la acción de saneamiento al no haberla ejercitado en el momento procesal oportuno.

2.1.4. Conclusiones

En conclusión, resultaría determinante el pronunciamiento que alcanzaría el Juzgado acerca del tipo de naturaleza -civil o mercantil- del contrato de compraventa de las participaciones sociales, pues, en caso de considerarse civil, Aussie LTD podría exigir el saneamiento por vicios ocultos aplicando el Código Civil y el plazo de caducidad previsto en el mismo. No obstante, si se considerase mercantil la naturaleza de dicho contrato, el plazo de caducidad para exigir esta acción, se reduciría a los treinta días siguientes a la entrega de la cosa vendida, por lo que resultaría más perjudicial para el comprador, al tener que ejercitar las correspondientes acciones en un plazo tan breve.

Por otra parte, podemos apreciar que la regulación del Código Civil encaja en el caso que nos ocupa, y que los requisitos del Tribunal Supremo se cumplen en su integridad. El comprador fundamentaría su pretensión en base a los artículos 1484 y siguientes del CC, defendiendo que, la familiaridad que puede tener con el negocio de *car sharing*, no es indicativa de que posea conocimientos técnicos ni que sea un perito en esta materia, toda vez que pertenece al sector financiero, y no al automovilístico.

Asimismo, lo mismo sucede con las empresas de primer nivel que le asesoraron durante el proceso de inspección, pues tampoco tienen esa condición de perito, sino su labor y sus servicios estuvieron enfocados en la viabilidad del negocio y en la valoración de la posible rentabilidad que le otorgaría a largo plazo.

Lo mismo cabe decir del proceso de *due diligence*, pues el comprador, sin contar con esos conocimientos, a menos que el vendedor le hubiese advertido de la existencia de las averías, jamás habría podido detectarlas, pues es evidente que no tenía los conocimientos necesarios para encontrar dichas contingencias.

Los argumentos que Aussie LTD puede utilizar para exigir saneamiento por vicios ocultos podrían servir para fortalecer su postura, pero no debemos olvidar que debería probar, con la elaboración de un Dictamen pericial, que esos vicios son ocultos, que no eran fácilmente reconocibles, y que estaban presentes en el momento de la transmisión.

A continuación, desarrollaremos algunos de los argumentos y cuestiones que hemos anunciado, principalmente en el tercer requisito que ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación a la supuesta condición de perito del comprador, alegada por el Sr. García, que le impediría exigir el saneamiento por defectos ocultos.

3. LA OPOSICIÓN DEL SR. GARCÍA AL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

3.1. Fundamentos de oposición del Sr. García que impedirían el saneamiento por vicios ocultos solicitados por Aussie LTD

Como hemos visto, el saneamiento por vicios ocultos está previsto en el artículo 1484 y siguientes del CC, y su aplicación dependerá de las circunstancias de la compraventa. En el presente caso, la reclamación por parte de Aussie LTD carece de fundamentación legal y, en definitiva, el saneamiento por vicios ocultos no tiene cabida en el presente caso, debido a los siguientes argumentos de oposición: (3.1.1.) Aussie LTD realizó una exhaustiva *due diligence* con carácter previo a la firma del contrato de compraventa; (3.1.2.) el comprador, de acuerdo con el artículo 1484 CC, es un perito que por razón de su oficio o profesión debería reconocer los vicios que ahora reclama; la jurisprudencia esclarece estas cuestiones, pronunciándose acerca de la desestimación de esta reclamación, pudiendo aplicarlo a nuestro caso; (3.1.3.) el comprador contrató a asesores para fortalecer todavía más el proceso de *due diligence*, por lo que el conocimiento de las contingencias es innegable, impidiendo que ahora pueda solicitar el saneamiento por vicios ocultos.

3.1.1. La realización de un proceso de *due diligence* exhaustivo impide que la reclamación de saneamiento por vicios ocultos pueda prosperar

En primer lugar, debemos profundizar en esta primera cuestión, relativa a la inspección al detalle que realizó Aussie LTD con anterioridad a la compraventa. El artículo 1484 CC dispone que el vendedor “no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieran a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”. Así, tanto la posibilidad de conocimiento de los vicios por parte del comprador mediante el proceso de *due diligence* que efectuó, como su pericia por razón de su oficio (recordemos que no son ajenos al negocio de *car sharing* pues tiene participaciones en otras cuatro empresas), impiden el saneamiento por vicios ocultos.

De este modo, no pueden considerarse ocultos aquellos vicios que puedan apreciarse con facilidad en la oportuna inspección del bien con motivo de la entrega. El comprador, al haber realizado un estudio completo de los bienes objeto de la compraventa, no puede reclamar el saneamiento por vicios ocultos,

debiendo recaer en aquel toda la responsabilidad, puesto que, si efectivamente adquirió con seguridad el 80% de las participaciones de Car4u después de haber analizado a conciencia las posibles contingencias de los vehículos, debería haberlas localizado, y más cuando el supuesto porcentaje de vehículos averiados es alto. Carece de lógica que pocos días después de la compraventa, y tras un proceso de *due diligence* exhaustivo, en el que incluso participaron asesores contratados por el comprador, de pronto se identifique un elevado número de vehículos con averías.

De lo anterior, podemos deducir que Aussie LTD, mediante esta reclamación, está tratando de enriquecerse ilícitamente a costa del Sr. García, pues los defectos en los vehículos tendrían que haber sido identificados o previstos con la minuciosa y rigurosa inspección que efectuaron el comprador y sus asesores. Además, el propio vendedor puso a disposición de Aussie LTD todas las facilidades posibles para que todo estuviese en orden y que estuvieran conformes para firmar el contrato de compraventa. Se firmó un acuerdo de confidencialidad con el comprador y se le dio acceso a toda la información y a las instalaciones de la empresa, para que pudiesen realizar el proceso de *due diligence* con total seguridad.

De esta forma, la plena transparencia del vendedor a la hora de entregar las participaciones que Aussie LTD finalmente adquirió, acredita que el comprador no se vio obstaculizado, ni engañado de ninguna forma, sino todo lo contrario, al disponer de la información necesaria y al poder acceder a todas las instalaciones de la empresa vendedora. Así, el comprador pudo y debió localizar los supuestos vicios ocultos que el vendedor siempre ha ignorado, por lo que la reclamación relativa al saneamiento por defectos ocultos, solamente puede traducirse en la manifiesta mala fe (art. 7.2 CC) de Aussie LTD, cuyo objetivo es enriquecerse injustamente, obteniendo el importe que solicita en concepto de reparaciones.

Asimismo, nuestros Tribunales, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1994, se han pronunciado expresamente acerca de esta cuestión, rechazando la posibilidad de aplicar el saneamiento por vicios ocultos cuando el comprador pudo identificarlos mediante la oportuna inspección del bien. Así, el Tribunal Supremo³⁸ concluye que:

“El vicio en que pretende sustentarse la reclamación de los demandantes y hoy recurridos no tiene la condición de oculto, ya que para merecer tal consideración se requiere que el mismo no haya podido trascender y por lo tanto ser conocido o ser objeto de percepción por el comprador”.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2006, núm. 211/2006, RJ 2006\1563, por el Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán, F.J.2º.

A su vez, la Audiencia Provincial de Asturias³⁹ recuerda una relevante doctrina del Tribunal Supremo que podemos aplicar al caso que nos ocupa, pues los supuestos vicios ocultos claramente pudieron localizarse, de modo que la reclamación de Aussie LTD no puede estimarse:

“La Sentencia de 14 de marzo de 1973 expresa que para que el vendedor esté obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida y el comprador pueda o no ejercitar las acciones que le confieren los artículos 1484 y 1486 del Código Civil, es menester que aquellos vicios hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina y que no se encuentren a la vista de un modo manifiesto y ostensible”.

Por lo tanto, el comprador sí que pudo conocer los supuestos vicios ocultos que ahora reclama, debido al proceso de *due diligence* realizado, en el que el Sr. García puso a su entera disposición las correspondientes facilidades para que se pudiera llevar a cabo de la mejor forma posible, por lo que no puede reclamar el saneamiento por vicios ocultos.

3.1.2. Aussie LTD es un perito por razón de su oficio, debiendo desestimarse la reclamación de saneamiento por vicios ocultos

En segundo lugar, la reclamación del comprador no puede prosperar, debido a su condición de perito por razón de su profesión. Si bien es cierto que Aussie LTD no se dedica de manera exclusiva al mundo del *car sharing*, sí que tiene conocimientos muy amplios sobre este negocio, al haber tratado con el mismo en repetidas ocasiones. Resulta que este fondo de inversión tiene participaciones en cuatro empresas de *car sharing* que operan en Vancouver, Boston, Sydney y Roma, poniendo de manifiesto que tiene experiencia previa en este sector, y concretamente en esta actividad, sin que sea ajena a la misma. Por ende, podemos deducir que el comprador estaba suficientemente capacitado para realizar la compraventa en su condición de perito, conocedor de las implicaciones y necesidades para tener un negocio de *car sharing* fructífero.

Es evidente que, debido al supuesto elevado porcentaje de vehículos averiados, que aparecen casualmente pocos días después de la firma del contrato de compraventa, después de una inspección detallada, y más aún si tenemos en cuenta la condición de perito del comprador, los vicios eran manifiestos y se podían apreciar con una simple revisión de los automóviles. La acción que el comprador pretende ejercitar es inviable, pues incluso en el supuesto de que los defectos no fuesen manifiestos o

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2007, núm. 159/2007, JUR 2007\211002, por la Ilma. Sra. María José Pueyo Mateo.

estuviesen a la vista, por la condición de perito que ostenta Aussie LTD, esos defectos eran fácilmente reconocibles y, sin lugar a dudas, su pericia le permitió apreciarlo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984⁴⁰, declara lo siguiente:

“Habría que apreciar en el presente caso la inviabilidad de dicha acción de saneamiento, toda vez que, de una parte, la invocación de los aducidos defectos en la expresada mercancía vendida, de ser ciertos y por sus singulares características están poniendo de manifiesto que se trataría de defectos manifiestos y que estaban a la vista y que aun no reuniendo esas características los demandados compradores, por razón de su oficio y profesión tienen el carácter de perito que les permitiría fácilmente conocer tales pretendidos defectos”.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona⁴¹ también sigue esta línea de interpretación, mencionando esta Sentencia del Tribunal Supremo, concluyendo que se debe tener en cuenta, que no serán considerados vicios ocultos aquellos defectos que, *“si bien no son reconocibles por un comprador medio, sí lo son por un perito, mediante el empleo de una mínima diligencia, de modo que incurre en la culpa lata, al no reconocerlos”*. Por tanto, el comprador no utilizó sus conocimientos técnicos con detenimiento, pues si lo hubiese hecho, hubiese detectado las averías presentes en los vehículos con cierta facilidad o realizando el correspondiente examen en los mismos, debiendo asumir la culpa por no haber aplicado la diligencia que exigía su profesión.

Por consiguiente, esta jurisprudencia se ajusta a la perfección al caso que nos ocupa, recayendo sobre el comprador la responsabilidad en la localización de las averías, por lo que, definitivamente, debemos entender que no nos hallamos ante vicios ocultos, sino ante contingencias que el comprador asumió.

Por otra parte, aunque el comprador no tenga un título profesional que acredite que es un perito reconocido para identificar defectos o contingencias en automóviles, debido a su extensa y visible experiencia en esta actividad profesional, y habiendo tratado ya con cuatro empresas distintas, adquiriendo sus participaciones en el negocio de *car sharing*, esa pericia la tiene reconocida por razón de la actividad profesional que desempeña.

Así, fruto de la experiencia que atesora en esta actividad, Aussie LTD no puede argumentar que desconoce el mundo del *car sharing*, ni que tampoco tiene conocimientos suficientes para identificar defectos en la industria del automovilismo, pues es perfecto conocedor de este negocio, al haber invertido en el mismo, y debe ser capaz de identificar las posibles contingencias en los vehículos pues

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, RJ 1984\3799, por el Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez.

⁴¹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª), de 8 de mayo de 2019, núm. 251/2019, por la Ilma. Sra. Dª. Marta Font Marquina; y Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), de 18 de enero de 2018, núm. recurso 453/16.

ya ha operado anteriormente con ellos y ha realizado las correspondientes inspecciones en esas adquisiciones previas.

Siguiendo esta línea, y continuando con la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, concluye que:

“La expresión perito a que se refiere el artículo 1984 del Código Civil hay que entender no en el sentido técnico de persona con título profesional en una determinada materia, sino el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales, lo que indudablemente es de apreciar en quién, como los relacionados compradores-demandados, explotan una empresa para la realización de productos con determinados materiales, pues la normal lógica impone que quien fabrica deba conocer las adecuadas calidades del material a emplear en la fabricación”.

Pues bien, extrapolando esta interpretación jurisprudencial al presente caso, la actividad profesional del *car sharing* que el comprador lleva desempeñando desde que adquirió las participaciones de otras cuatro empresas internacionales en el marco de este negocio, conlleva inexorablemente al conocimiento por parte de Aussie LTD de los productos con los que opera, esto es, con automóviles. Ergo, según hemos explicado, por la condición de perito por razón de su profesión, es evidente que el comprador pudo conocer los vicios, que en ningún caso son ocultos.

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial de Madrid⁴², concluyó en un caso similar que:

“Si bien no cabe calificarle como un perito o experto en coches como el adquirido, no se trata de una persona totalmente ajena a este tipo de vehículos y contrataciones, lo que le permitía estar en condiciones de conocer el alcance de tales deficiencias o de haber solicitado aclaraciones sobre las mismas”.

Además, y como ya hemos podido apreciar, la jurisprudencia avala esta postura, ya que la disposición contenida en el artículo 1484 del Código Civil relativa al saneamiento por vicios ocultos, *“requerirá que los vicios no pudieran ser fácilmente apreciados por el comprador en razón a sus particulares conocimientos o singular notoriedad y anteriores relaciones mantenidas por los contratantes”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1976).

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), de 30 de septiembre de 2014, núm. 438/2014, por el Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez, F.J.4º.

Asimismo, debemos recordar la doctrina científica del Tribunal Supremo que ya hemos anunciado, que volvemos a apreciar en la Sentencia de 17 de octubre de 2005⁴³, entendiendo que para que surja la responsabilidad del vendedor han de concurrir varios requisitos.

Así, no concurre el requisito consistente en que el vicio ha de ser oculto, es decir, no conocido ni fácilmente reconocible por el comprador; teniéndose en cuenta la persona del comprador y eximiendo de responsabilidad al vendedor “*si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos*”.

En definitiva, los vicios sí que pudieron reconocerse, y con mayor facilidad, al ser el comprador un perito por razón de su profesión, mostrando que lo era por las relaciones contractuales mantenidas con cuatro empresas pertenecientes al negocio del *car sharing*. Siendo un negocio que conocía perfectamente, debió solicitar una revisión de toda la flota de vehículos, al ser tan importantes para el comprador y, sin embargo, no lo hizo, demostrando que efectivamente pudo conocer las contingencias.

3.1.3. El comprador fue asesorado por varias empresas de primer nivel en el proceso de *due diligence*, evidenciando que pudo conocer lo vicios que ahora reclama

En tercer y último lugar, debemos señalar un aspecto de gran relevancia para el presente caso, y no es otro que el asesoramiento prestado por empresas de servicios de primer nivel que Aussie LTD contrató, con el fin de asegurar y reforzar el proceso de *due diligence*, permitiendo conocer todos los detalles de Car4u y así poder valorar el negocio y la adquisición del 80% de las participaciones de esta empresa.

En este sentido, el argumento de Aussie LTD que consiste en negar su condición de perito, impidiéndole conocer los vicios de los vehículos, es inútil, pues, en todo caso, el comprador ha sido asesorado por varias empresas, lo que le permitía conocer sin problema alguno aquellas contingencias que ahora reclama. Por tanto, la naturaleza del vicio no puede calificarse de “oculto”, pues no pueden tener esa consideración aquellos que puedan apreciarse fácilmente si el comprador es un perito que por razón de su oficio o profesión debería reconocerlos, aplicando lo mismo para el comprador no perito que se haga acompañar por uno, en este caso, los asesores de Aussie LTD.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2005, núm. 777/2005, RJ 2005\8593, por el Excmo. Sr. Román García Varela, F.J.2º.

De este modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2005⁴⁴, ilustra con detalle esta cuestión, en la que el comprador recibe asesoramiento por parte de técnicos, sin que por tanto pueda considerarse que existen vicios ocultos:

“De la dirección técnica de la demandante formaban parte indudables expertos, varios ingenieros de caminos y arquitectos, en el sector de la construcción, para quienes era fácil conocer que en la realización del trabajo ejecutado por la demandada debían de haberse efectuado numerosos puntos de soldadura que podían ser fácilmente detectables para expertos como ellos”.

Por consiguiente, los asesores, como empresas de servicios primer nivel, y Aussie LTD después de realizar el proceso de *due diligence*, deberían haber localizado aquellos vicios existentes en los vehículos, al ser peritos por razón de su oficio o profesión.

No obstante, en nuestro caso, tras finalizar con el proceso de inspección, el comprador y sus asesores, sí que detectaron algunas contingencias en la empresa, que hicieron que el precio final fuera inferior al que inicialmente Aussie LTD pretendía ofrecer. Esto quiere decir que, la detección de algunas contingencias en Car4u, debería haber sido un motivo adicional para el comprador, para realizar una revisión de la empresa o una nueva inspección, asegurándose de que todos los puntos restantes reuniesen las condiciones necesarias para efectuar la adquisición.

Volviendo a la Sentencia del TS de 29 de junio de 2005:

“El contratista y la dirección de la obra detectaron una serie de anomalías (...). Advertidas la existencia de una serie de anomalías, lógico era que la actora hubiese procedido con una mayor diligencia en busca de otras posibles; y así lo hizo mediante el encargo de dicha tarea a expertos especializados. Las detectadas posteriormente, base de la reclamación de la actora, no puede admitirse que fueran de especial dificultad en su localización; y menos para expertos (...). En el contrato resolutorio de las relaciones interpartes, de sus términos se deducía que la demandante conocía el estado de lo ejecutado; y por ello se tuvo en cuenta para el precio que acordaron que debía de abonar la actora, bastante inferior al inicialmente pactado”.

Por lo tanto, queda demostrado que Aussie LTD pudo conocer los vicios que adolecen los vehículos con anterioridad a la adquisición de las participaciones de Car4u, pues no sólo debió conocerlos por su pericia, sino que también tuvo a su cargo a varios asesores que debieron reconocer las contingencias que ahora reclama. Prueba de ello, es que el Sr. García, fue transparente con el comprador en todo momento,

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2005, núm. 533/2005, RJ 2005\5921, por el Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán, F.J.1º.

colaborando para facilitar su labor de inspección, lo que acredita que siempre ha ignorado los supuestos vicios que adolecían los automóviles y, por si fuera poco, cuando se detectaron las contingencias en el proceso de *due diligence*, no tuvo ningún problema en aceptar esa reducción del precio.

En definitiva, Aussie LTD asumió las contingencias que encontró en la inspección de la empresa, acordando pagar un precio menor, y también asumió los supuestos vicios de los vehículos que debió localizar con facilidad, debiendo concluir que la responsabilidad recae en el comprador por la falta de diligencia en el proceso de *due diligence* realizado.

Por tanto, *“se entiende que no pueden considerarse vicios ocultos, habida cuenta de que la situación reseñada descriptivamente encaja en la previsión legal del último inciso del artículo 1484 del Código Civil, según el cual el vendedor no será responsable por los defectos que no estén a la vista, si el comprador es un perito que por su oficio debía fácilmente reconocerlos”*.⁴⁵

A continuación, pasaremos a exponer los argumentos contrarios que desarrollaría el comprador para defender la exigencia de saneamiento por vicios ocultos al vendedor.

3.2. Argumentos en contra que utilizaría Aussie LTD para defender la exigencia de saneamiento por vicios ocultos al Sr. García como consecuencia de los vehículos averiados

Aussie LTD, para defenderse de los argumentos que expondría el Sr. García, acudiría a las siguientes pretensiones: (3.2.1.) el comprador, a pesar de haber recibido toda la información de la empresa y haber podido acceder a sus instalaciones, no pudo detectar las averías durante el proceso de inspección por una clara omisión del vendedor, que debió informar de estos defectos; (3.2.2.) aunque el vendedor ignorase los vicios ocultos, deberá igualmente responder ante el comprador, en virtud del artículo 1485 del CC; (3.2.3.) el comprador no es un perito experto en la materia y, aunque contase con la ayuda de varias empresas, éstas no tienen tal condición, debiendo desestimarse el argumento desarrollado por el Sr. García.

3.2.1. El comprador no pudo detectar las contingencias por una clara omisión de información por parte del vendedor

En primer lugar, Aussie LTD alegaría que no pudo detectar las averías por falta de información por parte del vendedor. Una omisión en el estado real de los vehículos que desembocó en un engaño, pues el comprador adquirió el 80% de las participaciones del vendedor, sin que éste, a sabiendas de que los

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2005, núm. 533/2005, RJ 2005\5921, por el Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán, F.J.1º.

automóviles adolecían de defectos, cumpliéndose con su obligación de información. Si bien es cierto que el Sr. García, mediante un acuerdo de confidencialidad, entregó a Aussie LTD toda la información de la empresa y le permitió el acceso a sus instalaciones, lo que no indicó fue que los vehículos estaban dañados y que de manera inminente necesitarían repararse.

Esta alegación podría fundamentarse, en que, a los pocos días de la firma del contrato de compraventa, un alto porcentaje de los vehículos presentan averías. Esto quiere decir que, si justo en ese momento, un número tan elevado de automóviles estaban averiados, los defectos estaban presentes con anterioridad a la perfección del contrato. La única conclusión posible sería que el vendedor conocía los defectos, y sabía que las reparaciones de los vehículos debían hacerse muy pronto para que el negocio pudiese seguir por la ruta de la estabilidad financiera. Así, quiso sacar provecho de esta situación, obteniendo un buen precio con la venta del 80% de las participaciones de la empresa, pues la circunstancia de tener tantos coches defectuosos, frenaría de manera ostensible la buena marcha de la actividad de *car sharing*, acusando pérdidas económicas, e incluso pérdida de clientes.

Por consiguiente, el vendedor, en la fase precontractual, entregó al comprador la información de la empresa y el acceso a sus instalaciones, pero es evidente que no informó de un detalle que conocía, esto es, las averías de los vehículos. Esto pone de manifiesto que el vendedor no cumplió con el principio de la buena fe contractual (art. 7.1 CC), pues en ese proceso de revelación de información, omitió esas contingencias que hubiesen tenido un impacto importante en el contrato, impidiendo que el comprador tomase una decisión fundamentada y acorde a sus intereses.

De este modo, la obligación de información recaía en el vendedor, y aunque éste alegase que ignoraba las averías presentes en los vehículos, debió informarse con anterioridad a la firma del contrato de compraventa, pues entregó al comprador, el cual carece de los conocimientos técnicos para detectar los defectos, una flota defectuosa de vehículos. Así, la información que proporcionó el vendedor era incompleta y no se correspondía con la realidad, perjudicando al comprador al recibir muchos automóviles inhábiles para el fin al que estaban destinados.

3.2.2. La ignorancia de los vicios por parte del vendedor no le exime de responsabilidad, debiendo prosperar la acción de saneamiento por vicios ocultos

En segundo lugar, aunque el vendedor ignorase la existencia de las averías presentes en los vehículos, el comprador podría igualmente ejercitar la acción de saneamiento por vicios ocultos, debiendo responder el vendedor.

De este modo, el Sr. García no puede alegar con éxito que ignoraba que las averías estaban presentes en los automóviles, puesto que el artículo 1485 del CC ampara a Aussie LTD, en tanto en cuanto la

ignorancia de dichos defectos por parte del vendedor, no es un impedimento para que éste tenga que responder ante el comprador.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 777/2005, de 17 de octubre, viene a recordar que la ignorancia del vendedor respecto de los vicios ocultos de la cosa vendida, no puede suponer ningún obstáculo para el éxito de la acción ejercitada por parte del perjudicado, en este caso el comprador.

La Audiencia Provincial de Valencia señala esto mismo, concluyendo que el vendedor debe responder, aunque ignorase los defectos presentes en los vehículos:

*“La demandada entregó a la actora un vehículo con características que no se correspondían con la realidad, con defectos que mermaban la utilidad esperada del mismo, no existiendo correspondencia entre el objeto comprado y las características pactadas, y caso de que el vendedor desconociera la existencia de esos defectos, debió cerciorarse de que el vehículo tenía las características que ofreció para su venta y estaba exento de defectos tan graves como los constatados al poco tiempo de su entrega, lo que demuestra que no se cercioró debidamente, estableciendo el art. 1485 del CC que el vendedor debe responder por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida aunque los ignore”.*⁴⁷

Asimismo, en el mismo sentido, se recuerda que lo determinante es que el vicio esté oculto y no que pudiese detectarse, y aunque el vendedor lo ignorase, responde del saneamiento por vicios ocultos:

*“Lo determinante de la responsabilidad del vendedor en orden al saneamiento por vicios ocultos (...) es la objetiva consideración de tales deficiencias como vicio oculto o muy difícilmente cognoscible por parte del comprador, puesto que, como establece el primer párrafo del artículo 1485 del CC, el vendedor responde al comprador del saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase”. De este modo, el criterio determinante de la responsabilidad del vendedor no es la existencia de un vicio ocultado por él, sino oculto, sea o no conocedor de tales vicios el vendedor”.*⁴⁸

Por lo tanto, en el caso del artículo 1485 del CC, párrafo primero, la buena o la mala fe del vendedor no tiene ninguna influencia en la exigibilidad de la obligación de saneamiento. La posibilidad de exigir el saneamiento no depende, por ende, de la culpa ni de la diligencia del vendedor⁴⁹.

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª), de 8 de marzo de 2018, núm. 125/2018, por la Ilma. Sra. Dª. María Mestre Ramos, F.J.4º.

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), de 28 de mayo de 2012, núm. 330/2012, JUR 2012\288742, por el Ilmo. Sr. D. Alejandro María Valiño Arcos, F.J.3º.

⁴⁹ Peña López, F., en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi S.A., 4ª edición, 2013, pág. 1999.

3.2.3. El comprador no es un perito por razón de su profesión

En tercer y último lugar, Aussie LTD alegaría que el vendedor no puede oponerse en virtud del artículo 1484 del CC, pues el comprador no es un perito que por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocer los vicios, ni tampoco lo eran sus asesores. El hecho de que Aussie LTD haya intervenido en el proceso de adquisición de las participaciones de otras empresas internacionales, no tiene por qué significar que sea un perito experto en la materia, o que tenga conocimientos suficientes sobre automóviles, de tal forma que no era su obligación profesional reconocer con facilidad y prontitud las averías presentes en aquellos. Aussie LTD es un gran inversor que realiza numerosas adquisiciones de participaciones de empresas en negocios de diversa índole, por lo que, si bien no desconoce el mundo del *car sharing* y sabe cómo hacer que el negocio funcione y se mantenga rentable, lo que no puede atribuírsele es la condición de perito.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña⁵⁰, concluye que:

“El defecto debe ser calificado de vicio oculto existente en el momento de la entrega de la cosa, sin que fuese manifiesto ni se encontraba a la vista ya que el comprador, y las personas que lo probaron con él, antes de su compra, carecían de los conocimientos técnicos para detectarlos, al menos no consta acreditado lo contrario, presentando la culata y bloque del motor un estado de desgaste muy superior al que le correspondía según el kilometraje que marcaba en el oportuno indicador del vehículo, que claro está, es un dato que se tiene en cuenta por toda persona sin conocimientos de mecánica, que pretende adquirir un vehículo usado, el que fue evidentemente alterado (...)”.

Por lo tanto, el Sr. García no acredita que Aussie LTD ni sus asesores sean peritos por razón de su oficio o profesión, alegando meras hipótesis carentes de fundamentación jurídica, ya que el comprador es un inversor que adquiere participaciones de muchos negocios distintos, entre ellos el de *car sharing*, sin que ello suponga un conocimiento preciso sobre las deficiencias que puede tener un automóvil; y los asesores, son empresas de primer nivel que intervinieron para analizar si el negocio era una buena oportunidad para obtener beneficios, resultando en una buena inversión, pero ni mucho menos se trataban de expertos en la materia.

Además, Aussie LTD realizó un proceso de *due diligence* muy completo, analizando todos los aspectos de la empresa antes de firmar el contrato de compraventa de las participaciones de la misma. De hecho, sus asesores encontraron algunas contingencias que hicieron que la adquisición de las participaciones se cerrase en un precio inferior al que inicialmente se pactó. Dicho lo cual, queda más que acreditado

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª), de 16 de marzo de 2001, núm. 109/2001, por el Ilmo. Sr. D. Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández, F.J.2º.

que el comprador, junto con sus asesores, aplicó una mínima diligencia antes de la adquisición, pues realizó un exhaustivo proceso de inspección, permitiéndole incluso detectar algunos problemas en la empresa, que desembocaron en la reducción del precio, por lo que no se puede negar que el comprador no pudo avistar los defectos que adolecían los vehículos.

De esta forma, el comprador aplicó la diligencia mínima que se le exigía, puesto que efectuó un exhaustivo proceso de *due diligence*, sin que pudiese detectar las averías que el vendedor sí conocía y no reveló, temeroso de que Aussie LTD no adquiriese un elevado porcentaje de las participaciones de Car4u. Así, aunque se considerase a Aussie LTD o a sus asesores como peritos por razón de su oficio o profesión, éstos no pudieron localizar los defectos en los vehículos, incluso aplicando toda la diligencia que le era exigible.

Tal y como ha señalado la Audiencia Provincial de Barcelona⁵¹, el término *Due diligence* hace referencia:

“A un proceso en virtud del cual el adquirente de una empresa realiza, con explícito consentimiento y asistencia del vendedor, una detallada investigación de diferentes áreas del negocio que se quiere adquirir al objeto de conocer con mayor profundidad aquello que se desea adquirir”.

Pues bien, efectivamente hubo consentimiento por parte del vendedor, pues firmó un acuerdo de confidencialidad con Aussie LTD, pero no hubo “asistencia”, ya que los activos principales del negocio tienen unas contingencias enormemente perjudiciales, y ello se debe a que el vendedor no entregó al comprador toda la información que precisaba para evaluar la adquisición del paquete de participaciones.

De este modo, el vendedor no ha cumplido con sus deberes precontractuales, pues ha impedido dolosamente que el comprador conociera los riesgos aparejados a la compraventa de participaciones. No le entregó una información completa, ya que únicamente le proporcionó documentación que no revelaba la existencia de las contingencias.

Además, el vendedor ha incumplido su deber precontractual de información, ya que no se trataba de información pública que el comprador podía conocer con un mínimo de diligencia, ni tampoco se trataba de información sensible y confidencial que pudiese comprometer una relación contractual con un tercero. Por lo tanto, su deber de diligencia debe considerarse infringido, al no proporcionar una información esencial que hubiese incidido de manera notable en la compraventa. El vendedor que no cumple con este deber de diligencia, proporcionando información incompleta, asume el daño sufrido por

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), de 22 de febrero de 2013, núm. 97/2013, AC 2013/1409, por el Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Cremades Morant, F.J.4º, 9).

el comprador, que en este caso tomó una decisión que le perjudicaba, al desconocer los defectos presentes en los vehículos.

3.2.4. Conclusiones

En conclusión, aunque el Sr. García alegue que tanto Aussie LTD como sus asesores son peritos por razón de su oficio o profesión, esto no se corresponde con la realidad, debiendo asumir la responsabilidad el vendedor por haber faltado a su obligación de información. Además, incluso en el caso en el que el vendedor desconociese las averías presentes en los vehículos, estaría igualmente obligado al saneamiento en virtud del artículo 1485, pues la ignorancia de los vicios no le exime de responsabilidad.

Asimismo, podemos concluir que el comprador no solo aplicó una mínima diligencia con anterioridad a la perfección del contrato, sino que realizó un proceso de inspección al detalle, sin que pudiese detectar las averías. Esto se debió a que el Sr. García, o bien no proporcionó toda la información que le era exigible, o bien proporcionó una documentación que no se ajustaba a la realidad o que era del todo errónea, impidiendo de esta forma, que el comprador pudiese valorar adecuadamente las ventajas e inconvenientes de adquirir el paquete de participaciones.

Por las razones expuestas, procedería la acción de saneamiento por vicios ocultos que el comprador está reclamando al Sr. García, al haber obrado éste de una forma poco profesional, omitiendo información enormemente relevante para la toma de decisión de Aussie LTD, respecto de la adquisición de las participaciones de la empresa Car4u.

4. LA INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* POR EL DEUDOR DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO

4.1. La posibilidad de invocar la cláusula *rebus sic stantibus* en el caso que nos ocupa

La cláusula *rebus sic stantibus* (“estando así las cosas”) nace de la construcción doctrinal del Tribunal Supremo, en base a los artículos 7 y 1258 del CC, sin que esté reconocida legalmente, y la jurisprudencia la ha aplicado de forma restrictiva, reconociéndola cautelosamente en ciertos casos, pues se trata de una cláusula que incide de manera sustancial en las relaciones contractuales entre las partes. Se trata de una cláusula que nuestros Tribunales han llegado a reconocer en supuestos excepcionales, y siempre que concurren determinados requisitos fundamentales, por lo que se rechazan aquellas alegaciones infundadas, opacas o abstractas, que no sirvan a las premisas establecidas por el Alto Tribunal.

Pues bien, para que la cláusula *rebus sic stantibus* sea de aplicación, deben concurrir los siguientes requisitos fundamentales, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984⁵²:

- (i) que entre las circunstancias existentes en el momento de cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración extraordinaria;
- (ii) que, como consecuencia de dicha alteración resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas;
- (iii) que ello se haya producido por sobrevenencia de circunstancias realmente imprevisibles; y
- (iv) que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial producido.

Además de las dificultades con las que el Poder Judicial ha tenido que lidiar desde el punto de vista organizativo, no debemos olvidar los imprevistos y repentinos retos jurídicos a los que se han visto sometidos los Tribunales como consecuencia de la crisis sanitaria del Covid-19. En particular, en el ámbito del Derecho Privado, la insuficiencia normativa propia de un sector en el que la autonomía de la voluntad es un principio esencial, ha ocasionado la invocación ante los Juzgados por parte de los contratantes, de un principio excepcional como es la cláusula *rebus sic stantibus*⁵³.

Respecto a la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, nuestros Tribunales se han pronunciado sobre su aplicación principalmente en casos que afectan a arrendamientos de locales comerciales, y a otros supuestos contractuales en los que alguna de las partes se ha visto especialmente afectada por los cambios experimentados. Así, ante una situación crítica como la pandemia provocada por el Covid-19, muchos negocios han resultado enormemente perjudicados, imposibilitando su continuación o su crecimiento debido a las restricciones impuestas por el Gobierno, concretamente por la declaración del “Estado de Alarma”, y comprometiendo y exponiendo a los arrendatarios y deudores a cumplir con sus obligaciones de pago.

Sentado lo anterior, a continuación, analizaremos la posibilidad de invocar la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo, para comprobar si en el caso que nos ocupa, la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* presentada por Car4u podría prosperar.

En línea con lo anterior, y tal y como explicaremos a continuación, las circunstancias que posibilitan la invocación de esta cláusula son: (4.1.1.) la pandemia del Covid-19 y sus restricciones, arrastran una inestabilidad económica-financiera y la imposibilidad de la continuación de los servicios de Car4u, por

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984, RJ\1984\3438, por el Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno.

⁵³ Rivero, M., Tilve, C. *Un año de pandemia: la respuesta de los tribunales en materia de contratación privada*. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 971/2021. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021.

lo que se podrían estimar las medidas cautelares *inaudita parte*; (4.1.2.) se cumplen los requisitos jurisprudenciales de la regla *rebus sic stantibus*; (4.1.3.) se ha reconocido la suspensión de los pagos del contrato de financiación en un caso similar, concurriendo los requisitos de la cláusula *rebus sic stantibus*.

4.1.1. La inestabilidad económica-financiera provocada por el Covid-19 y la paralización de los servicios de Car4u, justifican la aplicación de la cláusula y la adopción *inaudita parte* de medidas cautelares

En primer lugar, la preocupante situación sanitaria provocada por el Covid-19, provocó de manera inminente la declaración por parte del Gobierno de la Nación, del Estado de Alarma, siendo obligatorio el confinamiento domiciliario, ocasionando la paralización de muchos negocios, tales como los de *car sharing*. Así, la actividad profesional de Car4u, que está indudablemente ligada a la circulación, se ha visto claramente perjudicada por la imposibilidad de los ciudadanos de utilizar el servicio ofrecido por dicha empresa.

Como sabemos, la paralización de la actividad de Car4u, tuvo como consecuencia la disminución en la liquidez de la empresa, por lo que Car4u no puede atender a los pagos debidos en el préstamo bancario que obtuvo para invertir en la compra de nuevos vehículos. Circunstancia que, a priori, debería ser suficiente para invocar la *cláusula rebus sic stantibus*, puesto que la preocupante situación sanitaria provocada por el Covid-19, fue del todo imprevisible, afectando de manera manifiesta a la actividad de Car4u y al contrato de financiación que mantenía con el banco.

De este modo, las obligaciones que Car4u debía cumplir respecto al préstamo bancario, eran el pago mensual de los intereses y el repago de las cuotas del principal dos veces al año (en junio y en diciembre). Ergo, se trata de un contrato de financiación de ejecución diferida en el tiempo, en el que Car4u se comprometía a realizar dichos pagos, si bien debemos tener en cuenta que la liquidez con la que la empresa contaba para hacer frente a sus obligaciones financieras, se ve severamente afectada por la situación de crisis sanitaria. Así, se produce la paralización de la actividad profesional de la empresa, cuya rentabilidad y capacidad económica siguen una evolución muy negativa, hasta el punto de no poder seguir pagando momentáneamente, razón que justifica la invocación de la *cláusula rebus sic stantibus*.

Por otra parte, antes de entrar a la valoración de la aplicación de la cláusula, expondremos brevemente los requisitos que tendrían que darse para que el Juzgado estimase la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*.

De conformidad con el artículo 733.2 LEC, para que la medida cautelar *inaudita parte* pudiese prosperar, el solicitante tendría que acreditar que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, debiendo existir un riesgo objetivo, real e inminente

Así, Car4u alegaría que la crisis sanitaria producida por el Covid-19 ha sido tan perjudicial para la empresa, que no ha tenido más remedio que solicitar, mediante la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, esta medida, con carácter previo a la interposición de la demanda, en la que solicitaría la suspensión temporal de los intereses devengados y las cuotas de principal. Esta posibilidad está prevista en el artículo 730.2 LEC, que establece que “*podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad*”.

Se solicita una medida cautelar sin audiencia del demandado, ya que, de solicitarse una medida cautelar con previa audiencia, sería obligatoria la notificación a la contraparte, lo que supondría un retraso en la adopción y, durante ese tiempo, la entidad bancaria podría ejecutar el préstamo ante los impagos de Car4u y embargar sus bienes, exponiendo y comprometiendo la actividad de la empresa.

Por tanto, si se solicita la medida *inaudita parte*, el tribunal podría acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, suspendiendo la obligación financiera que la empresa no puede cumplir a causa de la pandemia.

De este modo, los requisitos necesarios que tendrían que concurrir para que pudiera acordarse la medida cautelar, serían la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), el *periculum in mora* y la prestación de caución suficiente.

Respecto a la apariencia de buen derecho, Car4u argumentaría la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones de pago, invocando la cláusula *rebus sic stantibus*, presentando aquellos datos, argumentos y justificaciones documentales que condujesen a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, de acuerdo con el artículo 728.2 LEC. Car4u alegaría la falta de liquidez de la empresa, la situación laboral en la misma, y la reducción de los resultados, provocado por la pandemia, que fue la causante de la paralización de su actividad.

El peligro por la mora procesal o *periculum in mora*, consiste en alegar que “*podrían producirse durante la pendencia del proceso, en caso de no adoptarse la medida, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*” (artículo 728.1 LEC). Para cumplir este requisito, Car4u justificaría que, salvo que se acuerde la medida cautelar solicitada, se materializarían los perjuicios de imposible reparación, pues el pago de los intereses devengados y de las cuotas de principal, debilitaría todavía más a la empresa, tanto desde el punto de vista económico como reputacional. La entidad bancaria ejecutaría el préstamo, embargando bienes de la empresa, y poniendo en riesgo el futuro de su actividad.

Por último, la prestación de caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado (artículo 728.3 LEC).

4.1.2. Los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la *rebus sic stantibus* se cumplen en el presente caso

En segundo lugar, en el caso que nos ocupa, se cumplen los requisitos jurisprudenciales de la regla, interpretados al mismo tiempo por la doctrina, por lo que la invocación de la misma debe ser estimada, lo que llevaría a la adopción de la medida cautelar. El Tribunal Supremo ha analizado el régimen de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, tanto en lo que se refiere a su caracterización general, como a sus presupuestos y requisitos de aplicación, señalando los criterios que deben tenerse en cuenta.

i. Preexistencia de un contrato bilateral

El primer requisito, hace referencia a la preexistencia de un contrato bilateral. La doctrina también añade que debe tratarse de un contrato que genere al menos una obligación pecuniaria, pues “*son éstas las obligaciones cuyo objeto y cuyo cumplimiento experimentan, con mayor intensidad, las consecuencias de eventos externos imprevisibles*”⁵⁴. Tal y como hemos expresado, las obligaciones de pago que Car4u tenía que cumplir, se han visto afectadas por una pandemia mundial que nadie se esperaba. Como dice GARCÍA-PITA Y LASTRES, debemos ser cuidadosos con la exigencia de bilateralidad, y considera que los contratos unilaterales pueden beneficiarse de la regla *rebus sic stantibus*, ya que “*las consecuencias negativas o perjudiciales para el contratante disponente de un evento imprevisible, pueden volverse extraordinariamente graves*”.

De esta forma, aunque el contrato de préstamo sea unilateral, al generar únicamente obligaciones para el prestatario y no para el prestamista, los efectos sumamente graves a nivel económico que ha dejado la crisis sanitaria, permitiría la aplicación de la regla. Además, el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, deja entrever que la pandemia ha influido sobre los contratos de préstamo hipotecario, que consideramos que son extrapolables a los contratos de préstamo bancario, ya que también existen obligaciones periódicas, como las obligaciones de abono de intereses, previéndose medidas suspensivas de las obligaciones del prestatario, cuando atraviere una situación económica delicada provocada por la pandemia.

ii. Contrato de tracto sucesivo

El segundo requisito, consiste en que se trate de un contrato de tracto sucesivo. En el presente caso, si bien el contrato de préstamo no tiene tal condición, sí que puede considerarse como un contrato de tracto único con ejecución diferida, esto es, un contrato donde la prestación (en este caso, el pago de intereses devengados y cuota de principal) debe cumplirse con posterioridad a la firma del contrato, quedando

⁵⁴ García-Pita y Lastres, J.L., *Contratos y Covid. El principio Pacta Sunt Servanda y la Regla Rebus Sic Stantibus.*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2021, pág. 407.

aplazado su cumplimiento, pudiendo acontecer situaciones imprevisibles que afecten a las obligaciones del prestatario.

Como ha concluido la doctrina, concretamente ORDUÑA MORENO, la cláusula es aplicable a los contratos de tracto único con cumplimiento diferido y sin enfoque de excepcionalidad. “*En definitiva, esa aplicación normalizada y extensiva de la cláusula favorece la propia conservación del contrato y, con él, la actividad económica trezada al mismo*”⁵⁵.

La jurisprudencia ha previsto que la cláusula *rebus sic stantibus* pueda resultar de aplicación a contratos de tracto único, siendo necesario que su cumplimiento se haya diferido a un momento futuro. “*El motivo es la necesidad de que exista una distancia temporal para el cambio de circunstancias que, no previstas al inicio, alteran el escenario de cumplimiento*”⁵⁶. Por ende, al tiempo de perfeccionarse el contrato de préstamo bancario, no pudo preverse la crisis sanitaria del Covid-19, para el tiempo en el que Car4u debía cumplir con sus obligaciones.

Así, la STS de 1 de marzo de 2007, concluye que la aplicación de la cláusula:

“Se refiere fundamentalmente a las relaciones de tracto sucesivo, aunque alguna sentencia no la descarta en las de tracto único pero de ejecución diferida, pero siempre predicando la necesidad de gran cautela y de atención a casos excepcionales (...)”.

En el presente caso, de manera incuestionable, apreciamos que no nos hallamos ante una crisis como la de 2008, sino que lo que se ha producido es un acontecimiento inverosímil, que nadie pudo prever y que arrastra unas consecuencias económicas y sociales muy graves. Por tanto, se produjo una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato, imposibilitando así el cumplimiento de las obligaciones financieras de Car4u. Estas circunstancias tan extremas, justifican que la cláusula *rebus sic stantibus* sea de aplicación, aunque se trate de un contrato de tracto único de ejecución diferida y no de tracto sucesivo.

iii. Acontecimiento sobrevenido y de gravedad

El tercer y cuarto requisito también se cumplen, ya que debe producirse un acontecimiento sobrevenido, que resulte ajeno a la voluntad de las partes, y que se produzca un acontecimiento de gravedad,

⁵⁵ Alonso Puig, J.M^a., Izaguirre Gómez, S., y Perales Viscasillas, P (Dir.), Elías de Tejada Casanova, J.M^a., y López Martínez-Acacio, P (Coord.), en *LA REBUS SIC STANTIBUS EN TIEMPOS DE PANDEMIA. Análisis general e impacto por sectores económicos.*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2021, pág. 31.

⁵⁶ García Caracuel, M., Izaguirre Gómez, S., y Perales Viscasillas, P (Dir.), Elías de Tejada Casanova, J.M^a., y López Martínez-Acacio, P (Coord.), op.cit., pág. 64.

respectivamente. No hay duda de que la pandemia ha sido y sigue siendo una situación muy preocupante y que ha ocasionado efectos muy negativos.

En las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013 y 12 de julio de 2015, se concluye lo siguiente:

*“La necesaria adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como el desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, determinan que en la actualidad deba partirse de la tendencia favorable hacia la aplicación normalizada de esta figura, en cuanto la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”.*⁵⁷

De esta forma, la situación de crisis económica provocada por el Covid-19, fue completamente repentina e imprevisible, sin que Car4u pudiese reaccionar ante la paralización de su actividad comercial, puesto que las restricciones del Estado de Alarma supusieron el confinamiento domiciliario, prohibiendo a los ciudadanos el desplazamiento. Teniendo en cuenta que la actividad profesional de Car4u se basa en el uso de sus vehículos por parte de los ciudadanos, cuya libertad de circulación fue prohibida, podríamos calificar esta situación como un grave trastorno o mutación de las circunstancias, tal y como establecen las sentencias mencionadas, toda vez que Car4u no tuvo tiempo material de reacción, viendo como su negocio se bloqueaba por completo, dejando de percibir ingresos y, por tanto, siendo incapaz de lidiar con sus obligaciones de pago de intereses y cuotas relativas al contrato de préstamo bancario.

Además, *“si bien deben superarse los criterios restrictivos con que se analizaba dicha figura en la anterior jurisprudencia, dado el carácter peligroso y cauteloso que comporta la misma, (STS de 23 de abril de 1991), ello no permite prescindir, de las concretas circunstancias de cada caso”* (STS de 15 de octubre de 2014).

Como ya hemos anunciado, las extremas circunstancias provocadas por el Covid-19, que en este caso concreto son incluso más desfavorecedoras al perjudicar notablemente la actividad profesional de Car4u, son suficientemente razonables como para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. No nos hallamos ante una situación de crisis económica normal, que pudo preverse por Car4u con antelación, incluso pudiendo adaptar sus servicios o condiciones financieras, sino todo lo contrario, pues nos encontramos ante una situación impredecible, que de ninguna manera permitió a la empresa adaptarse a los grandes cambios.

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de octubre de 2015, núm. 372/2015, por el Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez, JUR 2015\279177, F.J.3º.

iv. La excesiva onerosidad

Asimismo, se exige, como quinto requisito, que ese acontecimiento determine un agravamiento de la dificultad de efectuar la prestación de una de las partes. La STS de 17 de enero de 2013, mencionada anteriormente, exige que “*la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin de contrato*”.

Además, como señala el Auto del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2015:

“No basta con invocar genéricamente su aplicación, sino que es preciso aportar una justificación concreta de los presupuestos que se enuncian y determinan su aplicación al caso concreto, lo que requiere acreditar, en qué se traduce la mayor onerosidad del contrato, por la alteración extraordinaria de las circunstancias con motivo de la crisis económica.”

Pues bien, la falta de liquidez de la empresa como consecuencia de la paralización total y decisiva de su actividad, supone que no pueda alcanzar los pagos mensuales de los intereses del contrato de préstamo, así como los repagos de las cuotas de principal. Justificación que sirve para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, pues se podría acreditar por parte de Car4u la evolución que siguió la empresa a raíz de la declaración del Estado de Alarma y de las restricciones que paralizaron su actividad, la relación directa de causa-efecto que produjo esta situación, respecto a la ausencia de generación de rentabilidad y falta de liquidez para atender a las obligaciones de pago del préstamo bancario. Estos efectos negativos sufridos por Car4u, supone precisamente esa mayor onerosidad del contrato, existiendo una total desproporción inusitada entre las prestaciones de las partes.

Por consiguiente, si bien la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* tiene una naturaleza restrictiva, existen argumentos que Car4u podría utilizar para sostener que estos presupuestos se cumplen, debiendo estimar la aplicación de la misma.

A continuación, debemos traer a colación un caso muy parecido, en el que se acordó la medida cautelar inaudita parte, aplicando la regla *rebus sic stantibus*.

4.1.3. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un caso análogo

En tercer lugar y último lugar, resulta especialmente ilustrativo, respecto al caso que nos ocupa, el Auto de 30 de abril de 2020, del Juzgado de Primera Instancia de Madrid⁵⁸, en virtud del cual se adoptaron

⁵⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 30 de abril de 2021, núm. 155/2020, por el Ilmo. Sr. D. Jesús Antonio Broto Cartagena, JUR\2020\148261, F.J.30°).

medidas cautelarísimas consistentes en la suspensión temporal de ciertas obligaciones de la parte deudora en un contrato de financiación (el pago de los vencimientos de principal e intereses previstos o el cumplimiento de los ratios financieros) y la prohibición de la parte acreedora de proceder a la resolución del contrato de financiación, dar por vencido el préstamo y exigir su reembolso.

En este caso, se solicita la suspensión de los vencimientos de principal e intereses previstos para dos fechas determinadas, y la suspensión de la obligación de cumplimiento de los ratios financieros, al igual que en el caso de Car4u:

“La parte actora firmó unos compromisos de mantener unos determinados ratios teniendo en cuenta un plan de viabilidad. Plan que partía de una situación que podríamos calificar normal o estándar. La situación actual supone una alteración grave que afecta de manera importante a la capacidad de la parte de poder realizar un estricto cumplimiento de los ratios pactados.”

Por lo tanto, la situación de crisis sanitaria provocada por el Covid-19, es justificación suficiente para aplicar la cláusula, teniendo en cuenta, además, que ciertas actividades como la de Car4u se han visto especialmente afectadas, impidiendo una necesaria generación de ingresos para cumplir paralelamente sus obligaciones financieras. Debiendo señalar también, que la mayoría de sus empleados han sido incluidos en los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) y los resultados económicos de la empresa han disminuido ostensiblemente. De este modo, el auto concluye que:

“En este caso es claro que, de manera indiciaria y sin prejuzgar el fondo del asunto se dan todos los requisitos para aplicar la citada regla. Es notorio que la crisis derivada de la actual pandemia no era previsible. También que se trata de una situación que ha afectado de manera intensa la situación económica de la parte actora”.

Por consiguiente, interpretando el contrato de préstamo entre Car4u y el banco, podemos deducir que el pago mensual de los intereses y el repago de la cuota de principal dos veces al año, atendía a un plan organizado y viable fijado entre el banco y la empresa, pues su solvencia no fue discutida por la entidad financiera, que no tenía previsto una situación tan excepcional que pudiese comprometer esta relación contractual. Así, el auto que resuelve favorablemente este parecido caso, acogiendo las mismas pretensiones que solicita Car4u, concluye que:

“Si examinamos el contrato y el plan de viabilidad podemos concluir que el escenario contemplado era uno comprendido dentro de los estándares habituales y no en una situación de pandemia que está afectando, entre otros aspectos, a la economía mundial. Que estamos ante una situación excepcional lo reflejan las distintas normas que ha venido dictando el gobierno de la nación al amparo del Estado de Alarma.”

4.1.4. Conclusiones

En conclusión, aunque la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* sea muy restrictiva y de carácter excepcional, los argumentos que esgrimiría Car4u podrían sostener que concurren en su integridad los requisitos que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha establecido, y que se produjo una alteración ciertamente sobrevenida, impidiendo que la empresa pudiese cumplir con sus obligaciones de pago.

La crisis sanitaria provocada por el Covid-19, ha provocado que Car4u tuviese que paralizar su actividad como consecuencia del confinamiento domiciliario, empeorando su situación económica hasta el punto de no tener la liquidez con la que contaba para hacer frente a sus obligaciones financieras, y viéndose obligada a incluir a la mayoría de sus empleados en ERTE.

Todas estas circunstancias, son suficientemente justificativas como para poder apreciar un aumento de la excesiva onerosidad de la prestataria

Como hemos expuesto, la pandemia ha influido notablemente sobre los contratos de préstamo, previéndose, en un caso muy similar, medidas suspensivas de las obligaciones del prestatario, eximiéndole temporalmente del pago de intereses y de la cuota principal, habiéndose aplicado la regla *rebus sic stantibus*.

A continuación, pasaremos a analizar los argumentos contrarios a la posibilidad de invocar la cláusula *rebus sic stantibus* en el caso que nos ocupa.

4.2. La imposibilidad de invocar la cláusula *rebus sic stantibus* en el caso que nos ocupa

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, existen argumentos contrarios a las pretensiones que Car4u pretende hacer valer, los cuales podrían serían determinantes para decidir sobre la inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* al presente caso.

La doctrina revela que, si bien en los momentos iniciales de la crisis sanitaria del Covid-19 los Tribunales seguían una tendencia positiva a la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* en base a la aplicación de la *rebus sic stantibus*, transcurrido este periodo, esta tendencia se ha visto moderada. “Así, por ejemplo, no son pocas las ocasiones en las que la oposición formulada frente a las medidas cautelares por la parte demandada ha conducido a los juzgados a reconsiderar su posición y proceder al alzamiento de las medidas cautelarísimas adoptadas en una etapa temprana de la pandemia”⁵⁹.

⁵⁹ Rivero, M., Tilve, C. *Un año de pandemia: la respuesta de los tribunales en materia de contratación privada*. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 971/2021. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021.

Siguiendo esta línea y, como veremos, los principales argumentos que pueden conllevar a la inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* respecto al contrato de préstamo, son: (4.2.1.) el principio *pacta sunt servanda* debe quedar inalterado, y la aplicación de la cláusula es aún más excepcional en contratos que no sean de larga duración; (4.2.2.) Car4u debe hacer frente a sus obligaciones con el banco, pues asumió el riesgo de la actividad empresarial y no puede justificar la aplicación de la cláusula en la crisis económica derivada de la pandemia; y (4.2.3.) aunque nos hallamos ante una situación de crisis sanitaria, la cláusula *rebus sic stantibus* no sería de aplicación pues dicha situación no frustra la terminación ni afecta a la onerosidad del contrato de préstamo.

4.2.1. El principio *pacta sunt servanda* no puede alterarse en el presente caso. La acusada excepcionalidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en contratos de corta duración

- i. El principio *pacta sunt servanda*: su inalteración en el caso que nos ocupa

*En primer lugar, conforme al principio *pacta sunt servanda*, el contrato obliga a los contratantes y debe ser cumplido en su integridad. El artículo 1091 del CC, establece que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.*

De este modo, los contratos deben cumplirse pues, como bien señala GARCÍA-PITA LASTRES, “los mismos poseen, por sí mismos, una eficacia vinculante análoga a la de una ley, solo que privada y paccionada”.⁶³ Así, la prestataria quedaba obligada a cumplir con sus obligaciones derivadas del contrato de préstamo que firmó con la entidad bancaria, debiendo abonar los intereses mensuales devengados y el pago de las cuotas de principal en los meses que se fijaron.

Este principio, según la doctrina, tiene, por un lado, una vertiente positiva, consistente en que las partes contratantes se obligan a todo aquello expresamente pactado, así como a cualesquiera otras consecuencias derivadas de las fuentes de interpretación e integración previstas por el ordenamiento (art. 1258 CC). Por otro lado, la vertiente negativa hace referencia a la irrelevancia de cualquier otro elemento o circunstancia que no se haya contemplado o no haya sido deducible mediante una interpretación del contrato, tal como podemos deducir del art. 1283 CC. “Irrelevancia ora porque no se puede exigir aquello sobre lo que no se convino, ora bien porque aquello sobre lo que no se convino no puede impedir que se haya de cumplir lo efectivamente pactado; no puede ser alegado para justificar que no se haya de cumplir, aquello sobre lo que sí recayó voluntad común conforme”.⁶⁴

⁶³ García-Pita y Lastres, J.L., *op.cit.* pág. 48.

⁶⁴ García-Pita y Lastres, J.L., *op.cit.* pág. 52.

En este sentido, la prestataria no puede tratar de excusarse de sus obligaciones financieras dimanantes del contrato de préstamo que firmó con el banco, pues el mismo fue celebrado de común acuerdo, fijándose la exigencia del repago de las cuotas principales y del pago de los intereses devengados. Así, aunque la cláusula *rebus sic stantibus* sea una excepción al principio *pacta sunt servanda*, éste no puede alterarse cuando no se justifique de manera fehaciente que, en este caso, la prestataria no puede hacer frente a sus obligaciones como consecuencia de una serie de factores provocados por la crisis sanitaria. La firmeza del principio *pacta sunt servanda*, obliga a las partes a regirse por el contrato, sin que puedan modificarse libremente por uno de los contratantes (art. 1256 CC), debiendo examinar de cerca los motivos por los que supuestamente no puede cumplir con los términos inicialmente pactados, tal y como expondremos a continuación.

La SAP de Asturias nº 85/2019, de 5 de marzo, recuerda la naturaleza de este principio:

“Es evidente que, conforme al principio de pacta sunt servanda, los pactos de un contrato producen fuerza obligatoria entre las partes”.

En el mismo sentido, la SAP de Sevilla, nº 201/2019, de 13 de marzo, concluye que:

“De conformidad con lo preceptuado en los artículos 1091, 1255 y 1258 del Código Civil, han de respetarse los compromisos alcanzados, obligación que se sintetiza en el aforismo pacta sunt servanda, que expresa que son inalterables los contratos una vez perfeccionados”.

ii. La excepcionalidad y el carácter restrictivo de la cláusula *rebus sic stantibus*

Además, debemos señalar que la jurisprudencia ha establecido una excepcionalidad y un carácter restrictivo en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, por la carga que conlleva de poder alterar, modificar o revisar los pactos o acuerdos *inter partes*, afectando al principio de conservación de los contratos (*pacta sunt servanda*).

Por consiguiente, si bien la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* puede ser una excepción al principio *pacta sunt servanda*, permitiendo a la prestataria suspender sus obligaciones dimanantes del contrato de préstamo bancario, deben observarse con detenimiento si se cumplen efectivamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para aplicar la cláusula, así como las circunstancias del presente caso, pues, como veremos, existen argumentos contrarios a las pretensiones de Car4u, de modo que debería cumplir con lo estipulado en el contrato, dejando inalterado el principio *pacta sunt servanda*.

Siguiendo esta línea, la aplicación de la cláusula es muy excepcional en contratos que no sean de larga duración. Esta afirmación ya la podemos apreciar en la STS de 23 de abril de 1991, en la que el Alto Tribunal declara lo siguiente:

“No nos encontramos ante un contrato de tracto único (...), contratos éstos que en que la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo”.

Es decir, si partimos de que en los contratos de tracto sucesivo la aplicación de esta cláusula es excepcional y se deben cumplir adecuadamente los requisitos establecidos por la jurisprudencia, en los contratos de tracto único, resulta todavía más difícil su aplicación, viéndose rechazada por los Tribunales, que se muestran reacios a la modificación del contrato.

En este sentido, podemos citar también la STS de 22 de abril de 2004, en la que, de nuevo, se rechaza la aplicación de esta cláusula:

“Dado el carácter de tracto único del contrato y la mayor excepcionalidad en la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en esta clase de contratos que impone la jurisprudencia, esta Sala disiente de la aplicación al caso de la cláusula”.

En el presente caso, aunque el contrato de préstamo pudiera llegar a considerarse de ejecución diferida, no tiene una duración tal, que pueda suponer una alteración imprevisible y que haga que el deudor se vea en una situación tan comprometida como para no poder hacer frente a sus obligaciones de pago. Por ende, tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su reciente STS de 6 de marzo de 2020, *“el cambio de circunstancias eximente es mucho más probable en un contrato de larga duración y de tracto sucesivo, que en uno de tracto único cuya ejecución no ha sido muy diferida en el tiempo”*⁶⁵.

La ejecución diferida del contrato de préstamo no es de larga duración, de modo que debemos tener en cuenta el riesgo de que aconteciera una circunstancia extraordinaria, que el deudor asumió de manera implícita o debió asumirlo, en virtud de las características y/o naturaleza del contrato (STS 5/2019, de 9 de enero), ya que está obligado a devolver el capital pactado y los intereses devengados en los plazos señalados. Así, no puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (SSTS 333/2014, de 30 junio; 64/2015, de 24 febrero y 447/2017, de 20 julio, entre otras).

Por consiguiente, debemos concluir que ha de ser un contrato de tracto sucesivo, de modo que, cuanto mayor sea su prolongación en el tiempo, mayor exposición al riesgo y a la imprevisibilidad habrá y, por ende, a los hechos que pueden generar el desequilibrio. No se cumpliría en este sentido este requisito, y no resultaría de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que incluso en el supuesto de que se

⁶⁵ Castiñera Jerez, J., en Alonso Puig, J.M^a., Izaguirre Gómez, S., y Perales Viscasillas, P (Dir.), Elías de Tejada Casanova, J.M^a., y López Martínez-Acacio, P (Coord.), *op.cit.*, pág. 270.

considerase que el contrato es de tracto único con ejecución diferida, ésta no consiste, en el caso que nos ocupa, en una extensión en el tiempo suficiente como para estimar la procedencia de la suspensión del pago de la cuota de principal y los intereses devengados, siendo especialmente excepcional al poseer el contrato dicha naturaleza.

4.2.2. El riesgo empresarial de la actividad asumido por Car4u. No puede basarse la solicitud de aplicación de la cláusula en la crisis económica derivada de la crisis sanitaria

En segundo lugar, aunque no sea discutible que la pandemia haya sido un acontecimiento imprevisible e inesperado, lo que sí es objeto de controversia en el presente caso, es la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato de préstamo, cuando la situación económica de la parte que solicita la suspensión del mismo no sea desfavorable y pueda seguir cumpliendo con sus obligaciones de pago. Este sería el principal argumento contrario a las pretensiones de Car4u, ya que se podría argumentar que, por mucho que la crisis sanitaria haya supuesto una gran incertidumbre y haya afectado a la actividad profesional de la empresa, aquella no puede sustentar la solicitud de suspensión del contrato de préstamo, obviando sus compromisos financieros durante un año, mediante la aplicación de la *rebus sic stantibus*, cuando la economía del interesado sea positiva y cuando es éste el que asume el riesgo del rendimiento empresarial.

Además, en el año 2020, la empresa del Sr. García era la número uno en el negocio del *car sharing* en España, prestando sus servicios en las grandes ciudades, por lo que el crecimiento y la situación económica-financiera arrojaban datos muy positivos. La situación económica del deudor del contrato de préstamo en el momento de la perfección de aquel era muy positiva, debiendo analizar en qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia respecto a este punto en concreto.

De este modo, debemos tener en consideración el pronunciamiento del Pleno del Tribunal Supremo⁶⁶, respecto a la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica, que es extrapolable al caso que no ocupa. El Alto Tribunal considera que no puede fundarse esta posible aplicación:

“En el solo hecho de la crisis económica y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como (...) la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 17 enero de 2013, núm. 820/2013, RJ 2013/1819, por el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, F.J.3º.

imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general (...)”.

Por consiguiente, no se puede sostener la solicitud de suspensión del contrato de préstamo únicamente en base a la pandemia del Covid-19, sino que para que pueda tener cabida la regla *rebus sic stantibus*, la situación económica de Car4u cuando: (i) firmó el contrato de préstamo con el banco; y (ii) cuando tuviese que hacer frente al pago de los intereses devengados y las cuotas de principal.

Tal y como hemos comentado, por un lado, la situación económica-financiera de Car4u al tiempo de la perfección del contrato era enormemente positiva, al ser una empresa de gran renombre y referencia en la actividad del *car sharing*, acaparando el primer puesto en este negocio.

Además de no quedar acreditada la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones financieras con el banco por parte de Car4u, en su condición de prestataria, tampoco se puede sustentar la aplicación de la cláusula por el mero hecho de que la crisis sanitaria haya ocasionado una crisis económica, y más cuando no se justifiquen debidamente los requisitos jurisprudenciales de la regla *rebus sic stantibus*. Utilizar este argumento puede suponer un desequilibrio desproporcionado con el banco, pues se espera que el prestatario cumpla con sus obligaciones de pago, máxime cuando su situación económica se lo permite.

Así, “*que la regla pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible (...), no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas y (...), se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento*”⁶⁷.

Siguiendo esta línea, debemos destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de febrero de 2021⁶⁸, en el que se pone de manifiesto que la reciente STS 19/2019 de 15 de enero concluyó que, aunque en algunas sentencias anteriores se aplicó ampliamente la cláusula, posteriormente, el Tribunal Supremo “*ha descartado su aplicación cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato*”.

La prestataria, en este caso la empresa Car4u, asume siempre la obligación de devolver la cantidad recibida y de abonar los intereses en la forma y plazos pactados en el contrato. Tratándose de un contrato de tracto único, no puede ser de aplicación la cláusula, toda vez que Car4u asumió esta obligación, y sin que pueda alegar que como consecuencia de la situación económica, no puede devolver las cantidades

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), de 14 de noviembre de 2013, JUR 2014\62319, por el Ilmo. Sr. D. Pablo Quecedo Aracil, F.J.2º.

⁶⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de febrero de 2021, núm. 43/2021.

pactadas, y máxime cuando su capacidad económica al perfeccionarse el contrato, era óptima, y sin que pueda admitirse la precariedad de su situación en los momentos en que se decretó el Estado de Alarma.

De esta forma, dicho Auto continúa citando SSTS en las que se desestima la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al no poder aplicar dicha cláusula de manera generalizada por una situación de crisis económica. La STS 724/2014, de 11 diciembre, declaró “*que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales que no puede considerarse imprevisible o inevitable*”; o bien la STS 237/2015, de 30 abril, afirmó que “*aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla a favor del comprador afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas del comprador*”.

En definitiva, no puede basarse la prestataria, para fundamentar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en la crisis económica provocada por la pandemia, pues asumió el riesgo empresarial derivado de su negocio de *car sharing*, debiendo hacer frente a sus obligaciones financieras con el banco. En caso de que se aplicase la cláusula en este supuesto, se estaría perjudicando injustamente a la entidad bancaria, propiciando un incumplimiento de la prestataria que no encuentra fundamentación alguna.

La situación económica de la empresa era óptima en el momento de la perfección del contrato de préstamo, debiendo recaer en la prestataria la carga de probar (art. 217.2 LEC) su deficiente capacidad para hacer frente a los pagos, como consecuencia de la crisis sanitaria. No obstante, una eventual acreditación de esta circunstancia no sería determinante para suspender sus obligaciones financieras, ya que asumió implícitamente o debió asumir, en cualquier caso, el riesgo empresarial de la actividad al tiempo de contraer dichas obligaciones con el banco.

4.2.3. La pandemia no frustra la terminación ni afecta a la onerosidad del contrato de préstamo.

En tercer y último lugar, debemos señalar que la entidad bancaria podría oponerse a la suspensión, alegando que la situación de pandemia no frustra ni afecta a la onerosidad de los contratos de préstamo, esto es, el Covid-19 no ha tenido un efecto directo en la capacidad de devolución del deudor. Así, en el contrato de préstamo, la onerosidad de las prestaciones de las partes no se ve afectada de manera directa por la pandemia, sino que esta situación ha afectado indirectamente.

Por lo tanto, la entidad bancaria alegaría que, en el contrato de préstamo, la obligación que debe cumplir el prestatario es la de devolver las cantidades entregadas con los intereses que se han ido devengando, sin que pueda alegarse por el deudor que como consecuencia de la pandemia no puede devolver las cantidades en los plazos estipulados, ya que aquella situación no afecta a la obligación *per se*.

En este sentido, debemos volver a incidir en la STS nº 820/2013, de 17 de enero, donde el Tribunal no valora la frustración del fin del contrato ni el cambio de onerosidad de las prestaciones. Declara el Alto Tribunal, tal y como hemos visto anteriormente, que no es posible aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* en el solo hecho de la crisis económica y las consiguientes dificultades de financiación, así como un conjunto de factores, en el que destacábamos la situación económica de Car4u al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio.

Este último punto, esto es, la situación económica de la empresa prestataria en el momento de realización de los pagos correspondientes, debe probarse, recayendo en Car4u la carga de probar la precariedad de su capacidad económica (art. 217.2 LEC). No obstante, incluso si la prestataria pudiese llegar a acreditar este extremo, igualmente, no resultaría aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, toda vez que asumió implícitamente el riesgo empresarial de la actividad, debiendo cumplir firmemente con sus obligaciones de pago ante la entidad bancaria.

Asimismo, la STS de 18 de julio de 2019⁶⁹, se inclina, como hace la anterior Sentencia, por la valoración objetiva de las prestaciones de las partes, “*con independencia de los avatares de la actividad empresarial del prestatario y de la causa de la alteración sobrevenida de las circunstancias de la misma, pues el riesgo de la actividad empresarial incumbe a quien la desarrolla*”⁷⁰.

De este modo, esta Sentencia rechaza la aplicación de la cláusula, ya que en las relaciones con quien financia, el riesgo de la actividad empresarial incumbe a quien la desarrolla pues los compromisos financieros asumidos por la empresa no se hacían depender ni se vinculaban a los rendimientos empresariales, riesgo que asumió, como en el caso que no ocupa, la prestataria.

De esta forma, en relación con la excesiva onerosidad, es menester destacar que su incidencia en el caso que nos ocupa no es relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. En el contrato de préstamo celebrado entre la empresa Car4u y la entidad bancaria, no cabría determinar una frustración de la finalidad económica del contrato, es decir, en cuanto a la viabilidad del mismo, ya que la pandemia no supone una alteración significativa o una ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones, toda vez que no se trata de un contrato conmutativo.

Siguiendo esta línea, debemos poner de manifiesto que tampoco se cumple el requisito jurisprudencial de la bilateralidad del contrato, pues, en este caso, la entidad bancaria no tiene ninguna obligación frente

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 18 de julio de 2019, núm. 452/2019, RJ 2019\3010, por la Excm. Sra. Dª. Mª Ángeles Parra Lucan.

⁷⁰ Porcar y Morata., “*Posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus a los contratos de préstamo con ocasión de la crisis del Covid-19*”, 2020., Disponible en: <http://www.porcarmorata.es/index.php/noticias-2/posible-aplicacion-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus-a-los-contratos-de-prestamo-con-ocasion-de-la-crisis-del-covid-19/>

al prestatario, únicamente la tiene éste, y consiste en la efectiva devolución de las cantidades entregadas y en el abono de los intereses devengados en las fechas que pactaron (junio y diciembre).

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado, a título de ejemplo, en la Sentencia de 30 de junio de 2014 (RJ/2014/3526), que la conmutatividad es “*la expresión de un equilibrio básico entre bienes y servicios que son objeto de intercambio*” y la misma “*se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras, como la cláusula rebus sic stantibus*”.

Por consiguiente, no se cumplen ciertos requisitos esenciales, ya que no se trata de un contrato bilateral, al no existir una reciprocidad de prestaciones, por lo que no habría una quiebra de dicha reciprocidad que supusiese una excesiva onerosidad para uno de los contratantes.

4.2.4. Conclusiones

En virtud del principio *pacta sunt servanda*, el contrato obliga a las partes contratantes, debiendo ser cumplido íntegramente. La jurisprudencia ha concluido que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es restrictiva, debiendo respetarse este principio, máxime cuando ni siquiera concurren los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo.

De este modo, la situación económica de Car4u al tiempo de perfeccionarse el contrato de préstamo era idónea, comprometiéndose al pago de los intereses mensuales devengados y al pago de las cuotas de principal en los meses de junio y diciembre. Así, asumió de manera implícita o, en todo caso, debió asumir el riesgo empresarial de su actividad, pues debía hacer frente a sus obligaciones financieras, sin que pueda alegarse que la crisis económica provocada por el Covid-19, ha ocasionado un hundimiento de los resultados de la empresa, hasta el punto de no tener liquidez para realizar los pagos.

Además, aunque la empresa prestataria acreditarse que su capacidad económica se encuentra actualmente desbordada, cosa que no ha hecho y debe hacer (art. 217.2 LEC), la cláusula *rebus sic stantibus* solamente es de aplicación en contratos de tracto sucesivo, sin que pueda valorarse el hecho de que la obligación se difiera en el tiempo, ya que se trata de una duración insuficiente a los efectos de invocar aquella. Ha de ser un contrato en el que exista una exposición a futuro, que pueda dar lugar a circunstancias imprevistas en el momento de perfeccionar el contrato. Por tanto, y al no concurrir este requisito jurisprudencialmente exigido, la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* no sería posible.

Por último, no puede hablarse de una excesiva onerosidad de las prestaciones, toda vez que nos hallamos ante un contrato unilateral, donde no hay obligaciones recíprocas, puesto que la prestataria es la única parte contratante que debe cumplir con las exigencias pactadas. Por esta razón, no puede sostenerse

dicho argumento por parte de Car4u, pues esa falta de reciprocidad no constituye un desequilibrio para uno de los contratantes.

5. LA INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* POR EL ARRENDATARIO DE UN EDIFICIO DE OFICINAS AFECTADO POR LAS RESTRICCIONES DE LA PANDEMIA

5.1. Argumentos a favor

Por otra parte, debemos comentar tanto los aspectos favorables para aplicar esta cláusula en el caso de la suspensión de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas donde Car4u gestionaba la empresa, al no haber podido acceder por estar localizada en una zona confinada, como aquellas cuestiones desfavorables que podrían desestimar su invocación.

En cuanto a los aspectos favorables, desarrollaremos las siguientes cuestiones: (5.1.1.) la imposibilidad de acceder a las oficinas, unido a la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a contratos de tracto sucesivo; (5.1.2.) la cláusula *rebus sic stantibus* puede aplicarse al caso al cumplirse los requisitos jurisprudenciales; (5.1.3.) la reciente jurisprudencia sobre la posibilidad de suspender el pago de las rentas de los arrendamientos es equiparable a la situación de Car4u.

5.1.1. Imposibilidad de uso de las oficinas de Car4u. La posibilidad de aplicar la cláusula en contratos de tracto sucesivo

En primer lugar, como ya hemos señalado, la pandemia del Covid-19 ha afectado notablemente a muchos negocios y actividades profesionales. Las medidas urgentes que el Gobierno adoptó mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, junto con el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo afectan significativamente a los contratos de arrendamiento de inmuebles para uso distinto de vivienda, ya que los establecimientos comerciales deberán mantenerse cerrados por imperativo legal, perjudicando a distintos negocios.

Por otra parte, el artículo 1546 del Código Civil define el contrato de arrendamiento como aquél en el que el arrendador se obliga a ceder el uso de una cosa al arrendatario, que se compromete a pagar un precio como contraprestación, esto es, la renta. Por su parte, el artículo 1543 del Código Civil dispone que “*en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto*”. Por lo tanto, nos encontramos ante un contrato bilateral, sinalagmático (al crear obligaciones recíprocas e interdependientes entre las partes), oneroso, de tracto sucesivo, y traslativo del uso o disfrute de la cosa.

El artículo 3.2 de la LAU, establece que tendrán la consideración de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, aquél celebrado “*para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional recreativa, asistencial, cultural o docente*”. Por tanto, “*en base al concepto legal de arrendamiento, vemos que el mismo no sólo exige la cesión de la cosa al arrendatario, sino que además su definición está inherentemente ligada a su finalidad, esto es, el uso o goce de la cosa por parte del arrendatario, que, en el caso del arrendamiento de local, implica el desarrollo en el mismo de su actividad industrial, comercial o profesional*”⁷¹.

De este modo, en el presente caso, se está frustrando temporalmente la finalidad por la que se suscribió el contrato de arrendamiento, puesto que la empresa Car4u no puede acceder durante 5 meses a sus oficinas, por estar el edificio en una zona confinada y, por tanto, inaccesible. Esto debe sumarse, a que las oficinas están cerradas al público, de tal forma que los clientes no pueden acceder, estando la actividad de Car4u definitivamente paralizada.

Si se rompe esa vinculación entre el uso o goce de la cosa por parte del arrendatario, muy próxima a la resolución del contrato, ya que se frustra esa finalidad esencial del mismo, la solución más coherente debe ser la suspensión del pago de la renta, porque de lo contrario, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto por parte del arrendador, viendo que recibe una contraprestación sin que el arrendatario pueda hacer uso del arrendamiento comercial.

Debemos recordar, que el cambio de las características del contrato, en este caso, por la situación de pandemia, que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, que volveremos a analizar ahora, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus*, pues es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo, tal y como ha establecido la reciente STS 255/2019, de 18 de julio o STS 156/2020, de 6 de marzo. Así, el contrato de arrendamiento del edificio de oficinas es de tracto sucesivo, ya que es de ejecución periódica y continuada, extendiéndose en el tiempo. Por ende, al ser un contrato de esta naturaleza, es más probable que se acuerde la suspensión de las rentas de arrendamiento de oficinas.

5.1.2. Se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la *rebus sic stantibus*

En segundo lugar, cabe señalar que, aunque los contratos suelen contener cláusulas que supongan la suspensión de los efectos jurídicos y económicos de las relaciones entre las partes, “*resulta improbable*

⁷¹ Ribatallada, M., “*Creatividad, equidad y buena fe en tiempos de coronavirus: contratos de arrendamiento de local de negocio*”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2020 parte Estudios., Editorial Aranzadi, S.A.U., *Cizur Menor.*, 2020.

*que el contrato de arrendamiento regule el supuesto específico de una emergencia sanitaria similar a la actual*⁷².

Así, Car4u no ha podido acceder al edificio de oficinas desde donde se gestionaba la compañía, por hallarse en una zona confinada durante un periodo de 5 meses, estando dichas oficinas cerradas al público. Esto supone la imposibilidad, por parte de esta empresa de operar en su lugar habitual de trabajo, quedando totalmente suspendida la actividad comercial de Car4u.

Por ello, y recordando la aplicación del principio jurisprudencial *rebus sic stantibus*, se posibilita la suspensión, modificación o resolución del contrato por la alteración sobrevenida de las circunstancias concurrentes o la rotura del equilibrio económico del contrato, cuando a una de las partes le resulte imposible o muy gravoso su cumplimiento⁷³.

Los requisitos de aplicación de la cláusula sentados por la doctrina jurisprudencial que ya hemos mencionado, se cumplen por las siguientes razones: primero, la alteración sobrevenida de las circunstancias de cumplimiento se cumple indudablemente al quedar confinada y, por tanto, inaccesible, la zona donde se encuentran las oficinas de la empresa Car4u, desde donde dirigían y organizaban el funcionamiento de la misma.

Segundo, la onerosidad excesiva para una de las partes como consecuencia de dicha alteración, se justificaría en el sentido de que la actividad comercial de la empresa quedó paralizada por completo, sin que sus usuarios habituales pudiesen utilizar sus servicios de desplazamiento y, por ende, sin recibir los necesarios ingresos para hacer frente a las obligaciones de pago de las rentas de arrendamiento de las oficinas. Es decir, la pandemia ocasiona que la situación de la empresa cambie de una manera repentina e imprevisible, perjudicando rápidamente a su rentabilidad económica-financiera, y sin que ni siquiera pudiese acceder a las oficinas de trabajo, teniendo que adaptarse radicalmente para salvaguardar el futuro de la empresa.

Tercero, la imprevisibilidad del acontecimiento (no previsto en el contrato) y la duración del mismo se cumplen, puesto que es evidente que la situación de crisis sanitaria fue inesperada y, en este caso, el conocimiento y la capacidad de previsibilidad de Car4u es nulo en tanto en cuanto no podía saber que las oficinas de la empresa iban a estar cerradas al público y, sobre todo inaccesibles por parte de sus trabajadores y dirigentes. Se desconoce también la duración de la pandemia del Covid-19 y las futuras restricciones que el Gobierno puede imponer para frenar los efectos negativos de aquella.

⁷² March, C., *Aranzadi digital núm. 1/2020 parte Estudios y comentarios*. Editorial Aranzadi, S.A.U., *Cizur Menor.*, 2020.

⁷³ March, C., *op.cit.*

De este modo, es condición necesaria para la aplicación de la cláusula, la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, “no pudiendo hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato” (SSTS 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras). No obstante, apreciamos que en el caso que nos ocupa, esto no ha sucedido, al no haber previsto que una situación de crisis sanitaria de semejante dimensión pudiese tener incidencia en el contrato.

Como sabemos, la aplicación de esta cláusula fue utilizada por la Sala del Tribunal Supremo en varias sentencias (STS 2823/2014 de 30 de junio, STS 5090/2014 de 15 de octubre y STS 1698/2015 de 24 febrero) ante los numerosos conflictos contractuales que surgieron a raíz de la crisis económica de 2008. La Sentencia de 30 de junio de 2014, la Sala concluyó lo siguiente:

“La actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido”.

Por lo tanto, dichas circunstancias son perfectamente extrapolables a la forma en que la crisis sanitaria del Covid-19 está afectando a los arrendamientos de local de negocio, “por ello su invocación resulta apropiada para intentar mediante la aplicación de esta doctrina modificar o resolver ciertos contratos”⁷⁴.

5.1.3. Los recientes pronunciamientos de nuestros Tribunales avalan la postura de Car4u

En tercer lugar, a continuación, veremos en qué manera se han pronunciado nuestros Tribunales respecto a la suspensión del pago de las rentas en el caso de arrendamientos de uso distinto al de vivienda, mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. El Auto del Juzgado de Primera Instancia 221/2020 de 1 de septiembre⁷⁵, acordó medidas cautelares *inaudita parte*, estableciendo un periodo de carencia en el pago de la renta durante la vigencia del Estado de Alarma, así como para el supuesto de nuevo rebrote.

En el Auto, el Juzgado declara lo siguiente:

“En el caso de prestaciones sucesivas, el ajuste deberá consistir en aplazar estas prestaciones a un momento adecuado para ambas partes, entendiéndose proporcionadas las medidas

⁷⁴ March, C., *op.cit.*

⁷⁵ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.3 de Barakaldo (Vizcaya), de 1 de septiembre de 2020, núm. 221/2020, por el Ilma. Sra. D^a Julia Sauri Martín.

cautelares solicitadas, pues se produce una alteración de la conmutatividad en los términos del contrato que, sin exigir la resolución, justifican la modificación de la contraprestación, como ocurre en el caso de autos, al objeto de restaurar el equilibrio, como se solicita en el presente caso, el que el local de negocio se ha visto obligado a cerrar su actividad principal como consecuencia del estado de alarma como consecuencia del RDL 10/2020, por lo que no cabe duda que se dan los requisitos de imprevisibilidad y causalidad, sin culpa alguna del obligado”.

Asimismo, también resulta extrapolable el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 20 de abril de 2020, en el que se acordó la medida cautelar de suspensión de la renta de un local de ocio nocturno, mientras no se produjese su reapertura, y desde entonces, la renta se rebajaría a un cincuenta por ciento. En cuanto a la alteración extraordinaria de las circunstancias, es evidente, al igual que en el presente caso, pues se prohíbe el acceso al local, sin que pueda operar en las condiciones anteriores a la pandemia.

Por su parte, la exigencia de la desproporción exorbitante, también se cumple, pues *“el negocio se encuentra ante una facturación igual a cero durante los meses en los que se prohibió la apertura de los locales (...). La satisfacción del 100% de la renta arrendaticia se pactó en circunstancias diametralmente distintas a las presentes, cuando el funcionamiento de la actividad de ese negocio no es posible, o al menos no en condiciones que se aproximen a lo que solía tenerse por habitual”.*

En este sentido, Car4u, no puede ni desarrollar su actividad profesional porque se prohíbe el desplazamiento, perjudicando gravemente su negocio y ocasionándole una gran pérdida de beneficios, ni acceder a sus oficinas de dirección y gestión porque se encuentra en una zona restringida como consecuencia del Covid-19. Esta última circunstancia es especialmente preocupante, ya que Car4u, de no admitirse la suspensión del pago de la renta, estaría pagando por un arrendamiento que ni siquiera puede utilizar por la imposibilidad que ha sufrido al no poder acceder al edificio por hallarse en una zona confinada.

Se puede deducir, que esta situación está muy próxima a la frustración del contrato por la indisponibilidad del propio arrendamiento de oficinas, pudiendo aplicarse, como señala la doctrina del Tribunal Supremo, la cláusula *rebus sic stantibus*:

“La alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes” (Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 80/2012, de 17 de enero de 2013).

Es evidente que nos hallamos ante una situación que no pudo preverse de ninguna manera, y que, en el presente caso, la situación de pandemia y sus restricciones afectan rotundamente no sólo a la actividad de *car sharing* de la empresa, sino también al lugar donde desempeña sus labores organizativas, debiendo suspenderse el pago de la renta. Por lo tanto, al haberse cambiado de manera imprevisible las condiciones de la renta pactada, la satisfacción del pago de la misma supondría indiciariamente una desproporción en las prestaciones.

Por consiguiente, los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se cumplen, y también concurren los presupuestos para adoptar la medida cautelar *inaudita parte*.

5.1.4. Conclusiones

La imposibilidad de acceso por parte Car4u al edificio de oficinas desde donde gestiona la empresa, supone una quiebra de la vinculación entre el uso o goce de la cosa por parte del arrendatario, muy próxima a la resolución del contrato, toda vez que la finalidad del mismo se ve totalmente frustrada, al desaparecer la finalidad por la cual se suscribió el mismo.

Asimismo, el contrato de arrendamiento de oficinas de Car4u, es una relación contractual de tracto sucesivo, con obligaciones para ambas partes a ejecutar a lo largo de toda la duración del contrato. Así, la jurisprudencia, para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, prevé que el contrato sea de tracto sucesivo. De este modo, cuanto mayor sea su prolongación en el tiempo, mayor exposición al riesgo y a la imprevisibilidad habrá y, por tanto, a los hechos que puedan generar el desequilibrio.

Por otra parte, los requisitos jurisprudenciales se cumplen en su integridad, pues apreciamos una alteración de las circunstancias que permiten modificar el contrato, así como una imprevisibilidad del acontecimiento de la pandemia del Covid-19, y una excesiva onerosidad para la empresa arrendataria, al tener una incidencia relevante respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado.

Por último, podemos apreciar como la jurisprudencia más reciente, ha previsto una suspensión de las rentas de arrendamiento en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, como consecuencia de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria.

5.2. Argumentos en contra

Por otra parte, los argumentos en contra de las pretensiones de Car4u, en relación a la solicitud de medidas cautelares consistentes en la suspensión de la renta de arrendamiento de sus oficinas como

consecuencia de las restricciones de la pandemia, concretamente el confinamiento de determinadas zonas de la ciudad, serían los siguientes: (5.2.1.) la empresa Car4u no ha tenido en cuenta las excepciones concernientes a las obligaciones laborales a que se refiere el Real Decreto adoptado por el Gobierno, pudiendo acceder a sus oficinas aun estando en una zona confinada; (5.2.2.) no se cumplen los requisitos previstos en el Real Decreto 15/2020, de 21 de abril adoptado por el Gobierno para la suspensión de la renta de arrendamiento para uso distinto de vivienda; (5.2.3.) no puede alegarse que procede la suspensión de la renta de las oficinas, máxime cuando éstas habrían continuado estando operativas, entre otros, para el buen funcionamiento del trabajo telemático; y (5.2.4.) no debemos olvidar que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es excepcional, restrictiva, e incluso peligrosa, tal y como la ha calificado la jurisprudencia, por lo que, teniendo presentes las anteriores circunstancias, la suspensión de la renta no sería posible mediante la invocación de esta regla.

5.2.1. Las excepciones de laboralidad: Car4u pudo acceder a sus oficinas a pesar de las restricciones

En primer lugar, debemos señalar que lo que Car4u está tratando de alegar, es que no pudo acceder durante cinco meses a sus oficinas como consecuencia de las medidas consistentes en los confinamientos de determinados núcleos de población, una vez superado el primer confinamiento domiciliario impuesto por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Así, en esta alegación relativa a la excepción de laboralidad, pondremos de manifiesto que, incluso durante el primer confinamiento Car4u pudo acceder a su lugar de trabajo, y que, a pesar de los confinamientos perimetrales posteriores, Car4u pudo acceder a sus oficinas, dadas las excepciones integradas en la ORDEN 1178/2020, de 18 de septiembre.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prevé la limitación de la libertad de circulación de las personas durante la vigencia del Estado de Alarma, pero establece determinadas excepciones para algunas personas. De este modo, el artículo 7.1.c), señala que, “*durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades: c) desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial*”.

A este respecto, es evidente que los trabajadores de la empresa Car4u, arrendataria del local de oficinas cuya renta pretende suspenderse, incluso en los momentos iniciales de la pandemia, podían seguir desplazándose al centro de trabajo, ya que así lo permite el Real Decreto del Estado de Alarma. No puede alegar la arrendataria que no pudo acceder al edificio de oficinas, máxime cuando se ha permitido en todo momento el desplazamiento de los trabajadores a sus centros de trabajo, para cumplir con sus obligaciones laborales. Es decir, ha existido una clara excepción laboral durante la pandemia, que

permitió a la empresa arrendataria acceder con total normalidad a sus oficinas y, por tanto, no se puede obviar esta posibilidad, ya que la empresa pudo ejercitar este derecho y no lo hizo.

A mayor abundamiento, lo mismo cabe decir acerca del acceso a zonas confinadas, que es precisamente lo que la empresa Car4u está tratando de alegar. Esto es, a pesar de que el centro de trabajo se encontraba en una zona confinada, los trabajadores de la empresa pudieron acceder a las oficinas sin ningún problema, ya que también fue prevista una excepción laboral en estos casos. Por ende, esta facultad que tuvo la empresa y que no ejercitó, es motivo suficiente para desestimar la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión de la renta de arrendamiento de las oficinas, pues en ningún caso podría aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus*.

En este sentido, debemos recordar, a modo de ejemplo, que, si bien la ORDEN 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, adoptó medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del Covid-19, como el confinamiento de determinados núcleos de población en la Comunidad de Madrid, lo cierto es que dicha Orden también estableció algunas excepciones de suma relevancia para el caso que nos ocupa.

Así, en el apartado segundo, 1.b) de dicha Orden, se restringe la entrada y salida de personas de determinados ámbitos territoriales, “*salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produzcan por alguno de los siguientes motivos: b) cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales o legales*”.

Por ende, la empresa pudo acceder sin ningún tipo de restricción a las oficinas desde donde operaban, sin que proceda la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pues es evidente que, aunque la situación de pandemia fuese impredecible, no afectó al contrato *per se*, pues el uso y disfrute del arrendamiento ha quedado inalterado.

5.2.2. No se cumplen los requisitos previstos en el Real Decreto 15/2020, de 21 de abril para solicitar la suspensión de la renta de arrendamiento en el caso que nos ocupa

En segundo lugar, la solicitud de suspensión de la renta del arrendamiento de oficinas de la empresa Car4u, no podría prosperar, al no cumplir con los requisitos que se establecen en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (RDL 15/2020).

A este respecto, si bien las oficinas tienen la consideración de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de conformidad con el artículo 3 de la LAU, en cambio, no cumplen con los requisitos previstos en el artículo 3 de este Real Decreto, debiendo desestimar la suspensión de la renta en este caso. De este modo, el artículo 1 del RDL 15/2020, establece que la persona física o jurídica arrendataria de un

contrato de uso distinto del de vivienda en virtud del art. 3 LAU, podrá solicitar al arrendador, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este RDL, la moratoria establecida en el art. 2 del mismo, debiendo ser aceptada por el arrendador.

En este sentido, el artículo 2 del RDL 15/2020, que prevé lo siguiente:

“La moratoria en el pago de la renta arrendaticia señalada en el apartado primero de este artículo se aplicará de manera automática y afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma y sus prórrogas y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con el impacto provocado por el COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses (...).”

De esta forma, en este RDL 15/2020, se establece, tal y como se señala en el Preámbulo, con la finalidad de responder a las necesidades de apoyo reforzado, centrándose en las empresas y en los trabajadores, como consecuencia de la continuidad de la situación excepcional de crisis sanitaria, y con el fin de reducir lo máximo posible el impacto de la misma en la actividad económica.

Pues bien, el artículo 3 del RDL 15/2020, establece que podrán acceder a las medidas previstas en los artículos 1 y 2 de este RDL, los “*autónomos y pymes arrendatarios*”, cuando cumplan una serie de requisitos. Así, podemos deducir que la solicitud de suspensión de la renta de arrendamiento de la empresa Car4u no tendría acogida, pues las medidas de refuerzo establecidas en este RDL, están previstas para pymes y autónomos, con determinados presupuestos. Car4u es la empresa número uno de *car sharing* en España, la referente y la más conocida en su actividad, y, si bien podríamos considerarla como una pyme, no cumpliría los requisitos exigidos en el art. 3.2 de dicho RDL.

De este modo, el art. 3.2.b) exige que la actividad de la pyme “*haya quedado suspendida como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo*”, y a este respecto, no se ha acreditado por parte de Car4u que su actividad se tuviese que suspender. Es más, en el Real Decreto 463/2020, en el Anexo de actividades que quedaban suspendidas con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.3, no se menciona la actividad de *car sharing*. La actividad no se paralizó por completo, ya que aquellas personas que tuviesen que acudir a su centro de trabajo, podían utilizar sus servicios sin ningún problema.

Lo mismo sucede durante los meses en que se producen los confinamientos perimetrales, que es el periodo de tiempo en el que Car4u está solicitando la suspensión de la renta, donde su actividad no quedó suspendida en absoluto, ya que los ciudadanos podían circular de un lugar a otro.

Además, tampoco se ha acreditado por parte de Car4u, que la empresa haya sufrido una reducción de su facturación del mes natural anterior al que se solicitó el aplazamiento en, al menos, un 75%, en relación con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior [art.

3.2.c)]. Por tanto, la empresa debería acreditar este extremo mediante un Informe pericial, demostrando que efectivamente se produjo esa disminución en la facturación.

Es más, como hemos visto, en el propio Preámbulo, ya se advierte que la implementación de medidas de refuerzo está encaminada a apoyar a aquellas pequeñas y medianas empresas y a aquellos autónomos que se han visto severamente perjudicados por la pandemia del Covid-19.

Así, el apartado segundo del Preámbulo, señala en su párrafo segundo, que *“la falta de ingresos o la minoración de los mismos durante el periodo que dure el estado de alarma puede dar lugar a la incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago de renta de locales en alquiler que pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades”*.

Por consiguiente, la empresa Car4u, no puede solicitar al arrendador del edificio de oficinas esta moratoria en el pago de la renta, toda vez que no cumple con los requisitos del artículo 3.2 del RDL 15/2020, al no haberse paralizado su actividad y al no haberse acreditado la reducción en la facturación de la empresa y su verdadero estado económico-financiero.

5.2.3. En cualquier caso, las oficinas de la empresa tienen una determinada función, que impide la suspensión de la renta

En tercer lugar, y tal y como señala PLAZA LÓPEZ-BERGES, en arrendamientos de inmuebles para uso de oficina, el inmueble arrendado también sirve como lugar de archivo físico de toda la documentación relevante de la empresa arrendataria, por lo que en este caso, debemos tener en consideración que, Car4u no solo ha podido acceder a sus oficinas de conformidad con los Reales Decretos adoptados por el Gobierno, sino que también le ha supuesto cierto beneficio mantener aquellas, por lo que debería seguir pagando la renta. Así, el inmueble arrendado ha podido facilitar el trabajo en remoto de aquellos empleados que lo necesitasen, sirviendo las oficinas como lugar de instalación y operación de los sistemas de comunicaciones para lograr mantener el teletrabajo.

Este punto es muy relevante, puesto que por mucho que la empresa alegue que las rentas deben ser suspendidas, aplicando la cláusula *rebus sic stantibus*, lo cierto es que las oficinas siguen teniendo una función vital para la empresa, sin que pueda quedar relevada del pago de las rentas durante este periodo de tiempo, ya que durante el mismo, ha tenido que realizar y asegurar diferentes servicios, como son la seguridad, la limpieza, el mantenimiento de las instalaciones comunes, esenciales para conservar todos aquellos enseres, bienes y documentación física e infraestructura telemática, para seguir operando como empresa.

Por esta razón, la conclusión a la que debemos llegar, es que no se debe confundir el arrendamiento de un local comercial que ya no puede seguir operando, con uno que sí lo puede hacer, que es el caso de las oficinas, ya que debemos atender a las actividades llevadas a cabo en cada local, y determinar si procede o no la aplicación de la regla y la suspensión de las rentas en concepto de arrendamiento.

Como concluye PLAZA LÓPEZ-BERGES, esto nos lleva irremediablemente a situaciones del todo injustas, que en ningún caso deben tener amparo por nuestros Juzgados y Tribunales. A este respecto, debemos señalar que, “*la mera garantía de preservar un derecho que surge de un determinado contrato de arrendamiento*”, como es el caso del contrato de arrendamiento de las oficinas, al no haber sido afectado por las restricciones del Covid-19, “*es suficiente justificación para afirmar que la crisis sanitaria no ha vaciado el contrato de contenido ni puede ser tampoco invocada para la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus*”.

Siguiendo esta línea, debemos traer a colación la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de julio de 2021⁷⁶, en la que, en un caso similar, en el que la arrendataria de unos locales destinados a oficinas para la empresa, invocaba la cláusula *rebus sic stantibus* para fundamentar la necesaria suspensión de la renta durante un periodo de tres meses. En este caso, la argumentación varía puesto que la arrendataria está solicitando la suspensión mediante dicha cláusula, como consecuencia del cierre obligado de los locales, en virtud del Real decreto 463/2020 de 14 de marzo, suponiendo la situación de pandemia, una alteración impredecible de los riesgos del contrato.

No obstante, el pronunciamiento de esta resolución se ajusta a los argumentos que venimos desarrollando, pues, incluso en este supuesto, esta Sala concluye que “*debe tenerse en cuenta que los locales se destinan a oficinas y almacén, por lo que se pudo tele trabajar y vender online, no siendo preciso la presencia física del cliente*”.

Por lo tanto, es evidente que, no sólo pudo acceder la empresa a las oficinas por las excepciones laborales recogidas en los Reales Decretos, sino que, además, aunque el local se mantuviese cerrado, el pago de la renta no podría suspenderse invocando la cláusula *rebus sic stantibus*, toda vez que las oficinas continúan teniendo una utilidad para la empresa, como lugar de almacén y archivo, así como para mantener un lugar físico en buenas condiciones, mediante la limpieza y el mantenimiento de los soportes informáticos que permiten a la empresa adaptarse a esta nueva situación, mediante la implementación del teletrabajo.

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), de 20 de julio de 2021, núm. 399/2021, JUR 2021\336611, por la Ilma. Sra. Dª. Amalia de Santísima Trinidad Sanz Franco, F.J.3º.

5.2.4. La cláusula *rebus sic stantibus* debe aplicarse con gran cautela y de forma excepcional

En cuarto y último lugar, debemos recordar que la cláusula *rebus sic stantibus* es una cláusula peligrosa, de aplicación excepcional, de naturaleza restrictiva, que únicamente puede ser de aplicación cuando se cumplan los requisitos que ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dada la excepcionalidad de la cláusula y, teniendo en cuenta que la empresa Car4u sí que tuvo la oportunidad y el derecho de trasladarse a sus oficinas y seguir operando desde allí, aprovechando el arrendamiento que seguía todavía en vigor, no podría ser de aplicación.

En ese sentido, debemos mencionar algunas resoluciones del Alto Tribunal que efectivamente mantienen una postura firme y restrictiva acerca de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y más cuando no se trata de un caso realmente excepcional. Pues, aunque evidentemente nos hallásemos en medio de un confinamiento domiciliario, con muchas restricciones de nuestros Derechos Fundamentales, esta situación no impidió que Car4u continuase trabajando en sus oficinas, ya que pudo acceder legalmente, ejercitando aquellos derechos que le otorgaron los Reales Decretos anteriormente mencionados.

Así, y pese a que algunas resoluciones del Tribunal Supremo hayan desistido de la aplicación sumamente restrictiva de la cláusula, ello no significa que pueda aplicarse la regla con naturalidad y con cierta flexibilidad, pues la cláusula debe analizarse caso por caso, atendiendo a cada situación de manera individual, comprobando si se cumplen los requisitos jurisprudenciales. En cualquier caso, debemos recordar que la STS de 15 de octubre de 2014, hace referencia a la doctrina que se pronuncia en sentido negativo, determinando que la cláusula *rebus sic stantibus* es una cláusula peligrosa, que debe admitirse cautelosamente, máxime cuando en el caso concreto no se aprecie una situación excepcional.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de julio de 2020, a la que acabamos de hacer referencia y que se ajusta al presente caso, señala que es cierto que la pandemia y sus efectos han supuesto una modificación sustancial, imprevisible y sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la formalización del contrato, siendo necesario adaptar lo pactado a la realidad social del momento, ya que la crisis sanitaria provocada por el Covid-19 no se hallaba dentro de los riesgos normales del contrato. Sin embargo, no se puede aplicar automáticamente la doctrina de la *rebus sic stantibus* ante cualquier crisis económica, “por lo que, aunque se tienda a una aplicación algo más flexible, siempre será necesario contrastar la incidencia real en el marco de cada relación contractual”⁷⁷.

Esto es, a pesar de que los Tribunales hayan flexibilizado ligeramente su aplicación, la invocación de la cláusula continúa siendo excepcional, pues se debe atender al caso concreto y a cada relación

⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), de 20 de julio de 2021, *op.cit.*

contractual. De este modo, puede llegar a ser incluso peligrosa su aplicación, pues si se comienza a flexibilizar su aplicación en casos como el descrito o como el que nos ocupa, se estaría permitiendo el incumplimiento de las obligaciones del arrendatario en perjuicio del arrendador.

5.2.5. Conclusiones

Por consiguiente, teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, resulta complicada la prosperabilidad de la solicitud de suspensión de medidas cautelares, pues la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* no podría surtir efecto alguno. El simple hecho de que podrían haber accedido a las oficinas aunque éstas estuviesen localizadas en una zona confinada, de conformidad con los Reales Decretos anteriormente expuestos, es suficientemente indicativo de que la cláusula no puede invocarse en este caso concreto.

Asimismo, podemos apreciar cómo el RDL 15/2020, establece la moratoria en el pago de la renta arrendaticia para aquellos autónomos y pymes que, como consecuencia de la suspensión de sus actividades, no pueden hacer frente a sus obligaciones de pago de alquiler. Por lo tanto, Car4u, al no haber acreditado la suspensión de su actividad y la reducción en la facturación de la empresa, no puede solicitar al arrendador del edificio de oficinas esta medida de refuerzo, al no cumplir con los requisitos establecidos en dicho RDL.

Al mismo tiempo, las oficinas sirven en todo momento de almacén, permiten el correcto funcionamiento del teletrabajo mediante la instalación de equipos informáticos y conexión con el sistema *online* de la empresa, y también debe mantenerse en un buen estado, siendo necesario el trabajo de equipos de limpieza, seguridad y mantenimiento.

Por tanto, y teniendo presente que la cláusula *rebus sic stantibus* debe ser aplicada de manera restrictiva, al ser excepcional y rigurosa, analizando de cerca el caso concreto, en base a estos argumentos que se han anunciado, no podría ser invocada por el arrendatario y no se podría suspender la renta de las oficinas de la empresa.

6. LAS ALEGACIONES QUE LA PERJUDICADA EMPLEARÍA POR LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL DE CAR4MI

En esta cuestión, debemos poner de manifiesto que Aussie LTD, como parte compradora del contrato de compraventa, podría interponer una demanda por incumplimiento contractual de la cláusula de no competencia pactada con el Sr. García, exigiendo daños y perjuicios.

No obstante, Aussie LTD no podría demandar a Car4mi por competencia desleal, toda vez que no es la parte afectada directamente por los actos de competencia desleal supuestamente cometidos por esta última empresa. Así, de conformidad con el artículo 33 de la LCD, Car4u sería la persona jurídica que participa en el mercado y cuyos intereses económicos resultan perjudicados de forma directa por los actos de competencia desleal de Car4mi, teniendo legitimación activa para interponer una demanda por competencia desleal.

De este modo, es Car4u, como perjudicada, la que podría interponer una demanda contra Car4mi por competencia desleal, ejercitando las acciones que le concede el artículo 32 de la LCD. A los efectos de realizar una exposición de la supuesta conducta desleal de Car4mi, y los posibles argumentos de cada parte, consideramos oportuno hacer esta aclaración.

Así, *por un lado*, Aussie LTD podría demandar al Sr. García por incumplimiento contractual y, *por otro lado*, Car4u, ante los supuestos actos de competencia desleal por parte de Car4mi, podría realizar varias alegaciones para fundamentar la demanda. A continuación, pasamos a desarrollar las siguientes alegaciones: (6.1.1.) Aussie LTD podría demandar al Sr. García por incumplimiento contractual, al no haber cumplido el pacto de no competencia estipulado en el contrato; (6.1.2.) la conveniencia de interponer por parte de Car4u una demanda por competencia desleal frente a Car4mi; (6.1.3.) los diferentes actos de competencia desleal cometidos por Car4mi; (6.1.4.) las acciones que Car4u puede ejercitar por los supuestos actos de competencia desleal de Car4mi.

6.1. Posibles actuaciones de Aussie LTD y Car4u

6.1.1. La estrategia de Aussie LTD: demandar por incumplimiento contractual al Sr. García

i. Incumplimiento contractual e indemnización por daños y perjuicios

La vía de actuación de Aussie LTD, sería la de demandar al Sr. García por incumplimiento contractual, solicitando daños y perjuicios, al haber incumplido la cláusula de no competencia post contractual estipulada en el contrato de compraventa que firmaron.

Comprobando que Dña. Beatriz Madariaga, máxima accionista de Car4mi, acudió a la firma del contrato de compraventa, y que convive con el Sr. García al menos desde el inicio de la pandemia, podemos deducir que ambos tenían un plan preconcebido para vender las participaciones de Car4u, y así comenzar un nuevo negocio. El Sr. García, quebrantando sus obligaciones contractuales, incluso ha tratado de ocultar su implicación en el negocio de Car4mi, pues ha operado a través de Dña. Beatriz, su pareja. La cláusula contractual de no competencia establecía claramente que se prohibía al Sr. García *“operar directamente o a través de terceros en el mercado del car sharing”*.

Por consiguiente, ha operado a través de un tercero, su pareja, por lo que es evidente que ha faltado a sus obligaciones contractuales. Además, el Sr. García también ha utilizado el *know-how* de la empresa

Car4u sin el consentimiento de Aussie LTD, pues la cláusula preveía esta prohibición: “*así como utilizar el know-how de Car4u sin su permiso*”. Este incumplimiento se deduce de la relación de colaboración que mantiene el Sr. García con la empresa RIS, al haber estado comunicándose durante meses, explicando y divulgando ilícitamente el *know-how* de Car4u, para sacar el máximo provecho y lucrarse a su costa con la creación de una nueva empresa en el mercado.

Debemos señalar que RIS es una de las empresas que tenía suscrito el convenio de colaboración más relevante con Car4u. Esta colaboración ilícita entre el Sr. García, su pareja y la empresa RIS, se infiere del correo electrónico que dicha empresa envió a Aussie LTD, por lo que este extremo queda acreditado, existiendo una relación de colaboración entre dichas partes que perjudica claramente al fondo de inversión.

En este sentido, Aussie LTD alegaría el incumplimiento contractual del Sr. García, exigiendo daños y perjuicios, al haber faltado éste a sus obligaciones dimanantes de la cláusula de no competencia, toda vez que ha compartido el *know-how* de Car4u con la empresa RIS y con su pareja D^a. Madariaga, operando en el mercado con la nueva empresa Car4mi a través de terceros.

El artículo 1091 del CC, es claro cuando dispone que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*”. Y también lo es el artículo 1101 del mismo texto legal, que establece que “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”.

De este modo, Aussie LTD podría demandar al Sr. García por incumplimiento contractual, solicitando indemnización por daños y perjuicios, al existir un nexo causal entre la conducta llevada a cabo por el Sr. García, incumpliendo sus obligaciones contractuales, y los daños producidos, ya que la entrada en el mercado de Car4mi, la nueva empresa operada por aquél a través de su pareja, ha ocasionado y actualmente sigue ocasionando un grave perjuicio económico y reputacional a Aussie LTD.

Así, Aussie LTD solicitaría las pérdidas sufridas como consecuencia del incumplimiento contractual, al perder numerosos clientes de manera ilegítima, y las ganancias dejadas de obtener a raíz de esta intolerable circunstancia. Sería conveniente que Aussie LTD elaborara un Informe pericial acreditando el daño sufrido por dicho incumplimiento contractual, valorando las pérdidas y las ganancias dejadas de obtener.

ii. Anticipación de la posible estrategia de defensa del Sr. García

Por otra parte, el Sr. García, trataría de argumentar que el pacto de no competencia estipulado no es válido, al exceder del límite temporal establecido legal y jurisprudencialmente.

Pues bien, Aussie LTD alegaría que los pactos de no competencia son válidos con carácter general, como señalan las SSTS 899/2007, de 31 de marzo, y 102/2012, de 7 de marzo, que concluyen que en caso de que las cláusulas de inhibición “*de estar incorporadas a contratos cuyo objeto principal no sea restringir, impedir o falsear la competencia, que constituya restricciones accesorias del comercio, que constituya restricciones accesorias del comercio, más o menos necesarias o simplemente útiles o convenientes*”, se alude a su validez cuando están suficientemente justificadas y sirven a la finalidad perseguida en un contrato lícito.

De este modo, el pacto de no competencia estipulado en el contrato de compraventa es válido, toda vez que está justificado, ya que el Sr. García, al vender las participaciones sociales de Car4u, podría perjudicar a Aussie LTD, al arrastrar clientes fidelizados en los servicios de dicha empresa de *car sharing*. Por tanto, viene justificado el pacto de no competencia para impedir que Car4u sufriese rápidamente pérdidas de beneficios como consecuencia de la desviación de clientes a una nueva empresa de *car sharing* dirigida por el Sr. García.

Por ende, es válido el pacto en tanto en cuanto sirve a la finalidad perseguida en el contrato, y se trata de una obligación que el Sr. García asumió en el momento en que firmó el contrato de compraventa, comprometiéndose firmemente a su cumplimiento.

Asimismo, incluso si no se hubiese pactado dicha cláusula, tal y como declara la SAP de Madrid 350/2015, de 4 de diciembre, pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de lo que dispone el artículo 1258 del CC: “*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.⁷⁸ Por lo tanto, el Sr. García asumió sus obligaciones contractuales, debiendo cargar con la responsabilidad de haber incumplido el pacto de no competencia estipulado, que en todo caso debe reputarse válido, pues la finalidad del contrato nunca fue restringir la competencia.

Por otra parte, si bien es cierto que la jurisprudencia ha interpretado que el pacto de no competencia no puede exceder un plazo determinado (tres años) debemos poner de manifiesto que el incumplimiento del Sr. García se produce en este período de tiempo, sin que hayan transcurrido tres años desde la venta de participaciones sociales, por lo que, igualmente, ha faltado a sus obligaciones contractuales.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en un caso en el que se estipuló un pacto de no competencia de diez años, como en el caso que nos ocupa, consideró excesiva esta duración, concluyendo que “*en atención a la estrecha vinculación o relación de los clientes con los transmitentes*

⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 4 de diciembre de 2015, núm. 350/2015, AC 2015\1707, por el Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández, F.J.5º.

*que eran quienes hasta la fecha gestionaban directamente la empresa, y la falta de arraigo de los adquirentes en el área geográfica en la que opera la empresa adquirida. Estas circunstancias justifican la extensión temporal de la cláusula de no competencia, cuando menos, a tres años”.*⁷⁹

Asimismo, en el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha concluido, en un caso en el que se transmitieron las participaciones sociales de una empresa, que la cláusula de inhibición está justificada “*salvo que por su duración, su ámbito geográfico y su contenido excediese de lo razonablemente útil o conveniente para garantizar que el valor de las participaciones no se viera deteriorado por la actuación del transmitente*”.

Por consiguiente, debemos tener en cuenta la estrecha vinculación del Sr. García con los clientes de la empresa, y que Aussie LTD es un fondo de inversión australiano que ha adquirido las participaciones sociales de una empresa en España, por lo que tiene esa “*falta de arraigo en el área geográfica*” en la que opera Car4u, y el contrato celebrado con el Sr. García no estaba dirigido a restringir la competencia, sino a obtener beneficios en un mercado en el que ya ha invertido en el ámbito internacional.

Además de alegar la nulidad de la cláusula, subsidiariamente, el Sr. García alegaría que su falta de vinculación con la empresa Car4mi, impide apreciar incumplimiento contractual, al no cumplirse los requisitos establecidos en el pacto de no competencia. No obstante, debemos recordar la evidente participación del Sr. García en la creación de dicha empresa, toda vez que la máxima accionista de Car4mi es su pareja, habiendo operado a través de un tercero en el mercado. Asimismo, se ha incumplido el pacto de no competencia, pues la empresa RIS se refería expresamente al Sr. García en un correo electrónico, revelando así una colaboración con un tercero, habiendo transmitido el *know-how* de Car4u. Por ende, se cumplen los requisitos del pacto de no competencia para considerar que ha sido totalmente incumplido por el Sr. García.

6.1.2. La conveniencia de interponer, por parte de Car4u, una demanda por competencia desleal frente a Car4mi

En primer lugar, el artículo 2.1 de la LCD establece que “*los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales*”. Así, Car4u ha sufrido un acto de competencia desleal que le perjudica económicamente y que afecta gravemente a su reputación en el mercado, siendo este texto legal el adecuado para amparar sus pretensiones y prohibir que Car4mi siga quebrantando sus derechos mediante actos de competencia desleal.

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 4 de diciembre de 2015, *op.cit.*

Car4mi ha realizado actos que denotan estos fines concurrenciales, pues desarrolla campañas publicitarias y estrategias idénticas a las de Car4u, y ha influido claramente en las decisiones de producción y consumo en el mercado, al haber conseguido los clientes de Car4u. Cumplido el ámbito objetivo, el subjetivo también concurre ya que el artículo 3.3 LCD dispone que *“la ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”*.

Además, de conformidad con el artículo 2.2 LCD esta finalidad concurrencial se presume cuando *“se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”*, por lo que, debido a las actuaciones de Car4mi en el mercado, al utilizar el *know-how* de Car4u para emprender un negocio nuevo y al haber condicionado a los clientes de aquella, no hay duda de que nos encontramos ante actos de competencia desleal.

De este modo, Car4u, tiene legitimación activa para ejercitar las acciones del artículo 32 LCD, en virtud del artículo 33.1 LCD, ya que se trata de una persona jurídica que participa en el mercado, cuyos intereses económicos han resultado directamente perjudicados por la conducta desleal. Por su parte, Car4mi tiene legitimación pasiva de conformidad con el artículo 34.1 LCD, al haber realizado la conducta desleal.

Por otro lado, el artículo 35 LCD señala que *“las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta”*.

Así, no habría prescrito dicho plazo, pudiendo ejercitar Car4u las acciones previstas en el artículo 32 LCD, puesto que no ha transcurrido un año desde que tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal, iniciando las actuaciones legales correspondientes en el momento en que supo que una nueva compañía dirigida por el Sr. García estaba utilizando su *know-how* y había captado a clientes de manera ilegítima.

6.1.3. Actos de competencia desleal cometidos por Car4mi

i. Introducción

Car4mi, con la ayuda del Sr. García, antiguo fundador de la empresa Car4u, ha cometido actos de competencia desleal en el mercado que han afectado directamente a esta última empresa, pues Car4mi ha utilizado ilícitamente su *know-how*, esto es, las formas de trabajar, las mismas campañas publicitarias y estrategia en el mercado que Car4u.

Pues bien, es evidente que el Sr. García, ha operado a través de un tercero, su pareja en este caso, para revelar todos los secretos de la empresa Car4u, transmitiendo toda la información acerca de la misma y su *know-how*, con el que logró ser la empresa número uno de *car sharing* en España. Así, Car4mi, ha podido conocer todos estos secretos que el Sr. García tenía prohibido revelar, y de esta forma ha podido entrar en el mercado con fuerza, teniendo en su poder todos los conocimientos necesarios para triunfar en el negocio, y tratando de expulsar del mercado a la competencia, la empresa Car4u.

De este modo, Car4u resulta muy perjudicada ya que está viendo cómo el Sr. García, antiguo fundador de la empresa, está tratando de sustituirla de manera ilícita, por una nueva empresa que se asemeja completamente a Car4u. Podemos apreciar que ambas, no solo comparten el *know-how*, sino que también comparten nombre, ya que únicamente difiere en las dos letras del final.

Estas circunstancias, dan lugar a varios actos de competencia desleal, pues se está produciendo una conducta ilícita en el mercado por parte de Car4mi, tratando de aprovecharse indebidamente de la reputación ajena de Car4u, apartándole del negocio de *car sharing* que llevaba desempeñando durante varios años, y que tenía una estrategia que había servido como fórmula de éxito para consolidarse en el mercado.

Con su ilegítima irrupción en el mercado, Car4mi ha logrado que los clientes de Car4u optasen por utilizar sus servicios, perjudicándole enormemente y comprometiendo su negocio, ya que no se trata de un nuevo competidor que se inicia en el mundo del *car sharing*, ajeno a esta empresa, sino que está dirigida por el Sr. García, el que fuera el fundador de la empresa.

ii. Actos de imitación y actos de confusión

Como hemos anunciado, la captación ilícita de los clientes de Car4u por parte de Car4mi, supone un acto de competencia desleal, en tanto en cuanto los consumidores están asociando los servicios de Car4mi con los de Car4u, al ser prácticamente idénticos. La nueva empresa creada por el Sr. García a través de un tercero, además de compartir formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado con Car4u, tiene un nombre muy similar, pues solamente cambian dos letras al final, comenzando ambas compañías por “Car4”.

Por tanto, Car4mi puede crear confusión en los consumidores a la hora de elegir entre usar un servicio u otro, constituyendo un acto de competencia desleal en virtud del artículo 11.2 LCD, el cual establece que “*la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno*”.

A mayor abundamiento, el artículo 6.2 LCD, relativo a actos de confusión, señala que “*el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para*

fundamentar la deslealtad de una práctica". Así, es una obviedad que la existencia de Car4mi en el mercado crea un riesgo de asociación con Car4u, ya que no se diferencia en el *modus operandi*, y ni siquiera en términos publicitarios, y porque solamente varía un mínimo detalle en el nombre, siendo éste igualmente confuso para el consumidor medio.

Este último precepto está estrechamente relacionado con el artículo 25 LCD, en relación a las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios, en particular, de prácticas engañosas por confusión, ya que se promociona un servicio de uso de vehículos (Car4mi) muy similar a otro comercializado (Car4u), con el objetivo de inducir de manera deliberada al consumidor a creer que el servicio de coches procede de esta empresa, sin que ello sea cierto.

En este sentido, la doctrina ha formulado una sistematización de los presupuestos de la imitación confusoria del artículo 11.2 LCD, que parten, primero, "*de la existencia de confusión jurídicamente relevante*".⁸²

Por lo expuesto, podemos deducir que tanto el nombre como sobre todo el *know-how* de ambas empresas es extremadamente semejante, por lo que se debe considerar que supone una asociación por parte del consumidor, o por lo menos como un riesgo de asociación que tiene incidencia en los mismos, pudiendo claramente asociar los servicios de una empresa con los de la otra. Además, un motivo adicional es que, con el considerable aumento de desplazamientos, muchos ciudadanos comienzan a utilizar este tipo de servicios con mayor asiduidad, existiendo un riesgo de asociación palmario.

Segundo, se atiende a la forma imitada, en el sentido de que "*tiene que ser reconocida en el tráfico como indicador de procedencia empresarial*".⁸³

En este contexto, debemos apreciar el segundo inciso del artículo 11.2, en relación a la cláusula de inevitabilidad, en la que se asienta "*el fundamento positivo de la obligación de diferenciación*". Es decir, en el presente caso, el riesgo de asociación y el aprovechamiento indebido de la reputación de Car4u por parte de Car4mi, resulta absolutamente evitable, pues se trata de una empresa que está operando en el mercado, después de haber recibido información secreta por parte del Sr. García antiguo fundador de la empresa Car4u, que ahora forma parte de Car4mi.

En este sentido, la jurisprudencia ha resumido los requisitos para apreciar la deslealtad del acto de imitación basado en la confusión, cumpliéndose en el caso que nos ocupa de manera rotunda, resultando especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de diciembre de

⁸² Corberá Martínez, J.M., en Beneyto, K. (Dir.), *Actos de Competencia Desleal y su Tratamiento Procesal*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2020, pág 119.

⁸³ Corberá Martínez, J.M, *op.cit*, pág. 120.

2008.⁸⁴ El primer requisito es “*la existencia de una imitación que incida en la singularidad competitiva identificada por uno o varios componentes*”. El segundo incide “*en el objeto de protección entendido como las creaciones materiales, los productos, características propias de estos*”.

Vemos que, efectivamente, Car4mi ha imitado sin distinción formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado, así como el nombre de Car4u, que visualmente ya genera confusión para el consumidor medio y para el mercado en general. Esto nos lleva al tercer requisito, que se refiere a “*la idoneidad para generar riesgo de confusión (y de asociación), para lo que se deberá tener en cuenta al consumidor medio y con una visión de conjunto sintética*”.

Asimismo, el artículo 11.3 LCD dispone que “*tendrán la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado*”.

Por ende, los actos de imitación son manifiestos, pues de conformidad con dicho precepto, Car4mi está tratando de impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado de Car4u, pues su ilícita operatividad en el mercado ha ocasionado que numerosos clientes de esta empresa se pasasen a aquella, sin que esto sea habitual y mucho menos una respuesta natural del mercado, toda vez que no se trata de una empresa que ha sido creada por sus propios medios y con un *know-how* propio.

iii. Explotación de la reputación ajena

El artículo 12 LCD, establece que “*se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado*”.

Car4mi se está aprovechando indebidamente de la reputación que estaba cosechando Car4u, que ya lleva varios años en el negocio del *car sharing* y que, tras la pandemia del Covid-19, había conseguido que la rentabilidad del negocio aumentase, y buena prueba de ello son las similitudes que se pueden apreciar en la organización y estrategia de ambas compañías, y en el empeoramiento de los resultados de Car4u y en la pérdida de clientes como consecuencia de la irrupción de Car4mi en el mercado.

No obstante, lo que más llama la atención, es la palmaria similitud entre los nombres de ambas empresas. Car4u y Car4mi, tan solo se diferencian por un mínimo detalle en las letras posteriores al número 4, el cual representa la palabra “*for*” en inglés (“*para*” en español). Así, en español, el nombre de Car4u sería

⁸⁴ Corberá Martínez, J.M, *op.cit*, pág. 120.

“Cocheparati” y el de Car4mi, “Cocheparami”. Por si fuera poco, el número 4 lo deja inalterado, por lo que no hay duda de que el nombre de Car4mi produce una confusión intolerable, produciendo un riesgo de asociación por parte de los consumidores.

De esta forma, Car4mi se está beneficiando ilícitamente de la reputación ajena de Car4u, pues atrae a su clientela mediante un acto de confusión, después de haber copiado el nombre prácticamente en su integridad, dando lugar también a un acto de imitación, produciendo ese riesgo de asociación por parte del consumidor.

La jurisprudencia ha establecido los requisitos necesarios esenciales para que pueda apreciarse el acto desleal de explotación de la reputación ajena: por un lado, la existencia de reputación en el mercado, y, por otro, la explotación o aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

- Existencia de reputación en el mercado

Respecto al primer presupuesto, es evidente que Car4u ostenta una reputación excelente en el mercado, toda vez que fue la empresa número uno en el negocio de car sharing, alcanzando un *status* de cierto renombre en el sector. La reputación en el mercado “*se ha de considerar como cierto prestigio, de mayor o menor intensidad según las circunstancias del caso, que en la jurisprudencia menor se viene asimilando a buena fama (SAP Barcelona de 24 de abril 2001), buen nombre comercial (SAP Barcelona de 1 de diciembre 2004)*”.⁸⁵

Además, otra característica de gran importancia “*que ha sido considerado por nuestros tribunales en relación con la infracción del art. 12 LCD y la valoración de la reputación, es el de la cuota de mercado, en concreto, según un ranking publicado en una revista especializada (SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 2005)*”.⁸⁶

Por lo tanto, teniendo en cuenta la gran reputación adquirida en el mercado por Car4u, considerándose como la empresa número uno en el negocio de *car sharing*, es innegable el cumplimiento del primer requisito.

- Explotación o aprovechamiento indebido de la reputación ajena

Respecto a este segundo requisito, la jurisprudencia, para determinar cuándo se está ante la explotación prohibida, concluye “*que puede derivarse de cualquier comportamiento adecuado para producir como*

⁸⁵ Arroyo Aparicio, A., “Comentario al art. 12 de la LCD. Explotación de la reputación ajena”, Grandes Tratados. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal.*, Editorial Aranzadi, S.A.U., marzo 2011.

⁸⁶ Arroyo Aparicio, A., *op.cit.*

*resultado un aprovechamiento de las ventajas que la reputación ajena pueda proporcionar, con independencia de que pueda o no inducir a error en los consumidores (STS 1 diciembre 2005)”.*⁸⁷

De este modo, la finalidad que Car4mi siempre ha perseguido, ha sido la de aprovecharse indebidamente de la reputación de la empresa Car4u, debido a su gran renombre en el mercado, y por ello se ha adueñado del *know-how* de esta empresa y ha copiado prácticamente en su integridad el nombre de Car4u.

Además, se considera como “indebido” el aprovechamiento de la reputación ajena, cuando es evitable y sin justificación en el ordenamiento, los principios generales o la voluntad de los interesados (SAP Barcelona 24 abril 2001). Así, no encuentra ningún amparo legislativo el comportamiento desleal de Car4mi, debiendo reputarse como indebido el aprovechamiento de la reputación ajena de la empresa Car4u, máxime cuando era totalmente evitable, habiendo actuado Car4mi de manera ilícita, tratando de apropiarse de la reputación adquirida en el mercado por aquella.

iv. Violación de secretos

La transmisión del *know-how* a otro tercero, Ramiro Investments, S.A., (“RIS”) para acordar su colaboración con Car4mi, denota todavía más, si cabe, la existencia de competencia desleal por parte de Car4mi. Además, el correo electrónico de RIS, pone de manifiesto que el Sr. García llevaba meses hablando con esta empresa, revelándole el *know-how* de Car4u, y que era conocedor de ciertos problemas en Car4u, evidenciando que ha actuado de mala fe durante todo este tiempo, y dolosamente, pues era conocedor de sus obligaciones y sabía que la creación de Car4mi perjudicaría económicamente a Car4u.

De este modo, debemos incidir en otro acto de competencia desleal cometido por la empresa Car4mi, regentada por el Sr. García. Se trata de la violación de secretos, cuyo artículo 13 LCD dispone que se considera desleal la violación de secretos empresariales, rigiéndose por la legislación de secretos empresariales.

Así, la LSE establece en su artículo 3.2, que *“la utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial”*.

⁸⁷ Arroyo Aparicio, A., *op.cit.*

Por consiguiente, Car4mi, con la incondicional ayuda del Sr. García, está empleando información secreta de Car4u, con la finalidad de abrirse paso en el mercado, obstaculizando a su competidor y comprometiendo absolutamente su negocio.

6.1.4. Las acciones que Car4u podría ejercitar al haber sufrido actos de competencia desleal

En tercer lugar, las acciones que Car4u podría ejercitar conforme al artículo 32 LCD son las siguientes: primero, la acción declarativa de la deslealtad del acto, solicitando al juez la declaración de esta deslealtad sobre la base de la cláusula general o de algún acto expreso, como el acto de confusión.

Segunda, la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura, impidiendo que Car4mi continúe perjudicando a Car4u. Tercera, la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, tratando de dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de producirse la conducta desleal.

Cuarta, la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, llevando aparejada la publicidad de la sentencia. Quinta, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del demandado, debiendo objetarse estos daños de acuerdo a parámetros económicos.

Por último, la sexta acción consiste en la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

6.1.5. Conclusiones

Por un lado, Aussie LTD podría interponer una demanda por incumplimiento contractual con indemnización de daños y perjuicios contra el Sr. García, por haber incumplido la cláusula de no competencia que le impedía operar en el mercado de *car sharing*, así como utilizar el *know-how* de la empresa Car4u sin el consentimiento de Aussie LTD. Además, argumentaría, anticipándose a la posible estrategia de defensa del Sr. García, que el pacto de no competencia es válido con carácter general, y aunque la jurisprudencia haya concluido que el plazo no puede exceder en tres años, el Sr. García ha incumplido igualmente sus obligaciones, al no haber transcurrido este período de tiempo.

Por otro lado, en cuanto a los actos de competencia desleal, Car4u sería la parte perjudicada, ostentando legitimación activa para demandar por competencia desleal a Car4mi. Así, podría alegar que Car4mi ha cometido deliberadamente actos de imitación con la finalidad única de conseguir que los clientes la

asociasen con la empresa Car4u. Así, se ha cometido un acto de confusión, pues debe reputarse desleal el uso del nombre de Car4u, toda vez que induce a error en los consumidores a la hora de escoger un servicio de alquiler de coches u otro.

Al mismo tiempo, Car4mi se ha aprovechado ilícitamente de la reputación ajena de Car4u, la cual había logrado ser la empresa número uno de *car sharing* de España, y actualmente se está lucrando a su costa. Además, debemos poner de manifiesto que se ha producido una violación de secretos, pues se ha utilizado el *know-how* de la empresa, al compartir la nueva compañía, formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado con Car4u y, por otra parte, aquel también ha sido divulgado a otra empresa distinta (RIS).

Car4u podría ejercitar las acciones previstas en el artículo 32 de la LCD, toda vez que se han cometido estos actos de competencia desleal.

7. LA DEFENSA DE CAR4MI ANTE LAS ALEGACIONES DE CAR4U

Como hemos anunciado, por un lado, expondremos la posible defensa del Sr. García respecto al supuesto incumplimiento contractual en el que ha incurrido y, por otro lado, la defensa de Car4mi ante las alegaciones de Car4u sobre la concurrencia de actos de competencia desleal cometidos por aquella.

La defensa del Sr. García para hacer frente a las alegaciones de Aussie LTD, podría consistir en el siguiente argumento: (7.1.1.) la cláusula de no competencia establecida en el contrato sobrepasa los límites temporales, siendo completamente desproporcionada y, por tanto, no puede ser de aplicación por carecer de validez; y (7.1.2.) el Sr. García alegaría que no se cumplen los requisitos del pacto de no competencia al no formar parte de la empresa Car4mi.

Por otra parte, la defensa de Car4mi, podría consistir en los siguientes argumentos: (7.1.3.) la falta de legitimación pasiva de Car4mi en el presente procedimiento; (7.1.4.) en caso de desestimarse esta excepción procesal, Car4mi no ha cometido actos de competencia desleal.

7.1. Defensa del Señor García y de Car4mi

7.1.1. La cláusula de no competencia excede los límites temporales legales y jurisprudenciales

En primer lugar, la cláusula de no competencia establecida en el contrato, supera de manera extraordinaria el límite que prevé la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03). Así, en esta Comunicación, dentro de los principios aplicables a las restricciones comunes en los casos de adquisición de una empresa, el párrafo 20 establece que, “*las cláusulas inhibitorias de la competencia*

están justificadas durante un máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos”.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el pacto de no competencia post contractual fijado por Aussie LTD tenía previsto una duración totalmente desproporcionada de diez años, es evidente que dicha cláusula está sobrepasando de manera manifiesta la duración temporal que habitualmente se viene aplicando en este tipo de casos.

Así, la duración de esta cláusula de no competencia, debería haberse previsto únicamente para los tres años posteriores a la perfección del contrato de compraventa, y no para un período de una década, por lo que dicha cláusula no puede reputarse válida, por ser claramente abusiva, tratando de impedir que el Sr. García acceda a un mercado en el cual ha desarrollado la actividad del *car sharing* a lo largo de los últimos diez años, esto es, desde que fundó la propia empresa Car4u.

En este sentido, también debemos tener en cuenta las decisiones de la Comisión Europea en casos de adquisición de empresas, ha considerado adecuadas aquellas cláusulas de no competencia por períodos de dos o tres años. De este modo, en la Decisión de 1 de septiembre de 2000, caso Clayton Dubilier, la Comisión Europea deja claro que están justificadas las cláusulas de inhibición de competencia por dicha duración máxima. Por tanto, la cláusula de no competencia que alega Aussie LTD excede totalmente la duración permisible a pactos de esta naturaleza, sin que pueda considerarse válida a estos efectos.

Por otro lado, la Sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 1985, en el denominado Caso Nutricia, consideró, en una venta de dos sociedades filiales a un tercero, que el plazo de diez años previsto como pacto de prohibición de competencia no era adecuado, debiendo imponer un plazo de tres años para consolidar la clientela. Finalmente, el Tribunal de Justicia declaró la validez de la cláusula con el límite temporal de tres años, siendo nula en el exceso, aplicando la llamada reducción conservadora de la validez.

Además, tal y como establece la STJ de 11 de julio de 1985 (asunto 42/84), aunque las cláusulas de no competencia no tengan la finalidad de restringir la competencia en el mercado, *“desde el momento en que su consecuencia, al menos aparentemente, sea eliminar del mercado a un competidor, deben considerarse prohibidas”.*

Nuestros Tribunales también han considerado manifiestamente excesivos los pactos de no competencia superiores a tres años, (SAP Barcelona 9 de mayo 2008) y más en un supuesto en el que se fijaron diez años (SAP de Madrid 4 de diciembre 2015), tal como ocurre en el caso que nos ocupa, por lo que debe considerarse nula al haber tratado de eliminar a un competidor del mercado y al haber establecido un límite temporal totalmente desproporcionado.

Así, Aussie LTD impuso al Sr. García, de mala fe, una cláusula nula, toda vez que la misma quiebra la equivalencia de las prestaciones, y tenía la finalidad de impulsar el negocio de Aussie LTD, mediante la explotación de la empresa de *car sharing*, Car4u, consiguiendo un control del mercado y de la clientela, alejando a un empresario como el Sr. García, con una enorme experiencia en el sector y con todos los conocimientos necesarios para crear una nueva empresa de *car sharing* exitosa.

Esta intencionalidad de Aussie LTD en apartar al Sr. García del mercado, aprovechándose del negocio que implementó, fue plasmada en el contrato de compraventa de manera desproporcionada, perjudicando el futuro empresarial del Sr. García, impidiéndole desarrollar un nuevo negocio que pudiese competir legítimamente contra las demás empresas del mercado. Debemos recordar, que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, tal y como establece el artículo 1256 del CC, por lo que, resulta palmario el intento de Aussie LTD de hacerse con el mercado, dejando sin posibilidades de competencia al Sr. García, que ha sido el gran perjudicado, al habersele impuesto una cláusula nula, ocasionando un enorme desequilibrio entre los contratantes, y por exceder extraordinariamente del límite temporal previsto por la Comisión Europea y por nuestros Tribunales.

7.1.2. No se cumplen los requisitos del pacto de no competencia. El Sr. García es ajeno a Car4mi

El Sr. García, además de alegar la nulidad de la cláusula por exceder extraordinariamente del límite temporal previsto legal y jurisprudencialmente, argumentaría que el pacto de no competencia estipulado en el contrato, ni siquiera cumple con los requisitos fijados y, por ende, no se habría producido ningún incumplimiento contractual por su parte.

De este modo, alegaría que es totalmente ajeno a la empresa Car4mi, ya que no ha participado directa ni indirectamente en la misma. La cláusula del contrato preveía la obligación expresa de “*no operar en el mercado de car sharing directamente o a través de terceros, así como no utilizar el know-how de Car4u*”, por lo que se alegaría el desconocimiento de la existencia de Car4mi, y su absoluta falta de participación o vinculación con la misma.

Respecto a la utilización del *know-how*, sucede exactamente lo mismo, pues al no tener ningún tipo de relación con la empresa Car4mi, no puede alegar Aussie LTD el incumplimiento del pacto de no competencia, pues tampoco se cumple este requisito.

Por último, el Sr. García alegaría que su supuesta participación con la sociedad Car4mi no ha sido acreditada por parte de Aussie LTD, pues sus alegaciones se basan en meras hipótesis y especulaciones acerca de su vida personal que no albergan ningún valor probatorio. Por lo tanto, Aussie LTD deberá

probar (art. 217.2 LEC) que el Sr. García ha participado directa o indirectamente en la creación de la sociedad Car4mi, operando en el negocio de *car sharing*.

7.1.3. La falta de legitimación pasiva de Car4mi

En primer lugar, Car4mi alegaría que Car4u no le podría demandar por competencia desleal, ya que no se ha acreditado en ningún momento la vinculación de la parte demandada con el Sr. García ni con el fondo de inversión extranjero. Además, Car4mi es una empresa de *car sharing* que ha comenzado con fuerza en el mercado única y exclusivamente por méritos propios, sin haber cometido ningún tipo de acto desleal en el mercado, que haya podido perjudicar a Car4u.

El artículo 10 de la LEC, dispone que *“serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”*.

De este modo, Car4u no puede demandar por competencia desleal a Car4mi, pues ésta no tiene ningún vínculo contractual con el fondo de inversión “Aussie LTD”, y tampoco tiene relación alguna con el Sr. García, por lo que las alegaciones de Car4u en las que hace referencia a la supuesta -e inexistente- colaboración de aquel, no pueden ir dirigidas contra Car4mi al no formar parte de dicha relación contractual, sin que pueda afectarle el pacto restrictivo de la competencia en el mercado.

En este sentido, se puede citar al Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de enero de 2013 (RJ 2014/1260) que define la legitimación pasiva *ad causam* en los siguientes términos:

“La legitimación pasiva ad causam en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida –titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas”.

Si trasladamos la anterior definición al presente supuesto, resulta evidente que Car4mi carece por completo de legitimación pasiva y, por tanto, no puede formar parte de este procedimiento, al no tener ninguna relación con Aussie LTD ni con el Sr. García, por lo que Car4u deberá acreditar (art. 217.2 LEC) que el Sr. García tiene una vinculación con Car4mi para que pudiera llegar a ejercitar acciones por competencia desleal frente a la misma.

7.1.4. Car4mi no ha cometido actos de competencia desleal en el mercado

En segundo lugar, en caso de que se desestimase la excepción procesal invocada por Car4mi, relativa a su falta de legitimación pasiva, la parte demandada alegaría que los actos de competencia desleal que Car4u está alegando, no pueden tener acogida, al tratarse de una empresa diferente que está obteniendo buenos resultados por méritos propios.

i. Inexistencia de violación de secretos y de aprovechamiento de la reputación ajena

Car4u hace referencia a una empresa llamada RIS, y a un empresario llamado D. Nicolás García, que nada tienen que ver con Car4mi, habiendo adquirido sus conocimientos y su forma de trabajar en el negocio de *car sharing* por cuenta propia, sin haberse aprovechado indebidamente de la reputación ajena de Car4u. Así, tampoco puede hablarse de violación de secretos, toda vez que no se ha acreditado que el Sr. García y RIS tengan vinculación con Car4mi, y más aún cuando el *know-how* de la empresa es de dominio público.

De este modo, primero debemos analizar la definición de *know-how* que el Tribunal Supremo ha establecido, considerando que es el “*conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación*”⁸⁸.

Asimismo, la doctrina señala que el *know-how* se trata de “*todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos*”⁸⁹.

Pues bien, debemos tener en cuenta que en el negocio del *car sharing* operan muchas más empresas y ofrecen unos servicios idénticos, no pudiendo hablarse de un *know-how*, única y exclusivamente desarrollado por Car4u, toda vez que es de dominio público, sin que pueda impedirse la explotación de este negocio a Car4mi.

Como bien ha concluido el Tribunal Supremo, partiendo de la doctrina jurisprudencial de la STS de 24 de octubre de 1979, el *know-how*, “*no determina una protección de manera directa, ni menos aún un derecho de carácter absoluto o un derecho de exclusiva, dado que su protección es únicamente indirecta y adviene por la vía de las normas relativas a la competencia desleal*”.

Siguiendo esta línea, debemos señalar que Car4u no tiene un derecho de exclusiva en este sector, y Car4mi no estaría cometiendo actos de competencia desleal, ya que resulta especialmente relevante, tal

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 2005, RJ 2005/8274 (véase también la STS de 24 de octubre de 1979 -RJ 1979/3459-).

⁸⁹ Gómez Segade, J.A., *El secreto industrial (know-how); Concepto y Protección.*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974.

y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona⁹⁰, saber distinguir entre lo que constituye información secreta de la empresa, de los conocimientos e información comercial, publicidad y organización, que no forman parte del secreto empresarial, y “*cuyo uso en la empresa competidora forma parte del derecho constitucional a desarrollar un trabajo y a evolucionar laboralmente en el sector de que se trate*”.

Por lo tanto, Car4mi alegraría que las formas de trabajar, la organización, el marketing y demás campañas publicitarias no constituyen un *know-how* como tal, que en ningún caso han cometido actos de competencia desleal, al ser un sector bastante concurrido donde otras empresas prestan sus servicios de alquiler de coches de forma que sus clientes puedan desplazarse por la ciudad durante el tiempo que quieran, y que, en definitiva, no puede considerarse infringido el *know-how* de Car4u, al ser de dominio público.

Por consiguiente, tampoco puede tener acogida el acto de competencia desleal relativo a la explotación de la reputación ajena, cuando Car4mi ha actuado en el mercado a través de sus propios méritos, compitiendo con el resto de empresas de *car sharing* por su propio esfuerzo, tratando de consolidarse en el mercado y de satisfacer las necesidades de sus clientes.

Además, Car4mi no ha hecho ninguna referencia a la empresa Car4u, ni a los servicios prestados por la misma, de modo que el artículo 12 de la LCD no puede encuadrarse en el presente caso, pues Car4mi ha mantenido en todo momento un comportamiento honesto y de buena fe con el mercado, sin haber perjudicado a ningún competidor.

Por lo tanto, no se ha acreditado por parte de Car4u que haya existido un aprovechamiento indebido de la reputación ajena de su empresa por parte de Car4mi, debiendo probar este extremo (art. 217.2 LEC).

ii. Inexistencia de actos de confusión y de actos de imitación

Como hemos explicado, la estrategia de mercado, la forma de trabajar, y las campañas publicitarias de Car4u, no pueden tener la consideración de *know-how* de la empresa, ya que no es una información secreta, por lo que es de dominio público. Car4mi ni siquiera ha adoptado la misma forma de trabajar dentro del negocio que Car4u, siendo muy pobre el argumento de que se puede ocasionar un riesgo de asociación en los consumidores, ya que se tratan de dos empresas diferentes que, si bien ambas ofrecen servicios de alquiler de coches, difieren en el resto de elementos que las conforman.

En este sentido, no existe un peligro de confusión para los consumidores, al no poder apreciarse un riesgo de asociación respecto de la procedencia de la prestación, toda vez que las empresas funcionan

⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 26 de octubre de 2005, núm. 443/2005, AC 2006\365.

de una forma distinta, permitiendo a los clientes optar por los servicios de Car4mi o de Car4u. Por lo tanto, no se puede considerar que la empresa Car4mi sea un impedimento para la identificación por parte de los consumidores de los servicios de una u otra empresa.

A este respecto, aunque las empresas tengan signos distintivos parecidos, tendría que acreditarse por parte de Car4u que son tan similares que llega a producir una confusión en el consumidor a la hora de elegir unos servicios u otros. No puede fundamentarse el riesgo de asociación en el solo hecho de que los nombres de las empresas sean parecidos, ya que, si bien tienen similitudes, también albergan diferencias que pueden ser fácilmente reconocibles por el consumidor medio.

Además, Car4mi pretende, mediante su propio esfuerzo y por sus méritos propios, competir legítimamente en el mundo del *car sharing*, ya que la explotación del negocio puede resultar muy rentable para la empresa. Por ende, no es creada con la finalidad de obstaculizar ni de excluir a un competidor como Car4u, tratando de consolidarse en el mercado, tal y como alega Car4u.

7.1.5. Conclusiones

En conclusión, por las circunstancias expuestas, no podría considerarse incumplido el pacto de no competencia, por exceder éste el límite temporal previsto en las Decisiones de la Comisión Europea, así como por la jurisprudencia, y por ser manifiestamente desproporcionado, toda vez que quiebra el principio de la equivalencia de las prestaciones. Además, el Sr. García no está vinculado a la sociedad Car4mi, por lo que al no haber participado directa ni indirectamente en la creación de la misma, no se cumplen los requisitos del pacto de no competencia del contrato, siendo inexistente el incumplimiento contractual que alega Aussie LTD.

Por otro lado, Car4mi carece de legitimación pasiva para ser demandada en este procedimiento por competencia desleal, al no tener ningún vínculo contractual con el Sr. García, ni con Aussie LTD, ni estar relacionado de ninguna forma con los mismos.

No obstante, en caso de que se desestimase esta excepción procesal, Car4mi no ha cometido actos de competencia desleal, sin que pueda tener acogida la alegación de Car4u de violación de secretos ni el aprovechamiento indebido de su reputación ajena, ya que el *know-how* de la empresa no ha sido utilizado ni vulnerado, ya que atendiendo al significado que tanto la jurisprudencia como la doctrina han establecido para el “saber-hacer”, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso que nos ocupa, no tendrían la consideración de secretas las formas de trabajar, el marketing, la organización o la publicidad de la empresa, habiendo operado la empresa por cuenta propia y compitiendo libremente en el mercado.

Asimismo, tampoco puede alegar la parte demandante la concurrencia de actos de confusión y de imitación, cuando se tratan de dos empresas distintas, que ofrecen servicios de alquiler de coches, pero

que tienen un funcionamiento diferente, diferenciándose y, por tanto, permitiendo a los clientes elegir libremente la utilización de los vehículos de una u otra empresa.

Por ende, Car4mi no ha cometido ningún acto de competencia desleal, tratándose tan solo de una nueva empresa que está intentando competir en el mercado de *car sharing* utilizando sus propios medios, habiendo generado resultados positivos y habiendo conseguido clientes por sus propios méritos, sin que pueda imputársele ninguna conducta desleal que haya perjudicado a la empresa Car4u.