



ICADE

Caso Práctico para el Trabajo Fin de Máster

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Especialidad Jurídico – Privada

Curso 2021 – 2022

Autor:

María Bernabéu Cruz

Director:

Íñigo Navarro Mendizábal

Facultad de Derecho. Universidad Pontificia de Comillas.

Enero 2022

ÍNDICE:

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	ANTECEDENTES.....	3
III.	ARGUMENTACIÓN Y SOLUCIÓN A LAS DISTINTAS CUESTIONES JURÍDICAS.....	5
	a. Cuestión 1.....	5
	b. Cuestión 2.....	13
	c. Cuestión 3.....	17
	d. Cuestión 4.....	22
	e. Cuestión 5.....	32
	f. Cuestión 6.....	39
	g. Cuestión 7.....	46
IV.	CONCLUSIONES.....	50
V.	LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADO.....	52

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realizará un estudio exhaustivo de los diferentes problemas jurídicos que plantea el supuesto de hecho, con el fin de dar respuesta a las cuestiones enumeradas. Con ocasión de ello, podremos analizar el contrato de compraventa de participaciones sociales en sí, las responsabilidades de las partes que lo forman y las distintas actuaciones ante un incumplimiento contractual por vicios ocultos. Por otro lado, se estudiarán los efectos que conlleva la crisis sanitaria COVID 19 en la sociedad en general, y en los contratos en particular, con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para modificarlos. Finalmente se profundizará en la confusión de dos nombres comerciales en el mercado, la competencia desleal y el incumplimiento contractual por violación de secreto profesional.

II. ANTECEDENTES

Antes de comenzar a resolver las cuestiones del caso práctico, resulta conveniente poner en antecedentes el caso en sí, para recoger todos los detalles que puedan ser relevantes.

- I.** D. Nicolás García, empresario, descubrió en Seattle el concepto de *car sharing* (tener una flota de coches repartidos por toda la ciudad para que se pueda alquilar el que más cerca tengas) y lo implantó en Madrid con la fundación de la empresa Car4u, S.L.
- II.** La rápida expansión de esta empresa en España hizo que en enero de 2020 el fondo de inversión australiano Aussie LTD, uno de los fondos de inversión más grandes del mundo con participaciones en cuatro empresas más de *car sharing*, estuviera interesado en adquirir participaciones de Car4u.
- III.** Tras un proceso de *due diligence* y conocer todos los detalles de Car4u, D. Nicolás García y Aussie LTD llegan a un acuerdo, y el 15 de febrero firman un contrato de compraventa de participaciones sociales de un 80%, por un precio de 3.500.000 de euros. Y ese mismo día, Car4u toma un préstamo bancario para invertir en la compra de nuevos vehículos.
- IV.** Unos días después de adquirir las participaciones, Aussie descubre que un porcentaje bastante alto de vehículos está averiado y requiere reparaciones por un importe de 300.000€.

- V.** En este tiempo la pandemia del Covid-19 llega a España, y con ella el estado de alarma que prohíbe a los ciudadanos salir de sus hogares. Esta situación acarrea la paralización de la actividad de Car4u, y, por tanto, deja de tener la liquidez con la que contaba para hacer los pagos debidos del préstamo bancario. Por lo que, presenta una solicitud de medidas cautelares inaudita parte para suspender durante un año el pago de intereses invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.
- VI.** Una vez superada la pandemia, repunta con fuerza el negocio de Car4u. Aunque aparece una nueva compañía en el mercado que además de tener in nombre muy parecido “Car4mi”, también comparte formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado con Car4u, conllevando así la ralentización de resultados de esta última, al haber perdido clientes y empresas colaboradoras.
- VII.** La máxima accionista de Car4mi es Dña. Beatriz Madariaga, que acudió como acompañante de D. Nicolás García a la firma del contrato de compraventa, y tras una investigación de Aussie LTD descubre que convive con él.
- VIII.** Dentro del contrato de compraventa, en la regulación del régimen de no competencia, se regula una obligación de prohibir a D. Nicolás operar directamente a través de terceros en el mercado de *car sharing* durante al menos 10 años, así como utilizar el *know-how* de Car4u sin su permiso.
- IX.** Sumándonos a lo anterior, la directora de la empresa RIS (Ramiro Investments, S.A.), una de las empresas que colaboraba con Car4u, envió por error a Aussie un e-mail, que iba dirigido al Sr García, para agradecerle que le contasen los problemas de Car4u, y confirmarles que colaborarán con ellos.

III. ARGUMENTACIÓN Y SOLUCIÓN A LAS DISTINTAS CUESTIONES JURÍDICAS

A continuación, procedo a resolver las distintas cuestiones jurídicas planteadas a partir de los antecedentes expuestos, con apoyo normativo, jurisprudencial y doctrinal, que iré mencionando a lo largo del trabajo, en la mayoría de los casos con referencias a pie de página.

CUESTIÓN 1

¿Puede Aussie LTD resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García por el hecho de que parte de los vehículos que forman parte de la flota de Car4u estén averiados?

En el caso que nos aguarda, podemos identificar un contrato de compraventa entre Aussie LTD (en adelante “Aussie”) y el Sr. Nicolás García de participaciones sociales representativas al 80% del capital social de la empresa Car4u S.L (en adelante “Car4u”).

Los contratos como tal tienen eficacia cuando se despliegan los efectos de su contenido para las partes, logrando lo que se desea o se espera, y desde el momento en el que se perfecciona vincula a las partes, lo cual supone que las obligaciones que surgen entre ellos tomen efecto. Según el artículo 1261 del CC no hay contrato si no concurren los siguientes requisitos: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

En el caso del contrato de compraventa, que es un contrato meramente consensual, como dice el artículo 1450 del Código Civil, *“La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado”*, se perfecciona con el acuerdo de voluntades, con la promesa realizada, que ya les hacen a los contratantes poder exigir el contenido de este, aunque ni si quiera se haya entregado el objeto del contrato.

Se regulan dos tipos de compraventas dependiendo de cuando se produce el acuerdo y consecuente perfección, por un lado, la compraventa a calidad de ensayo o prueba, en la que el comprador puede probar e inspeccionar la cosa y rechazarla si no satisface sus necesidades, pero el vendedor por su parte podrá probar pericialmente que la cosa es

conforme al contrato y, obligando al comprador a aceptarla, que es el tipo que nos aguarda en este supuesto. Y por otro, la compraventa *ad gustum*, de cosas que es costumbre gustar o probar, en la que el desistimiento es completamente libre, pudiendo desechar la cosa el comprador por el simple hecho de que no le gusta¹.

En este tipo de contratos se dan una serie de obligaciones tanto para el comprador como para el vendedor. En el caso del vendedor, según el artículo 1468 del Código Civil está obligado a la entrega de la cosa *“en el estado en el que se hallaba al perfeccionarse el contrato”*. Dado que el vendedor está obligado a conservar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia (art 1091 CC) y entregar la cosa con todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados en el contrato (art 1097 CC) porque esta entrega sirve para colmar el proceso de adquisición de la propiedad de título y modo (art 609 CC). Como ya se menciona, la entrega de la cosa vendida incluye *“todo lo que exprese el contrato”*, aunque hay reglas por si hay desajustes entre lo pactado y lo entregado, que no es lo mismo que el incumplimiento, que se da cuando la cosa entregada no cumple con la finalidad propia para la que había sido comprada.

Dentro de los contratos de compraventa, en este caso se trata de un contrato de compraventa de participaciones sociales, en el que la parte vendedora son los socios, y la parte compradora es un tercero, en este caso una empresa, y lo que se trasmite son participaciones de una sociedad a cambio de un precio cierto. A raíz de dicha compraventa, el comprador adquiere la condición de socio, con todos los derechos y obligaciones vinculados a las participaciones transmitidas, y por parte del vendedor existen una serie de garantías, que se incorporan al contrato como *“manifestaciones y garantías”*².

Por todo lo expuesto, y ante la primera pregunta, sin entrar a argumentar una parte u otra del contrato. Así sí puede resolver el contrato de compraventa que lleva a cabo con el Sr García, dado que la resolución de contratos es una de las facultades implícitas en las recíprocas cuando uno de los obligados no cumple con lo que le incumbe. El Código Civil regula esta en su artículo 1124 del CC, *“el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”*. En el que se le da la opción a la parte perjudicada, en este

¹ NAVARRO MENDIZÁVAL, I. (2019)

² BARROS VÁZQUEZ, S. (2020) *“Cumplimiento de Prestaciones”*

caso a la parte compradora, de o bien exigir el cumplimiento, o bien resolver la obligación, con el resarcimiento de daños en ambos.

a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie Ltd?

Desde la posición de la parte compradora, Aussie, fondo de inversión que tiene como fin la compra de la mayor parte de negocio de Car4u al Sr García, se puede alegar un incumplimiento de obligaciones por la parte vendedora, que conlleva un incumplimiento contractual y con ello la resolución de este como una de las respuestas a la ineficacia en la compraventa.

I. Incumplimiento de obligaciones

La parte vendedora juega un papel importante en los contratos de compraventa, teniendo que cumplir diferentes obligaciones.

El Sr. García está obligado principalmente a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta, como bien regula el artículo 1461 del CC. Y como obligaciones accesorias, a conservar la cosa a entregar como un buen padre de familia, a entregar todos los accesorios de esta, aunque no hayan sido mencionados, a entregar al comprador los títulos de pertenencia, y a pagar los gastos de entrega de la cosa si los hubiera³.

El objeto de la venta, además del 80% de participaciones sociales, que le hacen ser un contrato de compraventa de participaciones sociales, también es el negocio de la sociedad adquirida, es decir Car4u como tal. De tal manera que la entrega de los coches que forman Car4u en el estado en el que se acordó en el contrato, es una de sus obligaciones principales del Sr. García y que llevaría a cumplir la causa del contrato.

Y esta obligación comienza desde el momento en el que se perfecciona el contrato, que como ya he mencionado, sería desde el acuerdo de voluntades, según 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.*

³ PONCE DE LEÓN DIEZ-PICAZO, L (2010)

Por lo que la entrega de la mayor parte de coches averiados por parte del Sr. García acarrea una infracción en sus obligaciones como parte del contrato⁴.

II. Incumplimiento contractual

El incumplimiento de obligaciones del Sr. García, se trata de la falta de correspondencia objetiva entre lo pactado y lo entregado, siendo la cosa que se entrega absolutamente inútil para el fin al que se destina. Por lo que se aplica la doctrina jurisprudencia del *alid pro alio*, traducido del latín como “una cosa por otra”, y existe incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del contratante, al ser inadecuada la cosa para el fin para el que se quería, dado que el fin de este negocio es el alquiler de coches con los que poder circular y los averiados no pueden ser usados por los consumidores, llegando a un porcentaje alto de coches que alteran la finalidad por completo⁵.

Esta doctrina se desarrolla en el artículo 1166 del CC, *“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. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”*.

Aussie puede acudir por ello a la protección de los artículos 1101 y 1124 del CC, como mencionan sentencias como la del 16 noviembre 2000 , *“existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 del Código civil ”*, dado que en este caso se altera por completo la finalidad para la que estaba destinado el objeto del contrato.

III. Resolución del contrato

Por su parte, el artículo 1124 del CC se refiere a la acción resolutoria, que la doctrina jurisprudencial ha precisado que para que se aplique se tienen que cumplir tres requisitos: la exigencia de un vínculo contractual recíproco y exigible, el incumplimiento grave por una de las partes y que la otra parte no haya inobservado lo que le corresponde, y en este caso sí se dan. Y al igual que ocurre con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio

⁴ NAVARRO MENDIZÁVAL, I (2019)

⁵ NAVARRO BERTOLÁ, I (2016)

de 2015 que nos muestra un claro ejemplo de *aliud pro alio* al venderse un sótano como vivienda, siendo inhábil para ello, se constituye un incumplimiento esencial que da lugar a la resolución de la compraventa, en aplicación del art. 1.124 CC

Y el artículo 1101 del CC dice 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*”, regulando así la acción de indemnización procedente de este incumplimiento imputable para reequilibrar la economía de Aussie tras el daño patrimonial sufrido por causa del incumplimiento. Los requisitos que para llevar a cabo esta acción se tienen que cumplir son, la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado, no por fortuito o causa mayor, la realidad de los perjuicios, y nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos⁶. Y en este supuesto se presenta una clara obligación por parte del vendedor de cumplir con la entrega de la cosa objeto del contrato en perfectas condiciones, que incumple debido a una falta de diligencia que se manifiesta en las averías de los coches entregados, presentando una causalidad entre el incumplimiento del Sr. García y los daños producidos con el importe de reparaciones fijado en 300.000€. Por ello la parte compradora y perjudicada, por el incumplimiento contractual, Aussie, puede añadir una indemnización por daños y perjuicios, a la resolución del contrato.

¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD al vendedor?

Una vez afirmado el incumplimiento, ha de cifrarse la indemnización debida en un importe que satisfaga el menoscabo ocasionado por este incumplimiento.

Esta indemnización se forma por los daños que se han originado a Aussie, y que ahora puede reclamar, distinguiéndose tradicionalmente en gastos o daño emergente, que se deben determinar en el momento en que se desembolsen, abarcando su resarcimiento no solo el mero reembolso, sino también los intereses que dichas sumas pudieran reportar durante el periodo de privación, y el lucro cesante o el importe de las ganancias frustradas que de haber cumplido el contrato se habrían obtenido. Como bien establece el artículo 1106 del CC “*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la*

⁶ PONCE DE LEÓN DIEZ-PICAZO, L (2010)

pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor". En este caso son, por un lado, el importe por el arreglo de los coches, que alcanza los 300.000 euros, es decir el daño emergente, el valor de la pérdida, y, por otro lado, el importe que se deja de percibir, que al ser estos el medio principal de ingreso de la empresa será notable.

Para saber la medida del daño contractual indemnizable, es decir el momento temporal que se debe mirar para determinar el perjuicio contractual, es necesario comparar el interés contractual positivo y negativo. Por su parte la indemnización del interés positivo, también llamado interés de cumplimiento concuerda con una visión funcionalista del contrato, es decir que los daños resultantes de la infracción del contrato guardan correspondencia con la esperanza de la utilidad que la ejecución del contrato representa. Este trata una óptica funcionalista en la que a partir del incumplimiento sería posible medir la expectativa de cumplimiento en dinero, mirando al porvenir, engloba las perspectivas favorables que se pueden legítimamente esperar como resultado del cumplimiento de la obligación. Por el contrario, el interés negativo, como criterio de evaluación del daño, es útil en una esfera de ineficacia del contrato, porque al encontrar en la resolución del contrato la liberación de este, extinguiéndose la relación contractual, no se podrían reclamar los perjuicios por la expectativa de cumplimiento, sino que solo serían aquellos que sufre con ocasión de la celebración del contrato, los que implicó la oportunidad de contratar, mirando al pasado, tratando de restablecer el statu quo patrimonial anterior a la constitución de la obligación que se ha visto incumplida, resarcimiento de daños y perjuicios que no habría sufrido si no se hubiera constituido la obligación⁷. Siguiendo lo expuesto se podría decir que, si se solicita el cumplimiento, se tendría que indemnizar del interés positivo, mientras que, si solicita la resolución, del interés negativo, no obstante, en la resolución se presentan ambas esferas, tanto la de la función del contrato como la de su ineficacia⁸.

Por lo que los daños han de alegarse por quien los exige sin que sea suficiente la mera prueba del incumplimiento contractual para su cuantificación. En este caso tanto el daño emergente ya fijado su importe, como el lucro cesante, con un resarcimiento del interés

⁷ MONSALVE CABALLERO, V. (2020) El interés negativo como delimitante en la responsabilidad precontractual. *Revista Prolegómenos*

⁸ CORTADO GONZÁLEZ, J.I. (2011)

positivo por el incumplimiento contractual, como de indemnización del interés negativo al querer Aussie resolver el contrato.

b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría el Sr García?

En este caso, la parte compradora es el Sr. Nicolás, empresario que funda Car4u y hace que se convierta tras diez años en la empresa de *car sharing* número 1 en España, y sus argumentos son los siguientes.

I. Cumplimiento con lo pactado

El Sr. García ha cumplido con sus obligaciones como parte vendedora, dado que hace entrega del 80% de las participaciones sociales, lo cual se considera el objeto principal de este contrato de compraventa de participaciones sociales, según lo acordado por las partes y sin existir un acuerdo expreso que haya extendido este. Cumpliendo además con las obligaciones accesorias en cuanto a este objeto, como es conservarlas diligentemente o entregar todos los accesorios.

Y, por otro lado, realiza también la entrega de los coches como tal, que forman el negocio de Car4u, como objeto accesorio del contrato.

Por lo que realiza un cumplimiento diligente de cada una de sus obligaciones como parte vendedora, para que se pueda cumplir el contrato sin problemas de ningún tipo de problema.

II. Cumplimiento contractual

Bien es cierto que un porcentaje bastante alto de coches cuentan con averías, pero no por ello se inhabilita el coche conllevando la inidoneidad para cumplir la finalidad o el interés del comprador, dado que, una vez reparados los defectos mecánicos, los motores cumplen con su función, y los coches pueden ser usados, desestimando así la hipótesis de incumplimiento contractual⁹.

En este caso no se fundamenta la "*excepto non adimpleti contractus*" ni la "*non rite*" pues pueden ser reparados a satisfacción del comprador. En todo caso un anómalo

⁹ DE PALMA GARRIDO, V.M. (2016)

cumplimiento del contrato que puede resolverse, y que no llega a originar el incumplimiento de este.

Además, no se trata de un “*aliud pro alio*”, es decir que la gravedad del defecto de la cosa vendida determine que sea prácticamente distinta a la que debía haber entregado el vendedor o la haga inhábil para el uso al que se la destina, aparte de porque la avería es reparable, fijándose incluso un presupuesto de reparación de 300.000€, tampoco se ha acreditado que los defectos existieran en el momento de la venta, sino que aparecen días después, tiempo indefinido en el que el Sr. Nicolás ya había cumplido diligentemente con sus obligaciones, como bien precede la Audiencia Provincial de Sevilla en la Sentencia núm 759/2002, de 22 de octubre¹⁰.

Recientemente la Audiencia Provincial de Málaga en la Sentencia núm 221/2021 de 31 de marzo alega lo siguiente:

“no puede estimarse que una avería en la junta culata del vehículo suponga un incumplimiento del comprador, demandado, hasta el punto, como pretende la actora, de hacerlo inhábil para el uso pretendido. Primeramente, porque es perfectamente reparable. En segundo lugar, porque el importe de dicha reparación, 2.014'87 euros más IVA, no es de suficiente consideración como para apreciar que el coche resulta inhábil. Y en última instancia, porque dicha inhabilidad debería haber sido acreditada por la correspondiente pericial, en la que por técnico competente se determinase de forma objetiva e imparcial el defecto existente y la entidad del mismo en relación al valor del vehículo y la inhabilidad que se pretende”.

Esta alegación perfectamente se puede aplicar al caso que nos aguarda, dado que como he mencionado con anterioridad, la reparación con un importe fijo equivalente a todos los coches averiados no es suficiente para que resulten inhábiles. Asimismo, la supuesta inhabilidad de dichos coches tendría que haber sido justificada por un perito, que conllevara así el incumplimiento del contrato, lo cual tampoco ha sucedido. Por lo que se puede concluir con que al no ser este defecto causa de incumplimiento, tampoco se puede resolver el contrato como argumenta la parte compradora, ni se puede reclamar indemnización por daños y perjuicios, dado que no pueden ser probados.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla: “(...) a falta de una prueba pericial, nada acredita el presupuesto aportado por el actor, que no aclara la verdadera naturaleza de la avería”

CUESTIÓN 2:

¿Puede Aussie LTD exigir al vendedor saneamiento por vicios ocultos? ¿Cómo fundamentaría la pretensión?

Como se menciona, el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa, es decir ponerla en poder y posesión del comprador, pero para garantizar esto, la posesión tiene que ser pacífica y útil. Pacífica a través del saneamiento por evicción, que podría verse alterada por causas jurídicas, y útil mediante el saneamiento por vicios ocultos¹¹, para el caso en el que la cosa se arruine por causas físicas y económicas. Además de la entrega, otra de sus obligaciones principales, según el artículo 1461 del CC ya mencionado, es el saneamiento de la cosa objeto de la venta, por lo que se reafirma la obligación del Sr. García de sanear los vicios ocultos.

El saneamiento es la obligación de reparar los daños y perjuicios causados al adquirente de la cosa, que según el artículo 1474 del CC se traduce en garantizar la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y responder de los defectos o vicios ocultos que tuviere. Este se regula normalmente en sede de compraventa, pero tiene cierto carácter de teoría general de saneamiento, pues el Código Civil se remite a esta normativa en diversas ocasiones, como por ejemplo en la donación onerosa (art. 638), el arrendamiento (art. 1533) o la sociedad (art. 1681). Y existen dos tipos de saneamiento, por un lado, el saneamiento por evicción, recogido en los arts. 1475 y ss del CC, y por otro el saneamiento por gravámenes ocultos.

Ambos saneamientos tienen como fin intentar garantizar una obligación de entrega, sin necesidad de la presencia de culpa como criterio de imputación, y aunque tienen aspectos en común, como que existe un derecho anterior a la compra que vence al comprador. Se diferencian en muchos otros, dado que en el de evicción hay privación total de la cosa, una pérdida del derecho sobre esta por una sentencia condenatoria, pues la cosa era de otro y el vendedor entregó cosa ajena, mientras que la de gravámenes ocultos, supone un defecto en la cosa, con una mera limitación al derecho de propiedad. En el caso de gravámenes ocultos no aparentes, que cumplan los requisitos establecidos para serlos, por los que se presume que el comprador no habría adquirido la finca si los hubiera conocido, se podrá pedir la resolución del contrato¹².

¹¹ NAVARRO MEDIZÁVAL, I. (2019)

¹² CARRASCO PERERA, A. (2013) "Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz"

En el presente supuesto, Aussie aparentemente sí puede exigir al vendedor el saneamiento por vicios ocultos, dado que según el artículo 1484 del CC, la parte vendedora, el Sr. Nicolás en este caso, está obligado al saneamiento por vicios ocultos que tuviere la cosa vendida, aunque el vendedor los ignorase, según el artículo 1485 del CC. Pero para saberlo con exactitud, hay que analizar si las averías serían consideradas vicios ocultos, y si por consiguiente estas se pueden reclamar al vendedor por medio de la acción de saneamiento.

En primer lugar, las averías de los coches comprados por Aussie sí serían consideradas vicios reclamables, dado que según la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2000, de 3 de marzo de 2000, el vicio se entiende *por un defecto o imperfección, así como una alteración de la calidad o cualidades de la cosa que la inhabilitan para ser usada, así como se pactó en el contrato o en su defecto, para el uso para el que por naturaleza se destina la cosa*. Y en este caso, los coches averiados dejarían de poder ser utilizados, interrumpiendo el fin último para el que está pensado el negocio.

Y, por otro lado, para la viabilidad de la acción de saneamiento por estos vicios reclamables se tienen que cumplirse una serie de requisitos exigidos:

El vicio como tal debe ser oculto, es decir un defecto que no esté a la vista y no sea cognoscible teniendo en cuenta quién es el comprador, la Real Academia de la Lengua Española define oculto como: "*Lo escondido, ignorado, que no se da a conocer, ni se deja ver ni sentir*", pues si el vicio es fácilmente detectable, el comprador ya no tendrá derecho a reclamar. De acuerdo con el Código Civil, específicamente en el artículo 1484 CC antes mencionado, podemos entender los vicios ocultos como los que "*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*".

Este vicio oculto debe ser grave, de cierta importancia, haciendo impropia la cosa para su uso o disminuyendo su utilidad. Así se evita la reclamación por desperfectos menores que no afectan a la integridad o utilidad del bien.

Y además debe ser preexistente a la venta, de tal forma que antes de perfeccionarse el contrato, de entregarse la cosa, ya existiese el vicio, en caso contrario serán aplicables las reglas sobre el riesgo en el contrato de compraventa, y respondería a los defectos

sobrevenidos. Debiendo por tanto probar, no sólo la existencia del vicio, sino también que existía al tiempo de la perfección del contrato¹³

Por tanto, tras analizar los distintos requisitos que se tienen que tener en cuenta para que se dé lugar a la acción por saneamiento por vicios ocultos, y aplicarlos al caso concreto que nos aguarda, se puede ver con exactitud que se cumplen todos ellos, al poderse calificar estas averías como vicios ocultos, dado que estas se descubren días después de la perfección del contrato, y hacen imposible el cumplimiento del fin para el que se destinan los coches, dado que no puede circular con ellos, y así el fin último del negocio en general. Además, de haber conocido estos, el comprador no habría perfeccionado el contrato, o habría tomado alguna medida al respecto, como ofrecer menos dinero por ello. Estos defectos ocultos también son calificados como graves, haciendo completamente impropio el coche para su uso y disfrute por los consumidores. Y, por último, este vicio oculto y grave, está presente en el momento en el que se perfecciona el contrato, ya que solo unos días después de adquirir las participaciones es cuando se descubren.

El saneamiento de estos vicios ocultos se configura como una obligación impuesta al vendedor, tanto si los conocía como si no, con un régimen independiente al de la entrega de la cosa, de que se determine cumplimiento defectuoso de entregar o conlleve un vicio del consentimiento. La responsabilidad del vendedor por vicios ocultos viene del Derecho Romano, aunque el IUS CIVILE decía que el vendedor como regla general no respondía de los defectos que descubriese el comprador una vez recibía la cosa, luego se admitió que este último podía reclamar al vendedor por *actio empti* (nacida del contrato de compraventa) si los defectos fuesen conocidos de antemano por el vendedor. Sin embargo, este saneamiento actualmente no necesita presencia de culpa como forma de imputación, sino que el vendedor responde al comprador por los vicios ocultos, aunque los ignore.

Asimismo, Aussie a la hora de reclamar el saneamiento de la cosa vendida por vicios ocultos tiene dos opciones, según el artículo 1486 del Código Civil, con un plazo de 6 meses desde la entrega de la cosa vendida, según el artículo 1490 del CC. Por un lado, desistir del contrato abonándole así los gastos que pagó, acción redhibitoria, o bien, por rebajar a una cantidad proporcional el precio de estos a juicio de un perito, acción estimatoria o *quantis minoris*.

¹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2018)

La acción redhibitoria, consiste en desistir del contrato ya firmado con la devolución del dinero. Dice parte de la jurisprudencia que tiene naturaleza rescisoria, es decir rescisión por la lesión que provoca el vicio oculto en la equivalencia de prestaciones entre las partes con el consiguiente perjuicio económico para el comprador.

La naturaleza rescisoria está presente en esta acción si lo que se pretende es dar satisfacción al acreedor con el perjuicio económico del comprador que causa el vicio oculto. Y otro sector de la doctrina señala que esta acción lleva consigo consecuencias propias de la resolución contractual. A quién sí obliga es al vendedor a devolver el precio, con el abono de los gastos que pagó el comprador por la reparación de vicios ocultos.

En otro término, la acción estimatoria o *quatis minoris*, trata de rebajar una cantidad proporcional del precio de la cosa. La finalidad de esta acción es restablecer el equilibrio contractual alterado por los vicios ocultos, alcanzando así la equivalencia de pretensiones entre los contratantes con un ajuste en el precio, pero sin indemnización. El valor de referencia para la rebaja proporcional del precio se fija con una valoración pericial de esta, o rebajando hasta llegar al precio de mercado.

Y la acción indemnizatoria, en caso de optarse por la acción redhibitoria, y si el vendedor conocía los vicios de la cosa vendida y no los manifiesta al comprador, este último tiene derecho a que se le indemnice por daños y perjuicios¹⁴.

Según el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de febrero de 2007, *la acción redhibitoria por vicios ocultos y la acción de resolución contractual por vicios de la cosa e incumplimiento de prestaciones, aliud pro alio, no son ni incompatibles ni excluyentes, es más el comprador puede acudir a ambas acciones.*

Por lo que, Aussie, a parte de la resolución del contrato que hemos argumentado antes, también puede exigir el saneamiento por vicios ocultos, pues hacen impropia a la cosa para el uso al que estaba destinada, siendo un deterioro o desperfecto de esta y responde así a la falta de satisfacción que ha tenido desde que recibió los coches, al incapacitar las averías de estos el negocio de *car sharing* de cumplir con su finalidad.

¹⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2009) *Saneamiento por vicios ocultos*

CUESTIÓN 3

El Sr. García se opone al saneamiento por vicios ocultos con base en que (i) Aussie LTD realizó una due diligence exhaustiva y (ii) en que Aussie LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 del Código Civil.

En un contrato de compraventa, en lo que respecta a la parte compradora también existen una serie de obligaciones. La principal es el pago del precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato, y si no se fijan, se hará cuando se haga entrega de la cosa vendida. Aunque este puede suspender el pago si *“fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria”*. Otra de las obligaciones del comprador es recibir la cosa comprada, salvo que exista causa que le habilite rechazar el pago, pues en caso contrario incurriría en *mora accipiendi*.

Y en este caso, al tratarse de una compraventa de empresa, la diligencia que se le exige al comprador antes de tomar la decisión de comprar es mayor, por la complejidad del objeto. Por lo tanto, previamente a la prestación del consentimiento contractual, el comprador también tiene el deber de estudiar con detenimiento la situación económica, laboral, legal o financiera de la empresa, objeto del contrato¹⁵.

Este estudio se suele encargar a expertos, en el que la parte vendedora también tiene la obligación de facilitar información sobre la empresa, y es conocido como *due diligence*, que tiene como objetivo la valoración de activos y pasivos, la evaluación de los riesgos de un negocio y la identificación de las áreas para una investigación adicional, que permiten al inversor o comprador tomar decisiones de inversión informadas. Este proceso cubre muchos aspectos de un negocio, generalmente divididos en cinco áreas, las finanzas, desempeño comercial, el cumplimiento legal, las operaciones y el impacto ambiental. Y hay distintos tipos de *due diligence*, con mayor o menor importancia dependiendo de las industrias en las que nos encontremos, y también de la duración, la profundidad, y el alcance de la investigación de la naturaleza de la transacción, las necesidades e intereses de la empresa inversora, y el nivel percibido de riesgo¹⁶.

¹⁵ PONCE DE LEÓN DÍEZ-PICAZO, L (2010)

¹⁶ HALLET CHARRO, R (2004) Un estudio sobre la realización de los diferentes tipos de revisión o auditoría legal y financiera. *Due diligence*

Antes del inicio de la *due diligence*, se firma un contrato en el que se especifica que la información proporcionada es confidencial, y que no se trasladará íntegramente al inversor, que solo tendrá acceso al informe final, para evitar posibles filtraciones. Y en el informe final a parte de todas las conclusiones que se obtienen, aparece una descripción de los riesgos e incumplimientos detectados.

En segundo lugar, como bien dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, se entiende por Perito "*no en el sentido de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales*", dado que a parte del significado literal de perito, a este término nos referimos para las personas con cualidades para conocer de ciertas materias por su profesión, es decir, un abogado o un médico se consideran peritos en su oficio.

Argumentos a favor del Sr. García

El Sr. García se opone al saneamiento por vicios ocultos con base en que Aussie realizó una *due diligence* exhaustiva y en que este es perito de acuerdo con el artículo 1484 del Código Civil.

I. Perito como persona con cualidades en una determinada materia

El artículo 1484 del CC tiene como excepción a la responsabilidad del vendedor, que los defectos sean manifiestos o que estén a la vista, o que, si no lo están, el comprador sea un perito que, por razón de su oficio o profesión deba fácilmente conocerlos¹⁷.

En este caso, los vicios puede que sean ocultos para otro perfil de comprador, sin embargo, son reconocibles para Aussie, dado que esto se ha de determinar en función de los conocimientos de cada comprador para descubrirlos y en función de la diligencia exigible, según la buena fe, que despliegue en su verificación. Y en este caso, se trata de uno de los fondos de inversiones más grandes del mundo, con participaciones de *car*

¹⁷ **Artículo 1484 CC**

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; 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, debía fácilmente conocerlos

sharing en otras cuatro empresas más, que operan en Vancouver, Boston, Sydney, y Roma, con experiencia suficiente como para saber lo que comprobar antes de comprar, y en qué negocio invertir, y más si se trata de un mercado que conoce tanto como es el alquiler de coches. Un ejemplo de ello fue la STS de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984, 693), que dice que “*siendo el actor persona técnica y poseedor de máquinas como la adquirida a dicha entidad debía conocer fácilmente sus virtudes y defectos*”, e igual ocurre con Aussie y su facilidad para ver los virtudes y defectos de la empresa que compra.

Además, este artículo no se refiere a perito como la persona con título profesional como tal, sino como bien definen mucha jurisprudencia y doctrina, es la persona que tiene cualidad para conocer las características de algo.

Al igual que es definida por muchas otras sentencias sin ni siquiera referirse al término “perito”, como la Sentencia del Tribunal Supremo 4798/2010, de 8 de julio¹⁸, que sistematiza la doctrina de los preceptos del Código Civil y la jurisprudencia relativa al saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida y establece unos principios:

“a) 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; b) que es preciso que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior; c) que es preciso que el vicio no fuera conocido por el adquirente, ni conocible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto; d) que ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso a la que la 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 motivo 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 adquirente”

Por lo que este término, al que se refiere el artículo 1484 como perito, sí corresponde a Aussie, dado que sí se trata del adquirente de los coches, que podría haber sido consciente de los vicios que se ocultaban en ellos.

¹⁸ Con mención de las sentencias de 20 de diciembre de 2000, 1 de julio de 2002, 22 de abril de 2004, y las de 26 de junio de 2005 y 17 de octubre de 2005.

II. *Due diligence* exhaustiva de Car4u

Asimismo, Aussie lleva a cabo una *due diligence* exhaustiva por medio de prestigiosos asesores, que ya le avisan de varias contingencias en Car4u, y acarrearán una bajada en el precio final del contrato.

Por lo que perfectamente se podrían haber detectado esos defectos o averías en los distintos coches antes de la perfección del contrato si los hubiese habido, ya que se examina con detalle cada una de las áreas de la empresa, y poder haber avisado al vendedor para poder corregir o reparar, evitando precisamente una *due diligence* este tipo de situaciones.

La *due diligence* se hace conforme al artículo 1104 CC, que dice que la negligencia de Aussie consiste en la omisión de la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, pues no se aplica el mismo grado de deber de diligencia en unas personas que en otras, y en este caso concreto, al tratarse de un perito en este sector, se le exige llevar a cabo un estudio que sí consiga determinar cualquier defecto.

Tras el análisis llevado a cabo, se podría decir que Aussie sí se puede oponer al saneamiento por vicios ocultos, al verse justificado por los límites del artículo 1484 CC.

Argumentos a favor de Aussie

Por parte de Aussie, como parte compradora en el contrato de compraventa, puede realizar una serie de alegaciones para contraponerse a esta excepción de responsabilidad del Sr. García.

I. Las excepciones del artículo 1484 del CC no son probadas.

Aussie puede alegar la responsabilidad del vendedor, en este supuesto concreto. En primer lugar, porque no se ha probado que Aussie, por haber invertido en cuatro empresas de *car sharing*, sea un “perito” o persona con cualidades suficientes, como para conocer de los vicios ocultos contenidos en los coches, dado que además de invertir en este sector también lo hace en muchos otros que lo convierten en un importante fondo de inversión.

Ni tampoco que por el hecho de realizar una *due diligence* por medio de asesores pueda haber descubierto las distintas averías de los coches. Pues bien es cierto que hicieron un

estudio exhaustivo antes de firmar el contrato, para valorar el negocio y ofrecer un precio por las participaciones. Sin embargo, esto no garantiza el conocimiento de vicios ocultos en los coches, dado que en el momento de hacerla puede que estuviesen los vicios y que se manifestasen después, concretamente en el tiempo transcurrido entre que se realiza esta y se perfecciona el contrato, y siguen siendo considerado vicios ocultos sujetos al saneamiento, como bien apunta uno de los principios que menciona la Sentencia del Tribunal Supremo 4798/2010, de 8 de julio: *b) que es preciso que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior.*

La *due diligence* se suele centrar sobre todo en el objeto del contrato, en este caso las participaciones de la empresa de Car4u como tal, y en las necesidades que tengan los inversores en ese momento, y en este caso es la valoración del negocio en general para ofrecer un precio u otro. Además, antes de iniciar el proceso, la empresa analizada debería haber llevado a cabo un análisis previo en profundidad para asegurarse de que todo está en su sitio para ser analizado, por lo podría haberse dado cuenta de la existencia de vicios ocultos incluso la parte vendedora en ese análisis, o haber hecho que fuese más sencillo para el comprador el descubrimiento de algún tipo de fallo o defecto en la cosa objeto del contrato.

II. Relevancia del deber de información del vendedor

Además, como bien se apunta en la Sentencia de 3 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1308),

“debe tener relevancia el deber de información, así como en los casos en que la parte vendedora, mediante maquinaciones o insidias, consigue convencer a la compradora de que, no obstante, la información urbanística pública, se dan en el caso otras condiciones que incitan a la adquisición”.

Por lo que, en este caso, que trata un contrato de compraventa, uno de los deberes principales a tener en cuenta es el de información por parte del vendedor, que es el principal obligado en informar al comprador de todo tipo de detalles acerca del contrato para hacer una compra segura y sin riesgo. Pero en ningún momento poner el foco de responsabilidad en el comprador, en Aussie, por no haberlo visto, ya que este confía en la buena fe y diligencia del vendedor. Y además por su parte realiza todas y cada una de las obligaciones estipuladas para los compradores en un contrato compraventa como este, realizando el exhaustivo estudio que conlleva la *due diligence* para que no quede ningún

área del negocio sin haber sido estudiada, intentando evitar precisamente el descubrimiento de vicios ocultos una vez se haya perfeccionado el contrato.

III. Mala fe del Sr. García

En el presente, en contra de lo que en un principio se presume por parte del comprador, el vendedor actúa con mala fe al perfeccionar un contrato y hacer entrega de la cosa objeto de este siendo conocedor de los vicios ocultos que se presentan, ya que a medida que avanza el análisis del caso concreto, se puede ver con mayor claridad que si los defectos en los coches fueron descubiertos por el comprador a los pocos días de ser recibidos, es muy poco probable que no se hubiesen conocido por el vendedor con anterioridad¹⁹.

Esta mala fe es regulada por el artículo 1107 CC, que dice que, “*los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*”.

De acuerdo con este artículo, es irrelevante si el comprador ha podido prever los defectos y los daños, que conllevan estos, por medio de la *due diligence* o por considerarse perito de la materia, dado que al actuar el vendedor dolosamente, tiene que responder por todos.

CUESTIÓN 4:

¿Puede invocarse la *cláusula rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo?

Para dar respuesta a las siguientes cuestiones es necesario previamente hacer un análisis de la cláusula *rebus sic stantibus*, y su aplicación en diferentes contratos afectados por la crisis económica que conlleva la pandemia COVID 19.

Con motivo de la pandemia de COVID 19, el gobierno de España decretó el Estado de Alarma, el día 14 de marzo de 2020, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada. Las medidas previstas en dicha norma son la consecuencia de la acción del gobierno para proteger la

¹⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M (2006) Algunos problemas de la responsabilidad por la trasmisión de la propiedad en la compraventa. *Revista de derecho*

salud y la seguridad de los ciudadanos, intentando mitigar el impacto sanitario, social y económico²⁰.

Una de las medidas que se impuso fue la limitación de la libertad de circulación de las personas, regulada en el artículo 7 de este RD, mencionando las actividades para las que únicamente podrán circular las personas por las vías públicas. Lo que conlleva que se paralice la actividad de Car4u, al igual que la de muchas empresas que se dedican a negocios similares, dado que viven de la circulación y de los ciudadanos.

A la vez que se paraliza la actividad, también lo hace el trabajo de los empleados, que se incluyen en los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), medida de flexibilidad de la empresa, prevista en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, *el contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*, que permite suspender los contratos de trabajo o reducir la jornada laboral durante un determinado periodo de tiempo, en este caso hasta que se supere la crisis y se recupere la empresa.

Esto conlleva que los resultados de la empresa se reduzcan hasta tal punto que tienen que solicitar medidas cautelares *inaudita parte*, reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exigen para su adopción la ponderación de una serie de circunstancias o requisitos, *periculum in mora, fumus boni iuris*, proporcionalidad, necesidad y ofrecimiento de caución. En el presente caso para suspender durante un año el pago de los intereses devengados, así como las cuotas de principal pagaderas en agosto y en diciembre de 2020, es decir, la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo, invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.

La cláusula *rebus sic stantibus* (estando, así las cosas) no está regulada como tal, aunque el artículo 7, 1105 y 1258 del CC se asemejan estableciendo una limitación o en muchos casos exoneración de responsabilidad para el deudor por un hecho fortuito o para solucionar problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente en el momento de la celebración del contrato, como puede ser el COVID19. Sin confundir a esta con la fuerza mayor²¹, pues, aunque son dos figuras jurídicas que podrían entrar en

²⁰ ORDUÑA MORENO, F.J. (2020)

²¹ GARCÍA BOENTE-DÁVILA, G. "Fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus*" (2020)

juego a la hora de resolver problemas contractuales, la fuerza mayor sirve para establecer la responsabilidad de quien incumple, no si procede o no el cumplimiento de la obligación entre las partes. Mientras que la cláusula permite una flexibilización y mitigación del principio *pacta sunt servanda*²², obligación de cumplir con lo pactado.

Su presencia es admitida de forma unánime por doctrina y jurisprudencia, existiendo diversas posiciones sobre cuál es su fundamento. Para algunos se trata de una cláusula implícita en todo pacto, dado que alguien consiente en un contrato, de acuerdo con una realidad determinada, por lo que la alteración de la realidad supondría también la alteración del consentimiento contractual. Esa realidad en la que se fundamenta el consentimiento también se puede entender como causa del contrato, de tal forma que la variación de esa realidad además de privar de fundamento al consentimiento estaría privando de causa al contrato, suponiendo, así como consecuencia la nulidad de este. Sin embargo, para otros, esta cláusula se heterointegra a través del artículo 1258 del CC, dado que, en todo contrato, aunque no se estipule como tal, las partes están obligadas a cumplir si "*las cosas continúan así*". Por lo que en el momento en el que agentes externos aparecen y cambian el curso de las circunstancias de forma sobrevenida y extraordinaria, podría dar lugar a la modificación del contrato.

Su fin último es la revisión de las obligaciones y contratos cuando, por circunstancias sobrevenidas, se ha roto el equilibrio económico del contrato y a una de las partes le resulta muy gravoso o imposible incluso su cumplimiento, para restablecer así el equilibrio de las prestaciones. Esta no tiene efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, sino modificativos de este, con el fin de compensar el desequilibrio de las prestaciones entre las partes²³.

Asimismo, esta cláusula ha sido objeto de una constante evolución, que ha tenido que ir adaptándose a la realidad y circunstancias de cada momento, siendo cada vez más permisiva su utilización. Anteriormente, la doctrina y jurisprudencia solía ser restrictiva

²² "El principio *pacta sunt servanda* es un principio general en el Derecho de obligaciones y contratos. Cuando se produce la celebración de un contrato, este vincula a las partes teniendo el deber de cumplir con todo lo inherente a él, aunque cambie las posibilidades económicas de una de las partes o el valor de la prestación haya aumentado o disminuido." "La cláusula *rebus sic stantibus* surge como una excepción al principio *pacta sunt servanda*, como una excepción a la naturaleza vinculante de los contratos, pero sin excluir su validez. Cuando haya conflicto entre la aplicación de uno u otro principio -*pacta sunt servanda* o *rebus sic stantibus*- dependerá de la importancia que tenga respecto de cada caso, lo realmente importante es la búsqueda de un equilibrio entre los dos.". FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2016)

²³ DE ARTIÑANO MARRA, P. "Rebus sic stantibus y su aplicación a los contratos en situaciones de crisis. Los retos de su regulación normativa" (2021)

con su aplicación, el desequilibrio entre las partes debía ser exorbitante de manera que el contrato resultara imposible, y que la alteración de circunstancias del contrato fuera imprevisible, sobrevenida y extraordinaria. Pero a partir del año 2014²⁴, se fue suavizando su uso, abandonando dichas restricciones, y normalizándola, teniendo siempre que buscar un equilibrio entre el principio *pacta sunt servanda* (hay que cumplir lo pactado) y la posibilidad de revisar el contrato cuando concurren una serie de circunstancias sobrevenidas que no fueron previstas en la celebración del contrato y que desvirtúan su finalidad, para no caer en arbitrariedad e inseguridad jurídica.

Para su admisión, el Tribunal Supremo exige la concurrencia de una serie de requisitos. En primer lugar, se parte de una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato, con respecto al momento en el que se celebró. Si las partes del contrato han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera, o se trata de un riesgo normal por la naturaleza del contrato, no se puede apreciar la alteración sobrevenida, dado que esta se da cuando no se asume ningún riesgo²⁵.

Por otro lado, la desproporción entre las prestaciones de las partes, fuera de todo cálculo, que elimina el equilibrio contractual existente.

De igual modo, debe existir un periodo de tiempo entre la celebración del contrato y el momento en el que se va a llevar a cabo el cumplimiento de la prestación, que puede acontecer de dos formas distintas dependiendo del tipo de contrato. En contratos de tracto sucesivo, donde el cumplimiento de prestaciones es reiterado durante un plazo de tiempo, pueden suceder las circunstancias imprevistas que alteren los presupuestos del negocio en ese tiempo. Y en contratos de tracto único con ejecución diferida, donde la prestación debe cumplirse pasado ese periodo de tiempo, y en ese periodo es cuando pueden suceder las circunstancias imprevistas. La aplicación tradicional de la rebus se da en contratos de

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 nº 333/2014: *"debe señalarse que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional"* *"Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada(...) Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820 y 822/2012, respectivamente)"*

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 5/2019, de 9 de enero

tracto sucesivo, pues es más complicado percibir el desequilibrio de contratos de tracto único por situaciones imprevisibles y sobrevenidas.

En el caso que nos aguarda, Car4u, solicita medidas cautelares para suspender durante un año el pago de los intereses devengados, así como las cuotas de principal pagaderas en agosto y en diciembre de 2020 del préstamo bancario que pidió para invertir en la compra de coches nuevos, invocando la cláusula *rebus sic stantibus*. Para evitar incumplir con sus obligaciones, por la falta de liquidez causada por la paralización de la actividad empresarial, originada de la pandemia COVID 19.

Argumentos a favor:

I. Recurrida en casos de aplazamientos de deudas bancarias

Esta cláusula ha sido utilizada con frecuencia en casos de aplazamiento de deudas bancarias, en los que se han solicitadas medidas cautelares positivas *inaudita parte*, como en este caso ocurre, previas a la demanda. En virtud de las cuales, sobre la base de la apariencia de buen derecho de las pretensiones basadas en la concurrencia de fuerza mayor o la aplicabilidad de la *rebus sic stantibus*, ciertas obligaciones o facultades pactadas por las partes, se han visto temporalmente suspendidas²⁶.

En este sentido, resulta notorio el Auto número 155/2020, de 30 de abril, del JPI nº 60 de Madrid en virtud del cual se adoptaron medidas cautelarísimas consistentes en la suspensión temporal de ciertas obligaciones de la parte deudora en un contrato de financiación, y la prohibición a la parte acreedora de proceder a la resolución del contrato de financiación, dar por vencido el préstamo y exigir su reembolso, así como la prohibición de ejecutar cualquiera de las garantías del préstamo. Siendo uno de los ejemplos en los que se usa esta cláusula para ayudar a la parte más perjudicada, en este caso a Car4u, a causa de las circunstancias sobrevenidas, en un contrato de préstamo bancario.

Esta frecuencia se debe a que se trata de un contrato de tracto sucesivo, condición indispensable para que esta cláusula pueda estimarse como sobreentendida, según ha reiterado la jurisprudencia, porque el transcurso del tiempo ha podido dar lugar a una

²⁶ LYCZKOWSKA, K. (2013) *Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud*. Revista CESCO de derecho de consumo. Nº 5/2013.

alteración extraordinaria de las condiciones tenidas en cuenta para contratar, que origine una desproporción entre las prestaciones de las partes dado que se trata de un contrato de tracto sucesivo, dado que al ser este contrato de tracto sucesivo se suele aplicar con más frecuencia²⁷.

II. Se cumplen las premisas fundamentales

Se reafirma la utilización de la cláusula *rebus sic stantibus* por Car4u, como deudor del contrato de préstamo, argumentando que se cumplen en este supuesto las distintas premisas fundamentales que deben estar presente para la aplicación de la cláusula.

En primer término, hay una necesidad en la adaptación de las distintas instituciones a la realidad social actual, así como la aplicación de esta figura por la doctrina ante la crisis económica que ha traído la pandemia, ya que este es considerado como uno de los fenómenos económicos que más trastornos circunstanciales ha provocado, viéndose reflejado en las distintas normas que ha ido dictando el gobierno al amparo del estado de alarma. Esta situación excepcional provocada por la pandemia hace cumplir con la primera premisa mencionada con anterioridad en el caso concreto, dado que la firma del contrato de préstamo de Car4u, el 15 de febrero de 2020, partía una situación estándar y normal, sin embargo, la situación que trajo consigo el COVID 19 alteró gravemente la economía de esta, al tener que paralizar por completo su negocio y dejar de obtener liquidez, siéndole imposible cumplir con los pagos del préstamo bancario.

Esta alteración de las circunstancias provoca además una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las distintas partes, como bien apunta la AP Toledo, sec. 1ª, de 24-10-2016, nº 182/2016, rec.339/2015²⁸. Y en este caso se ve claramente la desproporción entre las partes, teniendo, por un lado, una entidad bancaria que realiza el préstamo, y por otro, una empresa con menos de un mes de antigüedad, que acaba de verse obligada a paralizar su actividad, con diversos trabajadores a su cargo, y una renta que abonar, que tiene que hacer frente a un préstamo bancario, obtenido para la compra de coches.

²⁷ Sentencia de la Sala Primera de 25 de enero de 2007

²⁸ “Es necesaria una: alteración extraordinaria de las circunstancias capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo calculo entre las correspectivas prestaciones de las partes. En el mismo sentido la SAP Madrid, sec. 14ª, de 07-11- 2019, nº 361/2019, rec. 190/2019”

Esto acontece a circunstancias sobrevenidas radicalmente imprevisibles, que trae consigo la pandemia²⁹, teniendo que vivir situaciones que nunca se habían dado, como es el estado de alarma, en el que se paralizó todo el país, o las diferentes fases de desconfiamento, y que tampoco se podían predecir, o ni siquiera imaginar, dado que no se trata de una crisis como las anteriores, ni por causas, siendo esta un virus que ha afectado a toda la población mundial, ni por consecuencias, conllevando un confinamiento de la población y una paralización casi completa de país.

Además, es de gran relevancia práctica, tener en cuenta que dicha cláusula debe modificar el contrato, pero no resolverlo, siendo necesarias las medidas cautelares en muchos de los ámbitos para buscar un reequilibrio, como ocurre en este caso en el que se intenta evitar consecuencias abusivas para Car4u, como sería tener que hacer frente a los pagos del préstamo con unos ingresos totalmente nulos por circunstancias sobrevenidas.

Y finalmente, resulta trascendental valorar los riesgos asumidos por las partes en el momento de la perfección del contrato, sin embargo, en el presente supuesto, la crisis sanitaria es imprevisible para ambas partes, que en el momento del contrato nunca pensaron que pudiese acontecer.

Por lo que, al cumplirse los requisitos principales, es decir la alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias, el grave desequilibrio de las prestaciones, en un contrato en fase de ejecución, como hemos mencionado con anterioridad, de tracto sucesivo; sin que se haya frustrado el fin del contrato, y sin haber asumido tales riesgos cuando perfeccionaron el contrato, se puede concluir afirmando la aplicación de dicha cláusula al caso concreto. Como bien señala el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril *“ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula rebus sic stantibus, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual”*, pues en este caso con la llegada del COVID

²⁹ *“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”* – Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 y 15 de julio de 2015

19 se modifica el vínculo obligacional del contrato, por haberse roto el equilibrio entre las prestaciones de las partes del contrato, y estar Car4u en situación de inferioridad³⁰.

III. Otras medidas complementarias

Como añadidura a los argumentos anteriores, se puede alegar, que es tal la necesidad del uso de la cláusula en este tipo de contratos, afectados por la situación que acarrea el COVID 19, que se aprueban medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Con el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, como medidas para reducir costes operativos de pymes y autónomos, medidas para reforzar la financiación empresarial, medidas fiscales, otras para facilitar el ajuste de la economía y proteger el empleo, o de protección a los ciudadanos.

Para este caso concreto, se podrían aplicar las medidas para reforzar la financiación empresarial, dado que tienen como finalidad *facilitar que las empresas que se han visto afectadas por la crisis sanitaria actual puedan hacer frente de la mejor forma posible a los pagos derivados de créditos que desde distintos instrumentos de la administración se habían otorgado, en este real decreto-ley se habilita al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), organismo público adscrito a la Secretaría de Estado de Energía, a conceder aplazamientos de las cuotas de los préstamos concedidos.*

Y medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID 19, con el Real Decreto-Ley 5/202, de 12 de marzo, a autónomos (empresarios y profesionales) y empresas, para satisfacer deuda y a proveedores y otros acreedores, financieros y no financieros, así como los costes fijos incurridos por los autónomos y empresas considerados elegibles.

Argumentos en contra:

I. Contraria a los principios de *pacta sunt servanda* y seguridad jurídica

No obstante, también se pueden alegar argumentos en contra de la aplicación de esta cláusula en el presente contrato de préstamo bancario.

³⁰ NAVAS & CUSÍ ABOGADOS (2020) “Aplazamiento del pago de deudas bancarias por la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”

Porque el uso de esta cláusula debe ser cauteloso y precavido por las consecuencias que puede acarrear, entre ellas la alteración que puede suponer al principio de *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica.

En este caso, puede originarse un choque frontal con el principio *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse), regulado en los artículos 1091, 1255 y 1278 del Código Civil, en que se dice que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley y deben efectuarse con arreglo a lo convenido y con respecto del principio de buena fe. Este es el principio general en el que se basan los contratos, y por el cual este contrato de préstamo se debería cumplir, y más aún los contratos de tracto único como es la compraventa.

Al igual que ocurre con la alteración que supone la aplicación de la rebus con la seguridad jurídica regulada en el artículo 1258 del CC, ya que los contratos obligan a cumplir lo pactado y además a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Aun así, se podría invocar esta sí se cumpliesen los requisitos mencionados con anterioridad, pero en este caso no se dan todos ellos.

II. No se cumplen los requisitos para su aplicación

Se puede llegar a reconocer con la crisis por el COVID 19 una desproporción entre las prestaciones, al tener que parar por completo la actividad de Car4u, y ser la parte perjudicada en este contrato. Sin embargo, sí podría haberse previsto a 15 de febrero de 2020, cuando se perfeccionó el contrato, que podía darse una situación de este calibre, con notables cambios en la situación social en general y en la economía en particular, pues ya se avisaba a la población de que una inminente crisis podía originarse a causa de la pandemia COVID 19, pues comenzaba a acechar en España, con el primer paciente registrado por coronavirus en España el 31 de enero de ese mismo año. Asimismo, la jurisprudencia también señala que una crisis económica no es un fenómeno totalmente imprevisible, por el carácter cíclico de la economía, constatándose con antecedentes como la crisis económica de 2008, y que excluyen así la aplicación de la rebus³¹.

Por otro lado, hay que valorar los riesgos asumidos por las partes en el momento de la perfección del contrato, pues como expresa el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones, “*si las partes han asumido expresa o implícitamente, el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza*

³¹ DE ARTIÑANO MARRA, P. “*Rebus sic stantibus, y su aplicación a los contratos en situaciones de crisis. Los retos de su regulación normativa*” (2021)

del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible”³². Lo que lleva a plantearnos, que en este caso podría haber una asunción del riesgo al ver en lo que estaba empezando a desembocar la COVID 19, como ya he mencionado, y haber asumido posibles consecuencias en el contrato, que se perfeccionó. Además, como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse.

La STS de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135) establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) *Que la cláusula rebus sic stantibus no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales.* Las cuales se podrían extrapolar a este caso concreto, dado que al comprobarse que no se dan todos los requisitos necesarios no se debe aplicar dicha cláusula, que debe ser admitida cautelosamente.

III. Deudas de dinero y la imposibilidad sobrevenida liberatoria

Tras el análisis de las distintas premisas fundamentales de la cláusula y comprobar que no se da la mayoría de ellas para aplicar esta. Se puede añadir como argumento que en los contratos donde existen deudas de pago en dinero, como en el presente, dado que solicita un préstamo a cambio de ser devuelto tras un periodo de tiempo, no se puede aplicar la imposibilidad sobrevenida liberatoria.

La imposibilidad sobrevenida liberatoria viene siendo alegada en los tribunales con mucha frecuencia últimamente, como justificación de circunstancias de incumplimiento devenidas por la crisis económica. La alteración sobrevenida de las circunstancias a causa de la crisis se ha convertido en el argumento clave en los últimos años para pretender, al amparo de la regla *rebus sic stantibus*, la modificación de las condiciones contractuales o la resolución de los contratos³³.

³² Sentencia del Tribunal Supremo 333/2014, de 30 de junio.

³³ MARTÍNEZ DE QUEL MORENO, I (2015) *“La imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias indemnizatoria”*

No obstante, en este caso, al tratarse de un contrato de deuda no aplica, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017_(RJ 2017, 3962) que dice que, conforme a “*nuestro ordenamiento, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula rebus en los casos de dificultades de financiación*”.

Por lo que, no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en los casos de dificultad de financiación.

Tras analizar los argumentos en contra y a favor, se puede concluir que en este caso concreto sí se podría aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, dado se ha mostrado como el instrumento que permite reparar los contratos que se han visto gravemente afectados por una situación que, desde luego, era totalmente imprevisible, como es la COVID 19 siempre que concurren los requisitos exigidos para ello.

CUESTIÓN 5

¿Sería diferente la situación si lo que Car4u pretendiera suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde gestionaban la compañía y al que no han podido acceder por estar localizado en una zona confinada durante un periodo de 5 meses?

El sector terciario ha sido uno de los más afectados por la pandemia causada por el COVID 19, conllevando el estado de alarma con el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la suspensión de la apertura al público de locales de negocio donde se desarrolla la actividad de este, convirtiendo en tendencia entre los arrendatarios de locales comerciales invocar la doctrina *rebus sic stantibus* para conseguir la reducción del pago de las rentas, o bien para aplazarlo.

En este suceso, en el que se invoca la aplicación de esta doctrina para la suspensión del pago de las rentas por arrendamiento del edificio donde se gestionaba el negocio, coincide en diferentes puntos con el del préstamo bancario, analizado con anterioridad. Ambos parten de la imposibilidad que conlleva la pandemia de hacer los pagos, que se fijaron en una situación normal, pero que poco tiene que ver con esa “nueva normalidad”, sin poder negarse que la crisis provocada por la pandemia acarrea un cambio radical e inesperado,

y que estas son dos de las principales consecuencias que acarrea. La cuestión de fondo debe ser valorada por los jueces de manera casuística es si, dicho cambio ha provocado una alteración material del equilibrio contractual; y si se trata de un riesgo que ha sido asignado explícita o implícitamente en el contrato.

No obstante, no es lo mismo el contrato de préstamo, que el de arrendamiento, dado que en este último el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce a cambio de un precio, mientras que en el de préstamo, una de las partes entrega una cantidad de dinero, con condición de que se devuelva con unos intereses pactados, y a falta de convenio, se tiene que ver el interés legal. Por lo que los objetos de contrato en unos y en otros son diferentes, al igual que los intereses que devengan del incumplimiento de estos³⁴.

Argumentos a favor:

I. Cumplimiento de requisitos para la aplicación de la cláusula

En el presente caso, al igual que en el anterior, se dan unas circunstancias excepcionales e imprevisibles a las que nunca se habían hecho frente. Sin precedentes, a causa de la crisis generada por la pandemia COVID 19, que acarrea la paralización de la economía, y especialmente la caída brusca de producción y demanda y por tanto de las ventas, al paralizarse las actividades no esenciales. Lo que obliga al cierre completo de dos sectores concretos, la industria de la construcción y del automóvil³⁵. La desigualdad entre las partes del contrato de arrendamiento también es evidente, no pudiendo Car4u hacer frente a los pagos, por la nula liquidez que generaba su negocio, como ocurre en el apartado anterior. Añadiendo en este la privación del disfrute del objeto de la relación contractual durante 5 meses, debido al confinamiento de la zona.

Además, en este contrato no se asume ningún tipo de riesgo, como sí suele ocurrir con los contratos de inversión, en los que el riesgo es continuo, a causa de la concentración del capital en un mismo activo de inversión, pues invertir conlleva buscar un retorno que

³⁴ GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, J.C. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. *“Regulación bancaria y actividad financiera”* (2020)

³⁵ *“El Plan de Viabilidad no tuvo en cuenta, como es evidente, una situación tan excepcional y sin precedentes como la paralización de la economía ocasionada por el COVID- 19, que ha dinamitado las previsiones de tesorería para el segundo trimestre, y que, teniendo en cuenta la gran recesión económica que se avecina, hace saltar por los aires las previsiones para el tercer y cuarto trimestre de 2020, como mínimo”* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 60 de Madrid. Auto núm 155/2020 de 30 de abril.

optimice el rendimiento con base en un determinado perfil de riesgo³⁶. Esto se constata con ejemplos como la Sentencia de la Audiencia provincial de A Coruña 116/2020, de 22 de marzo de 2019, en la que se desestima la aplicación de la rebus a un contrato de compromiso de inversión por considerar que se celebró en un contexto de crisis financiera y económica “*con procesos de reestructuración bancaria, que configuraba una situación de elevado riesgo asumida por el comprador*” y además, que “*formaba parte del riesgo asumido o inherente al cumplimiento del contrato y a la adquisición de las acciones, tanto por derivarse su propia naturaleza aleatoria y cambiante del valor, como por la expresa previsión en los contratos de compromiso de inversión y de compraventa advirtiendo claramente de los riesgos asociados a la operación, que asume el inversor*”, mientras que la Sentencia de Tribunal Supremo 591/2014, de 15 de octubre, estima la solicitud de modificación de la renta de arrendamiento, invocando la rebus, alegando que “*tampoco cabe establecer que razonablemente se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado*”. Por lo que, de acuerdo con este contrato, se reafirma la falta de riesgos asumidos por la parte perjudicada, Car4u, y la causalidad directa entre la circunstancia como tal, y las obligaciones contractuales y su cumplimiento.

A esto se le añade, la alteración de la base del negocio, que como ha insistido jurisprudencia como la Sentencia del Tribunal Supremo 567/1997, de 23 de junio, tiene que ser probada para la aplicación de esta, dado que el cambio de circunstancias tiene que ser de tal magnitud que incremente el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato. En otros ordenamientos jurídicos sí se han regulado los efectos de la alteración de la base del negocio, como en *geshäftsgrundlage*, en el derecho alemán (§ 313 BGB); *eccesiva onerosità sopravvenuta* en el Código civil italiano (LEC 1889, 27); o *frustration o hardship* del derecho anglosajón, sin embargo, y aunque en el Código Civil no, en la actualidad, se utilizan los Principios de Derecho Europeo de los Contratos como criterios interpretativos de las normas de derecho interno. Por ejemplo, el artículo 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación dice:

“Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

³⁶ ARENAS, E. (2021). El riesgo de las inversiones. *Forbes*

Sin embargo tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias”

Y en este, al no tener los medios necesarios para el control del negocio por ser desprovistos de oficinas, porque está esa zona confinada, y darse la limitación de la libre circulación, que anula completamente el fin último del *car sharing*, sí se produce la frustración de la finalidad del contrato de arrendamiento, y un grave perjuicio y excesiva onerosidad soportada por la parte arrendataria, yendo en contra así de los criterios de buena fe y de equidad contractual.

En definitiva, sí se debería aplicar en este caso la cláusula *rebus sic stantibus*, como también se aplica en el caso que resuelve el AJPI n.º 2 162/2020, de 7 de julio de 2020, de Benidorm, en el que se aceptan las medidas cautelares solicitadas por el arrendatario de un local de negocio, consistentes en la suspensión de la obligación del pago de la renta y la prohibición al arrendador de interponer demanda de desahucio durante la tramitación del procedimiento, porque sí se cumplen todos los requisitos necesarios para ello, habiendo muchos casos anteriores que resuelven positivamente.

II. Medidas en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*

La irremediable aplicación de la cláusula en esta crisis a este tipo de contratos se ha visto respaldada por muchas otras medidas interpuestas de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia COVID 19, invocando en algunas la *rebus*.

El Real Decreto Ley 15/2020, el cual incorpora la cláusula *rebus sic stantibus*, establece medidas para los contratos de arrendamiento de locales comerciales. En primer lugar, prevalece el acuerdo al que puedan llegar las partes sobre el pago de las rentas en esta situación extraordinaria. Por otro lado, en los contratos en los que la persona arrendadora sea una empresa o una entidad pública de vivienda o un gran tenedor, el pago de la renta se aplazará, sin penalización ni devengo de intereses, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia; fraccionamiento de las cuotas en un plazo de dos años, contados desde el momento en el que se supere la situación de alarma o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses, y siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórroga. Y en el caso de que la persona arrendadora sea pequeña propietaria, la persona arrendataria podrá solicitar el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta siempre que dicho aplazamiento o una rebaja de la

renta no se hubiera acordado por ambas partes con carácter voluntario; además, en el marco del acuerdo podrán disponer libremente de la fianza prevista en el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que podrá servir para el pago total o parcial de alguna o algunas mensualidades de la renta arrendaticia. Estas medidas nacen de una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, a falta de soluciones en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, o en el Código Civil. Y ofrecen una respuesta ante esta situación, regulando un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo, y modificar las obligaciones contractuales³⁷.

Asimismo, el Decreto-Ley 34/2020, de 20 de octubre, aprobado en Cataluña, que como bien señala “*se adopta una solución expeditiva en sintonía con el fundamento de la cláusula rebus sic stantibus y se evita, al mismo tiempo, el incremento indeseable de la litigiosidad*”, también intenta restablecer el equilibrio contractual en los supuestos de cambio de circunstancias, por lo que esta sería una de las medidas aceptadas por el legislador, que intenta por cualquier medio reparar los contratos afectados por la alteración sobrevenida que produce el COVID19.

En este caso, por tanto. se pueden aplazar las cuotas que se tienen que pagar durante el estado de alarma, para salvaguardar así la economía de la empresa, al igual que se ha hecho en otros muchos casos, en los que se ha llegado incluso a un acuerdo entre las partes para reducir los precios de las cuotas y en otros hasta las condonaciones parciales o totales de la deuda. Por lo que encajan con la solicitud de suspensión de pago de las rentas de arrendamiento en este caso concreto, por parte de Car4u, debiéndose así aplicar, porque, aunque suele ser confundido en el derecho, el término “suspender”, no es lo mismo que “interrumpir”. La interrupción de un plazo conlleva que cuando desaparece la causa de la interrupción, el plazo vuelve a nacer. En cambio, cuando hay suspensión de un plazo, cuando desaparece la causa de suspensión, el plazo continúa por donde se quedó. Por lo que, lo que pide la perjudicada, Car4u concuerda perfectamente con la ayuda que se esta ofreciendo al resto de empresas, pues es una renegociación del contrato para que se pueda llegar a un entendimiento entre las partes, modificando ligeramente las bases de este y durante un determinado periodo de tiempo, pero ocasionando el menor perjuicio posible, habiendo muchas opciones para poder adaptarse a la nueva realidad.

³⁷ ALBIÑANA CILVETI, I. (2018) “*La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus y su aplicación en las operaciones inmobiliarias*”

Argumentos en contra:

I. Causalidad en periodo de estado de alarma

La relación causal en este caso concurre en el periodo de estado de alarma exclusivamente, entre el 14 de marzo hasta el 11 de mayo de 2020, dado que fueron los meses en los que las oficinas, donde se gestiona el negocio, estuvieron totalmente cerradas, alterando así la base del contrato, como ya he mencionado con anterioridad.

No obstante, una vez transcurrido ese periodo, las oficinas podían ser ocupadas, con restricciones sanitarias, aforos que amplían en porcentaje conforme se va avanzando en las fases de desconfiamiento, medidas de autoprotección y distanciamiento, horarios estipulados por las autoridades. Pero ya podía haber gente dentro de estas, para realizar el control del negocio, por lo que se da una incidencia en la relación causal directa entre las circunstancias excepcionales que trajo la pandemia y el cumplimiento contractual. Puesto que, el arrendatario ha seguido disponiendo de la posesión y goce del local, dentro de las disposiciones legales eso sí, pero cada vez con más libertad para ello. Además, no ha sido el propietario quién ha limitado el uso de las oficinas, no siendo incumplido el contrato por su parte³⁸.

II. Ley antes de jurisprudencia

La Sentencia de la Audiencia Provincial del Juzgado Primera Instancia 20 de Barcelona, núm. 1/2021 de 8 enero, sigue siendo muy relevante y usada en muchos casos, dado que menciona en uno de sus fundamentos jurídicos, que en el enfrentamiento entre el principio de *pacta sunt servanda* que recoge el art. 1091 del Código Civil y la cláusula *rebus sic stantibus*, que es una figura de creación jurisprudencial, se entiende que por el principio de jerarquía normativa (art. 1 del CC), la ley está antes que la jurisprudencia, que sirve para complementar el ordenamiento jurídico. Y así, se niega la aplicación automática de la cláusula *rebus sic stantibus*, y se apoya la invocación a las medidas establecidas por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, donde también se pueden dar soluciones a contratos de arrendamiento, como el presente.

III. No se cumplen todos los requisitos

³⁸ Sentencia Juzgado de Primera Instancia, núm 31, Auto núm 348/2020, de 21 de septiembre.

Por otro lado, los requisitos que se mencionan en los argumentos a favor, sí se dan en los meses del estado de alarma también, sin embargo, basándose en la regulación específica de la cláusula *rebus sic stantibus* en beneficio de los arrendatarios que han sufrido una disminución de ingresos como consecuencias del estado de alarma, el Real Decreto- Ley 15/2020 de 21 de abril (RCL 2020, 640), reconoce también como requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que; las partes hayan intentado negociar la modificación del contrato y no se haya llegado a un acuerdo sobre la cuestión, antes de atrasar los pagos del contrato de arrendamiento. Y que la solución que se persiga sea poner fin al contrato o modificarlo de manera que las pérdidas y ganancias que se deriven del cambio se distribuya entre las partes de forma equitativa y justa.

Y en este caso, ninguna de las dos premisas se cumple, dado que Car4u no ha barajado otras opciones con el arrendador menos lesivas, que evitasen así la restrictiva aplicación de esta cláusula para “suspender” el pago de las rentas, que no es ni aplazar, ni reducir. Ni tampoco se ha propuesto la modificación del contrato para afrontar el cambio de circunstancias de forma equitativa entre las partes, como pedir un porcentaje menor de renta durante el periodo del estado de alarma, como realizan en el caso de la SAP Segovia 73/21, o fijación de una renta provisional, medida que se utiliza en AJPI Barakaldo 27/20. Esto evitaría lo que sí se da en este caso, y es que el arrendador se encuentra en una situación de inferioridad, al cumplir con su parte del contrato, estando las oficinas al servicio del arrendatario, pero sin recibir nada a cambio por ello.

Asimismo, aunque en 2014 el Tribunal Supremo dictase dos sentencias que flexibilizaron la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, este ha mantenido, desde la crisis de 2008, la imposibilidad de obtener financiación como consecuencia de la crisis en sí, es decir que aunque la regla *rebus sic stantibus* pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse un contrato, como una compraventa de una vivienda, 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, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior, y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una

determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento³⁹.

Esta alegación se ve reflejada en múltiples sentencias, como la Sentencia del Tribunal Supremo 64/2015, de 24 de febrero de 2015 que subrayó que dicha *crisis* “no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate” y en las que se destaca la idea principal de que la cláusula no puede aplicarse de forma genérica y automática en todas las situaciones de crisis, recordando que el principio general aplicable es el contenido en el artículo 1091 del Código Civil, que dice que los contratos tienen que ser cumplidos. Y que por tanto se debe valorar caso por caso la incidencia de la crisis en la relación contractual y su vínculo causal con la alteración de las circunstancias de manera muy cautelosa.

Esto lleva a reafirmarnos en la idea, que, en este caso, no se puede suspender el pago de las rentas, alegando un cambio de circunstancias, y aplicando así medidas de financiación o la cláusula *rebus*, pues el riesgo de la disminución de ingresos de Car4u estaría quedando a cargo del arrendatario, lo cual no debe suceder en ningún caso.

CUESTIÓN 6

¿Qué puede hacer Aussie LTD antes esta situación?

Ante la presente situación, Aussie puede realizar diferentes acciones basando sus argumentos en la relación con Car4mi, y en la forma de operar de esta empresa en el mercado *car sharing*, dado que su aparición ha afectado de varias formas a Car4u y a Aussie.

I. Incumplimiento contractual por revelación de secreto empresarial

En primer lugar, y poniendo el foco en la relación contractual que une a Aussie y D. Nicolás, los cuales firmaron un contrato de compraventa de participaciones el 15 de febrero de 2020, como ya he mencionado con anterioridad, el Sr. García tiene un deber de confidencialidad, que se establece por medio de un pacto y que se tiene que cumplir,

³⁹ RAMOS PRADOS, L. (2017) “La cláusula *rebus sic stantibus* y las dificultades de pago”

como bien apunta el artículo 1258 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*”. Y en este caso al considerar al Sr García como parte de Car4mi, por su probada estrecha relación con la máxima accionista, y otros detalles que demuestran su implicación en el desarrollo de este negocio, Aussie puede demandarlo por incumplimiento contractual, pues ha faltado al deber de confidencialidad, que además en este contrato está regulado explícitamente como una obligación expresa, que prohibía a D. Nicolás operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un periodo de al menos 10 años, así como utilizar el *know-how* de Car4u sin su permiso⁴⁰.

Este incumplimiento de la obligación contractual se da por la revelación de un secreto empresarial que lleva a cabo el Sr. García al revelar el *know-how* a Dña. Beatriz Madariaga. Cabe destacar que el *know-how* o métodos técnicos desarrollados específicamente por una empresa, puede ser considerado secreto empresarial y, por tanto, estar protegido, si se prueba que estos conocimientos no son de dominio público, son necesarios para realizar el servicio que prestan las empresas involucradas y poseen una ventaja competitiva⁴¹.

Con el fin de analizar el término del secreto empresarial y ver si se puede encajar con este caso concreto, hay que consultar la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales. La cual considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido tecnológico, científico, industrial, organizativo o financiero, que reúna estas condiciones: ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas. Tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto; y haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

⁴⁰ MARTÍNEZ ENGUÍDANOS, J (2019) La nueva Ley de Secretos Empresariales: un paso adelante en la protección de los activos de la empresa. *Revista Aranzadi Doctrinal num.10/2019*

⁴¹ WONDER LEGAL ESPAÑA (2022) ¿Cuáles son las consecuencias de revelar los secretos de una empresa? *Fundamentos legales de una empresa*

Y no es considerado secreto empresarial, la información que manejen los interlocutores sociales dentro de su autonomía o derecho a la negociación colectiva. Por otro lado, la información obtenida por los trabajadores en base a su experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional. Asimismo, tampoco es secreto empresarial, la información que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial antes citados, y la que suponga una imposición en los contratos de trabajo de restricciones no previstas legalmente.

Tras esta aclaración, se puede reafirmar que en este caso se cumplen todos los requisitos para nombrarse secreto empresarial, dado que el *know-how* es un secreto industrial, y que al haberse firmado una cláusula de confidencialidad antes de perfeccionar el contrato de compraventa, así como un pacto de no utilizar dichos conocimientos tras la relación comercial⁴², existe un incumplimiento contractual por parte del Sr. García.

El titular del secreto, en este caso Aussie, puede llevar a cabo diferentes acciones civiles, según regula el artículo 9 LSE. Por un lado, la declaración de la violación del secreto empresarial. Por otra, la cesación o, en su caso, la prohibición de los actos de violación del secreto empresarial; la prohibición de fabricar, ofrecer, comercializar o utilizar mercancías infractoras o de su importación, exportación o almacenamiento con dichos fines. La aprehensión de las mercancías infractoras, incluida la recuperación de las que se encuentren en el mercado, y de los medios destinados únicamente a su producción, siempre que tal recuperación no menoscabe la protección del secreto comercial en cuestión, también sería una de las acciones.

Por otro lado, la remoción, que comprende la entrega al demandante de la totalidad o parte de los documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos y cualesquiera otros soportes que contengan el secreto empresarial, y en su caso su destrucción total o parcial; la atribución en propiedad de las mercancías infractoras al demandante, en cuyo caso el valor de las mercancías entregadas podrá imputarse al importe de la indemnización de daños y perjuicios debida, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del infractor en lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria que exceda del referido valor. Si el valor de las mercancías excede del importe de la indemnización, el demandante deberá compensarlo a la otra parte.

⁴² DEVESA & CALVO ABOGADOS (2017) Pacto de confidencialidad. *Blog contratos mercantiles*

La indemnización de los daños y perjuicios, si ha intervenido dolo o culpa del infractor, que será adecuada respecto de la lesión realmente sufrida como consecuencia de la violación del secreto empresarial, y, por último, la publicación o difusión completa o parcial de la sentencia.

En definitiva, en el caso que nos aguarda, Aussie puede exigir cumplir el acuerdo de confidencialidad, o solicitar la terminación del contrato, incluyendo en ambos una indemnización por todos los daños que ha podido ocasionar el uso fraudulento de la información, dado que tiene la intencionalidad de revelar los secretos para beneficio personal, y para satisfacer a Dña. Beatriz, para la creación y desarrollo de Car4mi.

Esta indemnización de daños y perjuicios incluye el lucro cesante, enriquecimiento injusto del infractor, al tener toda la información necesaria para poder crear otra compañía casi idéntica a la de Aussie, y relentizar sus resultados al competir directamente en el mercado. El daño moral que se ha podido ocasionar a este, siendo engañado por quien le vendió las participaciones y le confió su proyecto, y además se considera indemnizable, según la Ley de Secretos Empresariales, el coste de investigación que asume el demandante para poder obtener prueba de la violación, como en este caso puede ser el gasto en la contratación del investigador privado.

Además, el legislador ofrece la facultad de demandar no solo al infractor, en este caso D. Nicolás, sino también a Dña. Beatriz Madariaga, que sería el tercero que adquirió el secreto empresarial, igual sin saber con certeza su origen ilícito.

II. Competencia desleal

Por otro lado, y en la misma línea contractual, existe un régimen de no competencia, como ya he mencionado con anterioridad, el cual intenta evitar que ni D. Nicolás, como ningún tercero utilicen la información que conocen para lucrarse en el sector de *car sharing*. Lo cual ha sido trasgredido de manera fehaciente, al poder verse que Car4mi es una clara competidora con Car4u, y que la máxima accionista de esta compañía está relacionada con D. Nicolás.

Esto lleva a poder ser calificados también como actos de competencia desleal, dado que se tratan de prácticas consideradas contrarias a la buena fe, con el fin de obtener una ventaja en relación con sus competidores. La Ley de competencia desleal, Ley 3/1991, de 10 de enero, que tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los

que participan en el mercado y la prohibición de actos de competencia desleal, regula que los actos de competencia desleal son: “*todo acto que resulte contrario a la buena fe, es decir, el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores*”, y enumera una serie de actos de competencia desleal, en los que se puede incluir el caso que nos aguarda. Dado que la creación de la nueva compañía, Car4mi, y su gran parecido en todos los sentidos con la ya existente Car4u, provoca un acto de confusión, regulado en el artículo 6 de esta ley, pues el riesgo de asociación para los consumidores es evidente, y como lo es la deslealtad que conlleva eso. Esto se encuentra también regulado en los artículos 20 y 25, como prácticas engañosas por confusión, en relación con los consumidores y usuarios, viéndolo claramente en este caso, al perder muchos de sus clientes y empresas colaborativas, y con ello innumerables ingresos.

Por otro lado, también se podría asemejar con un acto de imitación del artículo 11 de esta misma Ley de Competencia Desleal, que resulta desleal al generar la asociación por parte de los consumidores, tanto por la prestación que ofrecen ambas compañías, como por el aprovechamiento indebido de la reputación y el esfuerzo de Car4u durante estos meses en el mercado de *car sharing*.

Asimismo, el artículo 12 que regula la explotación de la reputación ajena, en la línea de lo dicho con anterioridad, también es uno de los casos de competencia desleal que se da en esta situación, al aprovecharse de una reputación industrial, comercial o profesional que ya se ha adquirido por la compañía de Aussie, al emplear una denominación tan similar. Este enriquecimiento injusto por parte de Car4mi, bien se podría asemejar con la figura del polizón, también conocido como consumidor parásito (*free rider*)⁴³ en economía, que son aquellos individuos o entes que consumen más que una parte equitativa de un recurso, o no afrontan una parte justa del costo de su producción, un ejemplo podría ser un empleado que no paga la cuota sindical, pero que sin embargo recibe los mismos beneficios conseguidos por la representación sindical para sus

⁴³ CABRERA HERNÁNDEZ, J (2016) “*El papel económico del Estado: Una crítica*”

asociados que sí abonan su cuota. Lucrándose así de aquello que no han conseguido ellos, como puede ser en este caso concreto, en el que Car4mi se beneficia de la reputación que ya ha conseguido Car4u, habiéndose tenido que abrir camino en un mercado totalmente ajeno para muchas personas y que ha requerido trabajo extra para conseguir la confianza de los consumidores.

Y con respecto al secreto empresarial antes mencionado, se encuentra regulado en esta ley en el artículo 13, remitiendo directamente a la Ley 1/2019, y en el artículo 14 de esta ley, también se habla de la inducción a la infracción contractual, al aprovechamiento en beneficio de D. Nicolás y de Dña. Beatriz, del incumplimiento del contrato que tienen con Aussie, difundiendo un secreto empresarial al utilizar el *know-how* de Car4u, (en contra del acuerdo de confidencialidad y el pacto de no utilización), y al darle información sobre este proyecto a terceros, como es la Directora de la empresa RIS (siglas de “Ramiro Investments, S.A), lo cual se reputa como desleal a cualquier efecto, tras ver el mensaje que le envía a Aussie por confusión. En este, también incluye actos de engaño en cuanto la situación de Car4u, yendo en contra de su reputación⁴⁴.

“Querido Nicolás: Ha sido un placer conversar contigo durante estos meses para entender el funcionamiento del negocio de car sharing. Teniendo en cuenta lo que nos cuentas respecto de los problemas que arrastra Car4u, hemos decidido empezar a colaborar con vuestra compañía. Saluda a Beatriz de mi parte y dile que me pondré en contacto con ella próximamente para formalizar lo que sea necesario.

Un abrazo,

Jimena”

Contra estos actos de competencia desleal presentes en el caso, podrán ejercitarse diferentes acciones por parte de Aussie, como bien menciona el artículo 32, que pueden ser la acción declarativa de deslealtad, la de cesación de la conducta desleal y prohibición para el futuro. La de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, al existir dolo por parte de D. Nicolás, o la de enriquecimiento injusto, al ser lesionada la posición económica que tenía Car4u antes de que se crease la competencia. Aunque estas acciones no aportan ventaja alguna, porque son análogas a las contempladas en la Ley 1/2019.

⁴⁴ MASSAGUER, J. (2018) El incumplimiento de los contratos de licencia de patente y de licencia de secretos empresariales: concurrencia entre acciones contractuales y acciones por infracción. *Revista de Derecho Mercantil num.309/2018*

III. Violación de propiedad industrial

El nombre comercial de Car4u es el signo de identidad empresarial, distintivo de esta actividad, para diferenciarla de otras actividades iguales o similares, y que es utilizado para operar por el empresario en el tráfico económico. Sin embargo, la irrupción de Car4mi en el mercado y su evidente similitud con Car4u conlleva un alto riesgo de confusión entre los consumidores y empresas colaboradoras que tiene que ser solventado⁴⁵. Como bien establece el artículo 7 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, *no podrán registrarse los signos que sean idénticos o semejantes a un nombre comercial anterior y por ser idénticas o similares las actividades que designa a los productos o servicios para los que se solicita la marca, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con el nombre comercial anterior.*

En primer término, se considera Car4u como nombre comercial anterior por estar registrado en España con anterioridad a Car4mi. En segundo término, la similitud que adelantaba con anterioridad se ve claramente reflejada tanto desde el punto de vista gráfico, coincidiendo cuatro letras de las cinco que componen el nombre comercial anterior, “C-A-R-4-U” y “C-A-R-4-M-I”, como desde el punto de vista fonético, siendo muy sencillo confundir el final de la palabra, al pronunciar la mayor parte de esta de la misma forma.

Además de la similitud en el uso del nombre, existe una identidad en la prestación de servicios. El Tribunal de Justicia estableció en su sentencia de 29 de septiembre de 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. 1-5507, apartado 23, *que “para apreciar la similitud entre los productos o servicios designados, (...), procede tener en cuenta todos los factores pertinentes que caracterizan la relación entre los productos o servicios. Estos factores incluyen, en particular, su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario”*. Y en este caso se dan todos estos factores que nos llevan a un irremediable riesgo confusión por parte del público⁴⁶.

Este riesgo de asociación se define por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017 (STS 63/2017) como que *“el hecho de que la marca posterior evoque la marca anterior al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y*

⁴⁵ GARRIDO JIMÉNEZ, D (2020)

⁴⁶ ANGARITA, A (2018)

perspicaz, equivale a la existencia de dicho vínculo (económico o jurídico)” es decir, “para el requisito de similitud entre marcas, basta que el público relevante las relacione, es decir, que establezca un vínculo entre ambas, aun cuando no las confunda”.

Esto hace razonable que para el consumidor medio dichos servicios de *car sharing* provengan de la misma empresa, por la gran similitud entre ambas, lo que conlleva un enriquecimiento del renombre de Car4u para poder entrar al mercado fácilmente y lucrarse así de los logros ya adquiridos, a parte de sus clientes y empresas colaboradoras⁴⁷. Por lo que Aussie, puede iniciar acciones ante los Tribunales frente a los que han adoptado el confundible nombre comercial de Car4mi, lo hayan registrado o no, ya que, aunque no se especifica este detalle, sí se usa como tal, para desarrollar actividades similares, solicitando entre otras el cese por parte de la empresa en la utilización de ese distintivo, art 34.3.d de la Ley de Marcas, por llevar a cabo una violación de la propiedad industrial, dado que lo que está usando en el mercado.

CUESTIÓN 7

¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?

Car4mi puede formar una defensa a partir de diferentes argumentos, apoyados por la siguiente explicación.

I. Independencia del Sr. García de Car4mi

En primer lugar, partiendo del primer argumento de Aussie, recriminando el incumplimiento contractual por revelación de secreto profesional, Car4mi puede alegar la independencia entre el Sr. García, que como bien se apunta tiene una relación contractual con Aussie por la compraventa de participaciones de Car4u, con un acuerdo de confidencialidad incluido en este, y Car4mi por su lado, que es una empresa en desarrollo que tiene como máxima accionista a Dña. Beatriz.

Al no existir ningún tipo de relación contractual entre Car4mi y Aussie, no se podría hablar de un incumplimiento en este sentido, y mucho menos por revelación de secreto profesional, pues tampoco existe ningún acuerdo de confidencialidad que pueda

⁴⁷ MIRANDA SERRANO, L.M (2021) Denominaciones sociales y signos distintivos: No todo sigue igual tras la última Directiva de Marcas. *Revista de Derecho Mercantil num.320/2021*

sostenerlo. Y no se puede demostrar que la relación entre el Sr. García y Dña. Beatriz, sea del tipo que sea, haya tenido que ver con la constitución de Car4mi, y que la semejanza entre ambos negocios sea consecuencia de algún tipo de información que se haya podido filtrar entre estos.

Asimismo, tampoco se podría hablar de una deslealtad en la libre competencia por incumplimiento de secreto empresarial, regulada en el art 13 de la Ley de Competencia Desleal, porque al ser independiente el Sr. García de Car4mi, no habría revelación que apoye esto, basándose en meras suposiciones que la relación con la accionista del negocio haya conllevado el uso del *know-how* del negocio que el mismo creó y vendió, pues además fue el Sr. García quien le hizo saber a Aussie todo acerca del negocio para poder realizar un exhaustivo proceso de due diligence por sus diversos asesores⁴⁸.

Al igual que ocurre con el mensaje que le envía Jimena, la directora de RIS, al Sr. García, ajeno totalmente a Car4mi, y descartando así cualquier tipo de práctica desleal por su parte, ya que ni si quiera tiene por qué saber de la existencia de esta relación.

II. Libertad de competencia

La creación de este negocio se trata de una consecuencia del uso del derecho de competencia, defendiendo al interés público como fin primordial, y que se regula en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

Entrando a analizar algunos de los actos de competencia desleal, regulados en la Ley de competencia desleal, de los que le acusa Car4u, se puede decir que, como regla general se proclama la libertad de imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales siempre que no estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido en la ley, dado que la norma no sanciona la imitación por sí misma, como acto de competencia desleal, sino aquella que por las circunstancias concurrentes, no contribuye tanto al progreso técnico o estético, o a dinamizar el mercado, cuanto a producir efectos perjudiciales sobre los consumidores o los competidores. Y en el supuesto, no se dice que Car4mi haga alguna prestación amparada por un derecho de exclusiva, cuya protección habría que buscar en el derecho infringido, y menos aún que la no precisada imitación pueda comportar un aprovechamiento indebido de Car4u, dado que pertenecen al mismo sector,

⁴⁸ MASSAGUER, J. (2018) El incumplimiento de los contratos de licencia de patente y de licencia de secretos empresariales: concurrencia entre acciones contractuales y acciones por infracción. *Revista de Derecho Mercantil num.309/2018*

y por tanto pueden darse muchas semejanzas, pero no por ello tienen que tratarse de imitaciones, pudiendo desarrollarse cada negocio por separado respetando las reglas de competencia⁴⁹.

Además, esta libertad de competencia también se puede ver en la clientela y la captación de esta por medios lícitos, como ocurre en el presente caso, lo cual no conlleva una competencia desleal, dado que como bien apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2008, núm. 628, que *"la clientela supone para las empresas un importante valor económico, pero nadie puede invocar ningún título respecto de esta, ni pretender una efectiva fidelización, por lo que nada obsta a su captación por otras empresas cuando ello tiene lugar de modo normal o por medios lícitos"*. En el mismo sentido manifiesta la Sentencia de 8 de junio de 2009, núm. 383, que, *"si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho de empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional (art. 35 y 38 CE (RCL 1978, 2836)) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado"*.

Mucha jurisprudencia defiende esta misma idea, pero siempre resaltando que la atracción de la clientela ajena no se debe hacer de forma incorrecta o irregular, con alteración de la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado.

III. No hay riesgo de confusión entre Car4u y Car4mi

Por último, y en contestación a la infracción de nombre comercial por similitud alegada por Aussie, se puede comenzar diciendo que la valoración del riesgo de confusión se trata de un juicio de previsibilidad en el que el consumidor pueda equivocarse un producto con otro por la semejanza entre marcas. No obstante, este riesgo debe apreciarse de manera conjunta, teniendo en cuenta todos los factores oportunos, es decir la similitud gráfica, denominativa, visual, fonética, y conceptual, así lo indica el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias *"La determinación concreta del riesgo de confusión debe efectuarse en consideración a la impresión de conjunto de los signos en liza producida en el*

⁴⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2018): *"Un sistema feudal o mercantilista, una economía socialista y una economía de mercado no se diferencian en la presencia o ausencia de competencia sino en la diferente naturaleza de sus respectivas formas de organizar la competencia"*.

consumidor medio de la categoría de productos, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual, en particular, los elementos dominantes” (STS 569/2009, de 22 de julio, 827/2009, de 4 de enero de 2010 , 72/2010, de 4 de marzo y 364/2010, de 2 de junio).

En primer término, al realizar una comparación entre los dos nombres, podemos determinar a primera vista que tienen claras diferencias gramaticales, tratándose de dos palabras formadas por diferentes letras. Por un lado, “C-A-R-4-U” y por otro, “C-A-R-4-M-I”, añadiendo ambas diferentes terminaciones, que prevalecen sobre la coincidencia en la primera parte de estas y que les hacen ser distintas la una de la otra, como bien dice la resolución de la Cuarta Sala de Recurso de 14 de diciembre de 2016, en el caso R 1406/2015-4, C-TEK / TEKA (fig) et al. se pronuncia sobre las diferencias gramaticales: *“En estas circunstancias, se considera que las importantes diferencias que existen entre los signos prevalecen sobre la coincidencia en el elemento “TEK” ya que los signos, además de ser relativamente cortos, no tienen ninguna sílaba en común”*.

Por otro lado, basta realizar la pronunciación conjunta de “CAR4U” y de “CAR4MI” para determinar que se trata de palabras totalmente diferentes al diferir ya no solo gramáticamente como ya hemos visto, sino también fonéticamente.

A lo que se une, una clara diferencia conceptual, pues al examinar los dos nombres comerciales por separado, se puede constatar que se trata de denominaciones formadas por palabras diferentes. En el caso de Car4u, está formada por el término “CAR” que se trata de una palabra de la lengua inglesa cuyo significado es “coche”, el término “4”, que, aunque se trata de un número, en este caso simula la palabra “FOR”, que en español es “para”, y por el término “U”, que se trata de una abreviación de “YOU”, teniendo como significado “tú”.

Y en el caso de Car4mi, aunque el principio es el mismo, se cambia “U”, por “MI”, determinante posesivo de la primera persona del singular.

Por lo que la primera establece una clara intención de ofrecer esos coches al resto, y la segunda da a entender con que esos coches son para uno mismo, haciendo cada vez más difícil su confusión⁵⁰.

⁵⁰ GONZÁLEZ MOGENA, I (2017)

Asimismo, analizando ambas, se ve que el término principal es CAR, y según una investigación acerca de nombres comerciales y marcas anteriores en la OEPM y en la EUIPO, se pueden encontrar múltiples nombres que contienen el término CAR, para negocios de alquiler o venta de coches, y algunos desde mucho antes que Car4u, pero que se diferencian entre sí por otros términos y vocablos que les acompañan, y que pueden convivir pacíficamente en el mismo mercado de *car sharing*, sin problemas de confusión, como ocurre con Car4u y Car4mi tras el análisis realizado.

IV. CONCLUSIONES

Una vez analizados los hechos y todas las cuestiones jurídicas planteadas, entendemos en primer lugar que el Sr. García actuó de manera negligente en la relación contractual llevada a cabo con el fondo de inversión Aussie, incumpliendo con sus obligaciones como parte vendedora de entrega de la cosa objeto del contrato en buen estado, habiéndolo tenido que conservar con la diligencia de un buen padre de familia y no realizar la entrega con un alto porcentaje de vehículos averiados.

Las averías se tratan de vicios ocultos que han de ser solventados por el Sr. García, por medio de acciones que puede interponer Aussie, pudiendo acudir a la acción de resolución del contrato de compraventa "*aliud pro alio*", a la vez que a la de saneamiento por vicios ocultos, dado que no son excluyentes ni incompatibles. Asimismo, se puede obtener una indemnización por los daños ocasionados por este incumplimiento contractual, reclamándose tanto el daño emergente como el lucro cesante, con un resarcimiento del interés positivo por el incumplimiento contractual, como de indemnización del interés negativo al querer Aussie resolver el contrato.

Aunque el Sr. García se puede oponer al saneamiento por vicios ocultos, invocando a las excepciones que recoge el artículo 1484 CC, pues dice que no será responsable al haber realizado Aussie una *due diligence*, un estudio exhaustivo de diferentes áreas del negocio, que le podía haber hecho conocer los defectos en los coches antes de la perfección del contrato, y porque se trata de un perito, que por razón de su oficio, es decir al ser uno de los mayores fondos de inversión con participaciones en varias empresas dedicadas al mercado de *car sharing*, debía de haberlos visto con facilidad, o al menos haber actuado con la diligencia suficiente de una persona especializada en este tipo de contratos. Esta alegación es difícil de contradecir por parte de Aussie, aunque puede argumentar que ni

la asignación de perito ha sido probado, ni el estudio de *due diligence* es suficiente como para conocer defectos ocultos que pueda tener la cosa objeto de la compraventa, ya que se hace con otro fin, en este caso para fijar el precio de compraventa, y enfocado en otras áreas. Además, puede que el vicio fuese anterior a la venta, pero que su desarrollo fuese posterior. Y puede añadir la probada mala fe por parte del Sr García en la realización de la compraventa.

Por otro lado, con la llegada de la pandemia COVID 19, se originó una gran crisis económica que afectó a diferentes contratos, y se invoca a la cláusula *rebus sic stantibus* para que llevarse a cabo una modificación, una renegociación entre las partes, para adaptarlos a la nueva realidad. En cuanto al contrato de préstamo bancario, que le solicita Aussie al banco para poder comprar nuevos coches, se cumplen los diferentes requisitos para que se pueda aplicar la rebus, siendo muy recurrida su aplicación en contratos de deudas bancarias para poder aplazarlas porque en ese momento no se pueden hacer frente. Esto lo reafirman las distintas medidas implantadas por reales decretos para el apoyo de financiación de empresas. No obstante, como argumentos en contra, se puede decir que su aplicación choca frontalmente con los principios de *pacta sunt servanda* y el de seguridad jurídica; que no se cumplen todas las premisas necesarias, dado que sí existe una previsibilidad de circunstancias, y se asume un riesgo por la parte compradora, al tratarse de un contrato de financiación. Y que no se puede aplicar la imposibilidad sobrevinida liberatoria en los contratos de deudas de dinero. Deliberando en este caso, que pesa más la argumentación a favor de la aplicación de la cláusula.

Mientras que en el contrato de arrendamiento del local comercial donde se gestiona la actividad de Car4u, presenta diferencias con el anterior, sobre todo en los intereses en juego, y por ello se aplica la cláusula de otra forma. Como argumentos a favor del uso de la rebus, se da el cumplimiento, como en el anterior de los requisitos, destacando que no se asume ningún riesgo por las partes y que se rompe la base del negocio por el cambio de circunstancias, además es incorporada en el Real Decreto Ley 15/2020 y en el Decreto-Ley 34/2020, de 20 de octubre con medidas de ayuda para el pago de las rentas de locales comerciales. Aunque para fundamentar en contra de esta, se puede decir que la causalidad con su uso solo se da en el periodo de estado de alarma, que es cuando se altera la base del negocio, que la ley que regula el principio *pacta sunt servanda* tiene prioridad a la jurisprudencia que regula la cláusula, y que no se cumplen todos los requisitos, ya que en este tipo de contratos se añade que antes de atrasar el pago de la renta, se tiene que intentar

modificar el contrato y encontrar otras soluciones, y no se da. Por lo que se puede modificar la conclusión respecto al anterior, dado que sí se pueden negociar otras soluciones antes de aplazar el pago de la renta, que estaría perjudicando al arrendador, que poco tiene que ver con el cambio de circunstancias.

Y, por último, con la aparición de Car4mi al mercado, se plantean nuevos problemas, dado que es un negocio que comparte semejanzas tanto en el nombre con Car4u, como en las actividades que desarrolla, compitiendo en el mismo mercado de *car sharing*. En la creación de este nuevo negocio se habla de la presencia del Sr. García, por lo que se alega un incumplimiento contractual por revelación de secreto profesional del Sr. García, a la mayor accionista de Car4mi, además de una deslealtad en la competencia por el riesgo de confusión de los consumidores y empresas colaboradoras entre uno y otro, y el enriquecimiento sin causa de la reputación de Car4u, que conlleva. Además, también puede interponer acciones de violación de la propiedad industrial, al usar un nombre comercial muy similar al suyo para actividades tan similares. Sin embargo, Car4mi puede defenderse razonando que el Sr. García es independiente al negocio, y con ello su contrato con Aussie, donde hay un acuerdo de confidencialidad para evitar el uso del *know-how* ni él mismo ni terceros. Que hay una libertad de competencia gracias a la que se puede convivir en el mismo mercado, aunque compitan entre ellas, y que referente al riesgo de confusión entre nombres comerciales, se puede concluir que es complicada su confusión, pudiendo ser diferenciadas por un consumidor medio perfectamente.

V. LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADO

Art: Artículo

Arts.: Artículos

CC: Código Civil

TS: Tribunal Supremo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

AP: Audiencia Provincial

JPI: Juzgado de Primera Instancia

SAP: Sala de la Audiencia Provincial

LCD: Ley de Competencia Desleal

LSE: Ley de Secreto Empresarial

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

AJPI: Audiencia provincial

RD: Real Decreto

ERTE: Expedientes de Regulación Temporal de Empleo