



UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS

FACULTAD DE DERECHO (ICADE)

Máster en Acceso a la Abogacía

Especialidad Relaciones Jurídico-Privadas

Alumno: Javier Díez Tomillo

Tutor: D. Carlos de Miguel Perales

Fecha de entrega: Enero 2022

Índice

I. Posible Resolución del Contrato	5
Argumentos Aussie LTD.	8
Argumentos Sr. García.....	9
I.2. Daños Reclamables	9
Conclusión.....	11
II. Posibilidad Saneamiento Vicios Ocultos	13
II.2. Ejercicio Acción Saneamiento Vicios Ocultos por Aussie Ltd.....	16
La Due Diligence	18
Conclusión.....	21
III. Aplicación Clausula Rebus Sic Stantibus	23
II.1. <i>Rebus Sic Stantibus</i> contrato financiero.	24
Conclusión:.....	29
II.2. <i>Rebus Sic Stantibus</i> Contrato Arrendamiento	30
IV. Infracción Clausula No Competencia	34
IV.1. Pacto de No Competencia y Defensa de la Competencia	34
IV.2. Posible Infracción de la Cláusula de no competencia.	36
IV.3. Posible Existencia Competencia Desleal.....	41
Acciones que puede ejercer Car4mi por Competencia Desleal	47
Defensa de Car4mi por Competencia Desleal.....	48
Conclusión.....	50
V. Conclusiones y Recomendaciones	51
VI. Fuentes consultadas en la elaboración del informe.....	53
Legislación.....	53
Obras Doctrinales	53
Recursos de Internet.....	54

0. INTRODUCCIÓN

0.1. Objeto del Informe

El objeto de este informe es analizar los posibles escenarios que pueden derivar de la compraventa de la Sociedad Car4u por parte de Aussie Ltd. y los consecuentes hechos que han acaecido y que merecen un análisis jurídico pormenorizado antes de tomar cualquier decisión por parte de la Sociedad.

En el presente informe se tratará de dar respuesta a las siguientes preguntas:

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?

a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie Ltd.? ¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD al vendedor?

b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Car4u?

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

3. Car4u 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,

a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Car4u?

b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Aussie LTD?

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

a. Argumentos a favor

b. Argumentos en contra

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?

a. Argumentos a favor

b. Argumentos en contra

6. ¿Qué puede hacer Aussie LTD antes esta situación?

7. ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?

Se procederá a resolver las dudas planteadas por el solicitante en 4 bloques:

1. Posible resolución del contrato, junto con los posibles daños y perjuicios.
2. La posibilidad del Saneamiento de los Vicios Ocultos.
3. Aplicación de la Clausula Rebus Sic Stantibus
4. Pacto de no competencia.

Finalmente, se realizarán unas breves recomendaciones finales para el solicitante.

Se ha de destacar las consideraciones procesales respecto a las preguntas solicitadas por el cliente, tanto la legitimación activa como la pasiva, así como la posible existencia de litispendencia.

La mayoría de los interrogantes planteados por el solicitante tratan sobre tema mercantil por lo que es posible la acumulación de las diversas acciones en una misma demanda, y la aplicación con carácter subsidiario de distintas acciones.

Sin embargo, como se analizará en el último bloque, existirán acciones que se deben ejercitar contra Car4mi y no el Sr. García. En este caso, una buena estrategia procesal es plantear demanda por infracción contractual, vicios ocultos y daños y perjuicios conjuntamente, junto con la infracción del pacto de no competencia como parte de la infracción contractual, y por otro lado las posibles acciones de competencia y marcas.

Finalmente, las posibles acciones por aplicación de la doctrina Rebus sic stantibus son completamente independientes y en relación con el arrendatario y el prestador, respectivamente.

Relación de abreviaturas utilizadas:

CC: Código Civil.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

I. Posible Resolución del Contrato

En este primer bloque se tratará de resolver a la primera pregunta planteada por el solicitante del informe:

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?

a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie Ltd.? ¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD al vendedor?

b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Car4u?

Respecto a esta situación, es necesario analizar la legislación sobre la resolución contenida en las normas aplicables al contrato. En concreto, es de aplicación el artículo 1.124 del Código Civil:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

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. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

En el caso concreto, en primer lugar, sería necesario analizar si el contrato firmado contiene alguna cláusula resolutoria por la situación del material de la sociedad adquirida. Ante la falta de información al respecto, se ha de analizar si el supuesto de hecho puede englobarse dentro de las estipulaciones del artículo 1.124 del Código Civil.

Analizando el primer párrafo del artículo es necesario que uno de los obligados no haya cumplido su parte dentro de la relación sinalagmática. Esto supondría que D. Nicolás

no ha cumplido con la obligación en el contrato, en este caso, de entregar la sociedad¹ en buen estado, dado que una gran mayoría de los vehículos no se encuentra en buen estado. No se analiza si se trata de una obligación recíproca, ya que una compraventa siempre lo será de acuerdo con el artículo 1.455 del Código Civil².

Ambas empresas deben demostrar que el hecho de que existieran vehículos que necesitaban reparaciones sea o no parte de las obligaciones recíprocas, y, por lo tanto, sea posible o no la resolución del contrato.

Sin embargo, la jurisprudencia establece ciertos criterios y requisitos que pueden ser orientativos a la hora de analizar si es posible o no la resolución del contrato en este caso:

- Es preciso que se produzca la frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria. (STS 10/06/2010).
- En cuanto a la resolución por incumplimiento de una de las partes, sancionada por el art. 1124 Código Civil, implica un incumplimiento esencial del contrato. (STS de 21/12/2012).

Aussie Ltd. necesitaría demostrar, en primer lugar, que efectivamente se ha incumplido el contrato al no entregar la Sociedad en perfecto estado, o que el estado ha variado desde que se le dio acceso a la misma para su evaluación. Así, necesitaría demostrar que cuando tuvo acceso a los vehículos, se encontraban en buen estado y que los desperfectos han ocurrido desde su inspección (por desidia o ahorro de costes ante la inminente venta) o que no tuvo acceso a los mismos durante el acceso.

Siguiendo la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 111/2018, de 5 marzo³, ya que se ha frustrado la finalidad del contrato, no siendo esta que Aussie Ltd. adquiera la sociedad, si no que la adquiera para poder explotarla económicamente. Ante una situación dónde un alto porcentaje de vehículos necesitan reparaciones, Aussie Ltd. no puede continuar de manera normal con la actividad

¹ Entendiendo la sociedad como el conjunto de bienes materiales e inmateriales. Se analizará posteriormente que se entiende por la sociedad.

² Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

³ El Tribunal Supremo acepta que se de resolución tras la entrega de una sociedad que no puede operar, ya que al no ser útil la sociedad y por lo tanto “, atendiendo a la finalidad conocida y compartida de la compraventa, que era «la reanudación de la producción y con ello el mantenimiento de los puestos de trabajo»”, no puede cumplir la compraventa la finalidad del contrato.

de la empresa, por lo que el contrato no cumple la finalidad y por tanto tiene el derecho a solicitar que el contrato se resuelva.

Sin embargo, respecto a este supuesto incumplimiento es necesario analizar si el contrato de compraventa son las meras participaciones de Car4u, o los activos de la misma, en los cuales estarían comprendidos los vehículos. Si la compraventa fueran las participaciones, no existiría ningún error en la venta, ya que las participaciones se han transmitido de forma correcta; mientras que, si se entiende que también son objeto de la compraventa los activos, se puede analizar si la situación de los vehículos podría englobarse como incumplimiento.

A este respecto, se debe analizar cuál es el objeto del contrato: las participaciones o los activos de la empresa. Esto es así ya que el objeto del contrato, como uno de los requisitos esenciales de todo contrato (artículo 1.261 Código Civil), determina el alcance del contrato, delimitando que está y que no está afectado por el contrato. En caso de que el objeto se haya delimitado de manera incorrecta, el contrato variará. No es lo mismo realizar un contrato de venta sobre una mesa, y aparejarle unas sillas, que vender una mesa y unas sillas, a modo ejemplificativo.

El objeto o causa del contrato puede estar sujeto a interpretación, debiendo prevalecer la interpretación literal del mismo. Sin embargo, el mismo Código Civil reconoce que es posible realizar una interpretación teleológica o del fin con el que las partes realizaron el contrato. En concreto, los artículos 1.281 a 1.284 permiten la interpretación de los contratos:

Artículo 1281.

Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Artículo 1282.

Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

Artículo 1283.

Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar.

Artículo 1284.

Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

Por lo tanto, el principal debate para la posible resolución contractual será la consideración del tipo de pacto, y, por ende, del objeto del contrato.

Ante la falta de información de la que se dispone, se va a realizar un resumen de los argumentos que pueden desarrollar tanto Aussie como el Sr. García, y las diferentes interpretaciones que puedan alegar:

Argumentos Aussie LTD.

- El argumento con más peso que puede utilizar es, teniendo en cuenta el contrato, que el objeto del contrato no era la mera adquisición de las participaciones, si no la compra de la sociedad en su conjunto, como unidad económica, y asociada a los activos. De esta manera, el contrato sería un *asset deal*, por el que Aussie Ltd. se hace propietaria de la empresa con todos sus activos, para continuar el desarrollo de la sociedad.

En este caso, se estaría frustrando el fin del contrato, respetando lo recogido por la jurisprudencia, como la ya mencionada STS de 10.06.2010.

- Considerando el objeto del contrato como la sociedad y sus activos, Aussie debe demostrar que el Sr. García no cumplió con sus obligaciones, al no entregar los activos en buen estado. De esta manera, Aussie Ltd. puede ejercer la facultad de resolución que contempla el artículo 1.124 del CC, mencionado *ut supra*.

En este caso, Aussie podría acudir a la resolución unilateral recogida en el tercer párrafo del mencionado artículo, pero cumpliendo con la jurisprudencia del TS, que en repetidas sentencias dictamina que es necesario preavisar y contar con causa justa.

La primera condición es fácilmente realizable por parte de Aussie LTD, a través de un burofax. En cuanto a la segunda, Aussie LTD debe demostrar que tiene causa justa en las reparaciones necesarias en la flota de vehículos. Esto es fácilmente demostrable si eran parte del objeto del contrato y no se entregaron en buen estado.

Argumentos Sr. García.

- De forma inversa a Aussie Ltd., el argumento con más fuerza jurídica es entender que el objeto del contrato era la compraventa de participaciones, por lo que los activos no formaban parte de este. De esta manera, se trataría de un *share deal*, y, en consecuencia, Aussie Ltd. no conseguía la propiedad de los vehículos si no la propiedad de una sociedad que era propietaria de unos vehículos, siguiendo la lógica impuesta por la STS 852/2009.
- De tal manera que, no siendo objeto del contrato los activos, el argumento del Sr. García es entender que ha cumplido con sus obligaciones de entregar las participaciones, que estas se han entregado de forma correcta y con buena fe, entendiéndose que los activos no formaban parte del acuerdo.
- Si el objeto del contrato fuera la adquisición de la sociedad con sus activos, Sr. García se encuentra en una posición más débil, debiendo demostrar que entregó correctamente los activos.

I.2. Daños Reclamables

Aussie Ltd., una vez demostrado que Car4u debía haber transferido la sociedad con los vehículos en buen estado, y siempre pudiendo demostrar que dichos daños existieron, podrá exigir daño emergente y lucro cesante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.106 del Código Civil:

La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

La posibilidad de reclamar daños y perjuicios por parte de Aussie Ltd. se origina en el artículo 1.101 del Código Civil:

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.

El presente artículo tiene como requisitos que exista bien dolo, negligencia o morosidad, o los que contravengan las obligaciones. En el caso concreto, para que se puedan reclamar daños y perjuicios, es necesario que Aussie Ltd. pruebe que se ha dado alguno de estos requisitos.

En relación con el punto anterior, Aussie Ltd. puede alegar bien que ha existido dolo por parte del Sr. García, al no haberse realizado la reparación de los vehículos o bien la ocultación de estos (como será analizado en el siguiente apartado); bien que ha realizado negligentemente sus obligaciones de saneamiento derivados del contrato de compraventa (artículo 1.474 Código Civil). Por lo tanto, para que puedan reclamarse los daños y perjuicios Aussie Ltd. debe demostrar que el Sr. Nicolás ha incumplido sus obligaciones contractuales, derivadas tanto del contrato de compraventa como de la regulación del contrato de compraventa (1.445 y siguientes del Código Civil, artículo 325 del Código de Comercio).

Una vez demostrado el incumplimiento de las obligaciones, o alegado, Aussie Ltd. podrá reclamar:

- **Daño emergente:** Por el valor de la reparación de los vehículos, en este caso, 300.000€, siendo esta la cantidad que soporta como “daño” Aussie Ltd.-
- **Lucro cesante:** Por los ingresos que Aussie Ltd. ha dejado de obtener por el normal funcionamiento de los vehículos.

Para calcular el valor de este, Aussie Ltd. tiene varias opciones, pudiendo optar entre alguna de la siguientes (de manera ejemplificativa y no exclusiva):

1. Los ingresos medios de los vehículos que circularon durante el período que el resto estuvieron parados, interpretando que cada vehículo hubiera obtenido los mismos ingresos.
2. El ingreso medio de un vehículo en el anterior periodo fiscal, aplicado proporcionalmente al tiempo que cada uno estuvo parado.

Sin embargo, es necesario en todo momento que Aussie Ltd. pueda demostrar no sólo el valor de estos daños, si no también que el daño surgió por culpa o dolo del

vendedor. En este caso, si Aussie Ltd., con el contrato y la información relacionada al mismo, ha conseguido demostrar que ha existido un incumplimiento por parte del Sr. García en la venta, podrá plantearse la reclamación de daños.

En este caso, si ha conseguido probarlo, el daño emergente es relativamente fácil de probar, ya que ha sido necesario un desembolso de una cantidad determinada.

Pero, de nuevo, es necesario demostrar que dicho coste no era el del normal funcionamiento de la empresa. Si así era, no puede considerarse como un daño emergente ya que realmente no ha existido un daño, si no un coste normal en la actividad normal de e la empresa.

Respecto al lucro cesante, implica mayor complejidad, ya que el cálculo de este tipo de daño suele ser complicado. Es más, en el caso concreto dicho cálculo se vuelve aún más complicado ya que, como se reconoce en la información aportada por el solicitante, la compraventa se perfeccionó en un período de tiempo cercano a la pandemia del COVID-19 que implicó una parada en la actividad de la empresa (como se analizará posteriormente). En consecuencia, cualquier cálculo que se realice debe tener esta variable en cuenta.

Sin embargo, lo razonable sería aplicar, como se ha mencionado anteriormente

Conclusión

A falta de más información sobre el caso concreto, el debate girará en torno al objeto del contrato, siendo lo que se hubiera pactado el determinante del devenir de esta cuestión. Si Aussie Ltd. Puede demostrar que se trataba de un contrato de venta de activos o *asset deal*, tendrá relativamente fácil el poder demostrar que se incumple el contrato y, en consecuencia, obtener la resolución del contrato.

Sin embargo, si el Sr. García consigue demostrar que se trata de un share deal donde se vendían las participaciones, si ninguna obligación respecto al activo tendrá fácil defender su posición.

En consecuencia, se debe reiterar que dependerá de lo que se haya pactado, prevaleciendo el principio *pacta sunt servanda*, de acuerdo con el artículo 1.258 del Código Civil: Artículo 1258.

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.

Si Aussie Ltd. Consigue demostrar que se trataba de un *asset deal*, y que existió un daño, podrá reclamar los daños correspondientes, debiendo en todo caso demostrar los mismos y el cálculo.

II. Posibilidad Saneamiento Vicios Ocultos

La regulación aplicable en este caso es el artículo 1.484 del Código Civil:

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.

En cuanto al caso concreto, si Aussie LTD quisiera exigir el saneamiento por vicios ocultos, debe demostrar bien que la hacen impropia para el uso al que se al destina, bien que de haberlos conocidos no lo habría adquirido o se habría adquirido por un precio menor.

Respecto a la primera posibilidad, se analizará a continuación si los problemas en los coches hacen la cosa impropia para su uso, siendo en este caso la cosa, la sociedad.

Es cierto que la actividad de la empresa es el *carsharing*, por lo que para poder desarrollar la actividad de la sociedad con normalidad es necesario que se pongan suficientes vehículos a disposición de los clientes, por lo que existan vehículos averiados implica que la actividad de la empresa no se puede llevar con normalidad.

Sin embargo, ¿es realmente una situación que provoque que la cosa no sea útil? Respecto a este extremo, puede razonarse lo siguiente:

- Que se trata de una situación que provoca que la cosa no es útil, ya que se necesita un gasto que no estaba previsto en el contrato.
- Que no se trata de una situación que provoque que la cosa no sea útil, ya que aun suponiendo un problema que reduce la utilidad de la sociedad, sigue siendo útil y dicho vicio es subsanable.

En este caso, cabe entender que nos encontramos con la segunda opción, por lo que no es posible alegar que existen vicios ocultos por la primera posibilidad.

En cuanto a la segunda, que de haberlo sabido el comprador se hubiese reducido el precio, es necesario entender que cualquier comprador que fuera a comprar una cosa que inmediatamente después requiriera unos gastos por un alto valor para poder dar su valor, se buscaría una reducción del precio de, al menos, el coste de la reparación. Por lo tanto, dado que el valor de la sociedad se ha visto afectada por la necesidad de reparación, ya que no puede ser completamente explotado inmediatamente después de la compra, puede alegarse que existían vicios ocultos y, por lo menos, pedir una reducción del precio por el coste de la reparación.

De nuevo, debemos referirnos a la importancia de la consideración del objeto del contrato, si la venta de las participaciones o de la sociedad como unidad productiva. En el primer caso, no cabría continuar este análisis, y si en el segundo.

Sin embargo, no se trata de una situación tan sencilla, ya que el último apartado del artículo 1.484 establece que, *pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén*".

La aplicación del artículo exige 1.484 requiere cuatro requisitos enumerados por repetida jurisprudencia:

- La entrega de una cosa viciada. Una definición utilizable para el vicio es la presentada n la STS 194/2000: el "vicio" como "*aquel defecto o imperfección que la hace [a la cosa] inapropiada para el uso que por naturaleza le es propio o que disminuye este uso con clara referencia a su utilidad expresamente*".
- El vicio debe ser existente en el momento de la firma del contrato,
- El vicio debe ser oculto.
- Dicho vicio debe ser grave, según el artículo 1.484

En el caso del cumplimiento de estos requisitos, se puede rescindir el contrato de acuerdo con lo recogido en el artículo 1.486 del Código Civil:

En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

Es decir, el comprador podrá optar por la acción redhibitoria, y en el segundo, a la acción *quantum minoris*.

Llegados a este punto, es necesario analizar la doctrina *aliud pro alio*, una cosa por otra. Es una creación jurisprudencial, que, en palabras del mismo Tribunal Supremo, implica que:

La doctrina del aliud pro alio se desarrolla a partir del art. 1166 CC , que establece que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida»; por tanto, identificada la cosa debida, no es posible, sin un acuerdo entre las partes, cambiarla, porque el cambio unilateral por parte del deudor determina el incumplimiento de la obligación.

En definitiva, el «aliud pro alio» se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual....

De lo anterior se deduce que las notas que deben concurrir para que se considere que se ha entregado cosa distinta de la pactada para que ello comporte el incumplimiento del contrato son dos:

a) inhabilidad del objeto para el que se ha destinado, y

b) insatisfacción del comprador, puesto que cuando se acepta el objeto distinto no puede después alegarse la citada doctrina. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de fecha 14.01.2010

Se puede entender, por lo tanto, que la institución del *aliud pro alio* contempla una doble vertiente: material y subjetiva.

Por lo tanto, en caso de que Aussie Ltd. quisiera explotar esta posibilidad, debería demostrar tanto la parte material (coches estropeados hacen inhábil el objeto) como la subjetiva o funcional, que el comprador esté insatisfecho. Sin embargo, esta opción debe ser subsidiaria.

II.2. Ejercicio Acción Saneamiento Vicios Ocultos por Aussie Ltd.

Respecto a la posibilidad de que Aussie LTD inste la acción de vicios ocultos, debe demostrar los siguientes puntos:

- **La entrega de una cosa viciada**, es decir, que haga la cosa impropia para su uso: Para poder considerar el objeto de la compra como viciado, debemos, de nuevo, referirnos a la consideración del objeto del contrato como venta de participaciones o de la unidad productiva. De nuevo, parece difícil, si no imposible, que se trate de una cosa viciada la venta de participaciones de una sociedad que necesita un gasto de reparación. En el caso de la venta de la unidad productiva, dado que es necesario un alto desembolso, puede entenderse como que sí que está viciada la cosa.

- **El vicio debe ser existente en el momento de la firma del contrato:** En este punto nos encontramos con una difícil consideración, dado que es difícil poder delimitar si el coste de reparación de los vehículos ha surgido desde la firma del contrato hasta que Aussie LTD toma posesión de la sociedad.

Esto es así ya que, como se ha mencionado anteriormente, la actividad de Car4u implica unos altos costes de mantenimiento, y depende de la organización interna de la empresa, las reparaciones o revisiones pueden ser periódicas en determinadas fechas.

Para poder evaluar este punto es necesario evaluar las políticas internas de la empresa respecto al funcionamiento, y las diferentes ordenes que hayan podido darse internamente respecto a la dilatación de la reparación de estos vehículos.

Aussie LTD debe demostrar, por lo tanto, que las reparaciones podían haberse realizado en el momento de la firma del contrato.

- **El vicio debe ser oculto:** En este punto Aussie LTD se encuentra en una posición delicada, ya que Car4u le dio completo acceso a la empresa para la evaluación de los activos. Es de entender que pudieron evaluar los vehículos. Es por lo tanto necesario evaluar si las reparaciones necesarias eran identificables a través de las evaluaciones que pudo realizar Aussie LTD durante el proceso de Due Diligence.

De todas maneras, este requisito está íntimamente relacionado con el anterior. Si se entiende que las reparaciones o revisiones se hacen en una fecha en la cual ya se había firmado, pero no se había entregado, el vicio era oculto en el momento de la firma ya que la revisión no se había realizado.

- Dicho vicio debe ser grave, según el artículo 1.484 del Código Civil, mencionado *ut supra*. En este caso, para poder considerar que es grave Aussie debe demostrar que la situación de la sociedad en el momento de la adquisición, con una importante parte de la flota de vehículos parada y una importante inversión necesaria para volver al estado óptimo supone un perjuicio al contrato. En este caso, se debe evaluar de nuevo el objeto de contrato. Así mismo y dado que Aussie LTD es un fondo de inversión, su fin último es la rentabilidad, por lo que este imprevisto supone un daño a su actividad. Sin tener más datos con los que continuar el análisis, cabe entender que si se cumple este requisito.

La acción de saneamiento por vicios ocultos aparece regulada en el artículo 1.486, con la siguiente redacción:

En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

En este caso, y entendiendo que el análisis anterior permite a Aussie LTD acogerse al saneamiento de vicios ocultos, puede solicitar bien desistir del contrato con la devolución de todos los gastos que ha incurrido, o la rebaja proporcional del precio. En este último caso, cabe entender que la reducción sería la correspondiente al desembolso que debe sufrir.

Respecto al segundo apartado, Aussie tiene más complicado el probar que Car4u conocía anteriormente la necesidad del desembolso. Si de verdad lo conocía, y lo ocultó, es necesario analizar la existencia o no de dolo por parte de los anteriores propietarios

El dolo, regulado en el artículo 1269 del Código Civil, se entiende como el error producido por las acciones de una de las partes, que inducen a la realización del contrato, y sin estas maquinaciones, palabras o artimañas la otra parte no hubiera realizado el contrato. Se trata de uno de los tipos de vicios regulados en el Código Civil.

En este caso, el dolo realizado por el Sr. García sería dolo omisivo, al omitir información pertinente para la evaluación de la compraventa y la valoración de la sociedad. Sin embargo, de nuevo es de importancia radical la Due Diligence realizada por Aussie LTD. Si dicha Due Diligence no pudo acceder a la información por artificios del Sr. García o de Car4u, el dolo quedaría más que probado. Sin embargo, nos encontramos de nuevo con la misma problemática de la manera de probar esta situación.

Este análisis en realidad es innecesario, ya que el plazo para el ejercicio de la acción es de 6 meses según el artículo 1.490 del Código Civil:

Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida.

En consecuencia, y dado que la cosa (sean las participaciones o la sociedad) fue entregado en febrero-marzo de 2020, y, por lo tanto, el plazo para el ejercicio de esta finalizaría en agosto-septiembre del año 2020. Dadas las fechas del actual informe, no cabe por lo tanto que Aussie LTD ejercite la acción de saneamiento por vicios ocultos.

La Due Diligence

Sin embargo, cualquier análisis que se intente realizar de la posibilidad de acción por vicios ocultos, o incluso la utilización de la doctrina *aliud pro alio* implica tomar en consideración el papel de la Due Diligence.

Como se ha puesto de manifiesto tanto en la información entregada por el solicitante como en la pregunta tercera, donde el Sr. García se opone a la acción por la realización de una Due Diligence y por qué se considera perito profesional.

En cuanto a la primera cuestión, una Due Diligence, aunque no regulada específicamente en nuestro ordenamiento jurídico, se trata de un proceso estándar en la compraventa de sociedades, donde se pone a disposición del comprador información sobre la empresa para que el comprador puede estudiar la viabilidad de la operación.

Como tal, una Due Diligence óptima debe realizarse de forma pormenorizada, profesionalmente, y con total colaboración entre las partes.

Dentro de la Due Diligence, la manera de realizarse puede tener implicaciones para el presente caso:

1. La actitud del vendedor:

La actitud del vendedor puede ser condicionante del devenir del contrato. Una actitud proactiva, con total transparencia y poniendo facilidades al vendedor permite que sea complicado en un futuro alegar que ha existido algún tipo de dolo por su parte, liberando al vendedor de posibles reclamaciones.

De esta manera, una actitud por parte del Sr. García y Car4u permitiendo a Aussie Ltd. y los encargados de la Due Diligence correcta, proactiva y colaborativa pone en grave riesgo la posible acción por vicios ocultos, toda vez que un total acceso a la sociedad invierte la responsabilidad de los posibles vicios al comprador, si no realizó correctamente su Due Diligence, de tal manera que no detectó los problemas.

Sin embargo, una actitud restrictiva, no colaborativa u ocultando parte de los activos de la empresa implicaría una rápida apreciación de dolo y facilitaría el ejercicio de la acción por vicios ocultos.

Sin embargo, en este punto es difícil la actitud probatoria. Para poder probar por parte de Aussie Ltd. que el Sr. García o Car4u existía una actitud contraria al espíritu de la Due Diligence, o la ocultación de activos, es necesario que existan bien pruebas documentales como emails requiriendo el acceso a los activos, bien testimoniales de trabajadores de Car4u. Respecto a este extremo, dado que no se dispone de más información al respecto, se recomienda al solicitante que averigüe la posibilidad de que se hayan dado cualesquiera de las dos situaciones.

Existen métodos para probar que realmente se ha realizado la acción de Due Diligence de manera correcta y colaborativa por parte de Car4u es la existencia de Manifestaciones y Garantías por parte de Car4u y el Sr. García, junto con cartas de intenciones o de *disclosure letters* donde se especifique el estado de los activos.

Sin embargo, aunque dichos documentos tuvieran como fin garantizar al comprador que los activos estaban en buen estado, dado que realmente no era así, puede entenderse que existía dolo por parte de el Sr. Garcia y Car4u, al darse unas garantías falsas.

De nuevo se encuentra el mismo problema, como probar que las averías no son del normal funcionamiento de la empresa, ni fueron ocultadas.

2. La realización de la Due Diligence por Aussie Ltd.

En este punto es necesario analizar si la Due Diligence, valga la redundancia, se ha llevada a cabo con el deber debido. Es decir, si se ha realizado pormenorizadamente, de manera exhaustiva y profesional.

Respecto a esto, es razonable plantear que se ha realizado correctamente, toda vez que Aussie Ltd. es uno de los principales fondos de inversión del mundo, y tiene en su cartera de inversión otras 4 empresas de *carsharing*. En consecuencia, es razonable entender que Aussie Ltd., tiene suficiente información, experiencia o cuanto menos, los recursos, para realizar una Due Diligence que permita conocer efectivamente el estado de la sociedad antes de su compra.

En este punto, como plantea el solicitante, cabe considerar a Aussie Ltd. como perito profesional si se cumple que se trata de “un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.”

En este caso, dado que la profesión de Aussie Ltd. es la de fondo de inversión, y tiene experiencia, cabe considerarle como perito profesional. Y, como mínimo, plantear la duda. No es necesario por lo tanto que se trate de un perito con el título profesional, si no que la jurisprudencia permite que se realice por personas con los conocimientos suficientes, en este caso, un fondo de inversión que ya ha realizado (dado que es lo normal en este tipo de operaciones) Due Diligence para empresas del mismo sector.

Sin embargo, no será Aussie Ltd. la que realice la Due Diligence, sino que lo normal y común es el encargo a profesionales, tanto económicos, como técnicos. En este caso, lo razonable y prácticamente exigible es que la Due Diligence se realice por profesionales de cada sector, no solo por lo estándar del mercado, sino también por el propio interés de Aussie Ltd.

En consecuencia, y a falta de más información, cabe considerar que el argumento ofrecido por el Sr. Garcia es cuanto menos factible y con base jurídica, siendo necesario, como se ha mencionado anteriormente, que se realice una actividad probatoria por parte de Aussie Ltd. en relación con la imposibilidad de evaluar los vehículos que necesitaban

reparaciones, bien porque no pusieron a disposición de los evaluadores de la Due Diligence, bien por cualquier otra vicisitud.

Haciendo referencia a las manifestaciones y garantías anteriores y las *disclosure letters* que hayan podido existir, su emisión por parte del vendedor no exime al comprador de realizar una evaluación de los activos, ya que es parte de la Due Diligence.

Así, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se debe entender que Aussie LTD sí que debe ser considerado perito, dada tanto la experiencia en el mercado de carsharing, pero sobre todo por su carácter de fondo de inversión. Dicho carácter lleva aparejada la obligación de evaluar las inversiones que se realizan, por lo que en el caso de Car4u deberá haber actuado mediante expertos en el sector.

Sin embargo, existe en este caso una doble consideración de perito profesional, ya que también el Sr. García y Car4u pueden ser considerados peritos profesionales, ya que su profesión es la del *carsharing*. Por lo tanto, se presupone que debían conocer el estado de los vehículos, o la expectativa del desembolso necesario para su buen estado durante el periodo de negociaciones y la misma venta.

Conclusión

La premisa es que, a fecha de realización del presente informe, la posible acción por vicios ocultos ha caducado, por lo que no puede ser ejercida. Así mismo, si las averías pueden englobarse dentro de la normal actividad de la empresa, y no se trata de unos gastos extraordinarios, no podrá continuarse con la acción.

Teniendo esto en cuenta, el posible ejercicio de la caducada acción radica tanto en cómo se haya realizado la Due Diligence cómo las actitudes de Aussie Ltd. y el Sr. García durante el desarrollo de esta.

Si se realizó correctamente por parte de Aussie Ltd. y no hubo ningún tipo de dolo o artimaña por parte del Sr. García y Car4u, la acción no tiene base para su ejercicio.

Si se realizó correctamente, pero el Sr. García y Car4u ocultaron parte de la información o no colaboraron, la acción tendrá base para su ejercicio, siempre que se pueda probar la ocultación.

Si se realizó incorrectamente, no se cumplirán los requisitos del artículo 1.484 del Código Civil.

Por otro lado, Aussie Ltd. debe valorar la posibilidad de intentar aplicar la doctrina *aliud pro alio*, con un razonamiento suficientemente fuerte.

Por lo tanto, es necesario una ampliación de la información para estudiar si realmente no ha caducado el plazo de ejercicio de la acción, y poder concretar cómo se realizó la Due Diligence y determinar los posibles cursos de acción.

III. Aplicación Clausula Rebus Sic Stantibus

En este bloque se procederá a dar respuesta a las preguntas relativas a la aplicación de la cláusula *Rebus sic stantibus*, pregunta cuatro y cinco:

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

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?*

La cláusula *Rebus sic stantibus*, o estando así las cosas en la traducción al español, se trata de un mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones. Se produce cuando, por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de actuación de las partes, a una de ellas le resulta absolutamente imposible o gravoso el cumplimiento de la obligación⁴.

Se trata de una construcción jurisprudencia, por repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya usada en los años 40 del siglo pasado⁵, existiendo vaivenes jurisprudenciales en cuanto a cuando era posible su aplicación.

Así, la crisis económica sucedida en el 2008 trajo cambios en su aplicación, siendo ajena a los casos fortuitos o de fuerza mayor o que se excluye en las prestaciones dinerarias, pues el dinero no perece (STS 17 enero 2013)⁶, dándose un cambio de paradigma en el año 2014, siendo el factor diferencial. la posibilidad de adaptación del contrato mientras dure la contingencia, por alteración de la base económica o porque se haya incurrido en una excesiva onerosidad para una de las partes.⁷

La STS de 24 de febrero de 2015 (1698/2015) establece que la *Rebus sic stantibus* “no se trata de un enfoque dirigido estrictamente a plantear la interpretación del contrato, ni la integración de este, sino a ponderar su eficacia resultante tras la alteración sobrevenida de las circunstancias que conformaron la base negocial sobre la que se asentó la iniciación y el mantenimiento de la relación contractual llevada a cabo”. Por lo tanto,

⁴https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDC1MDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAWIiWPTUAAAA=WKE

⁵ La *Rebus Sic Stantibus* en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos; Tirant lo Blanch; 2021-03-09, Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros et all.28

⁶ La *Rebus Sic Stantibus* en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos; Tirant lo Blanch; 2021-03-09, Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros et all. 28

⁷ La *Rebus Sic Stantibus* en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos; Tirant lo Blanch; 2021-03-09, Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros et all. 29

la aplicación de la *rebus sic stantibus* trata de mitigar posibles variaciones en la situación inicial del contrato, cuando sea necesario dado el especial cambio que se haya producido.

El Tribunal Supremo mantiene condiciones principales para que sea de aplicación la *rebus sic stantibus*:

- **Carácter sobrevenido:** en el caso de la pandemia, hecho que nos atañe, se cumple, dado que no era algo esperable en los contratos celebrados con anterioridad a la misma.
- **Imprevisibilidad:** Parece que se cumple, ya que trata de un hecho imprevisible e inevitable de los que la jurisprudencia califica como “extraordinarios”, es decir, de un suceso que no entra dentro de la previsión razonable a la que están obligados los contratantes.⁸
- **Inimputabilidad,** entendiéndola como nexo causal entre el suceso y la ruptura del equilibrio contractual. En este caso, no se puede generalizar, ya que, dependiendo de los diferentes sectores y contratos, puede que dicho equilibrio no varíe.
- **Ausencia de asignación del riesgo contractual:** “La alteración sobrevenida de las circunstancias solo puede afectar a la eficacia del contrato en aquellos supuestos en que las partes no hayan asumido o asignado el riesgo de que un evento no contemplado al tiempo de contratar pueda afectar a alguno de sus elementos esenciales.”⁹ Es necesario, por lo tanto, que dentro de la libertad contractual plasmada en el principio “*pacta sunt servanda*” no se hayan acordado instrumentos que puedan dar una solución a la situación sobrevenida que pueda implicar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

II.1. *Rebus Sic Stantibus* contrato financiero.

⁸ La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos; Tirant lo Blanch; 2021-03-09, Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros et al. 254.

⁹ La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos; Tirant lo Blanch; 2021-03-09, Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros et al. 257.

En el caso concreto, el cliente interroga sobre la posibilidad de aplicar la doctrina *rebus sic stantibus* a un contrato de préstamo. Dicho contrato aparece regulado tanto en el artículo 1.740 del Código Civil, como en el artículo 311 del Código de Comercio:

Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

Artículo 311:

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

Se reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes:

1.ª Si alguno de los contratantes fuere comerciante.

2.ª Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio.

En consecuencia, el contrato de préstamo que realizase Car4u tendrá el carácter de mercantil, ya que se trata de un comerciante a efectos de la legislación mercantil, y será de aplicación la regulación de derecho Civil, Mercantil, y en general todas las normas sobre préstamos de nuestro ordenamiento

En cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en contratos financieros, en la crisis de 2008, dado el carácter de crisis financieras de la misma, el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse.

Así, en la STS de 13 de julio de 2017, nº 447/2017, se dice que “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.”. En consecuencia, parece que no es aplicable la rebus en el caso del contrato de préstamo de Car4u.

Uno de los pocos pronunciamientos existentes sobre la *rebus sic stantibus* y la situación de pandemia es el auto 155/2020 del juzgado de primera instancia nº 60 de Madrid de 30 de abril de 2020, que trata sobre financiación empresarial. En este caso concreto, el grupo empresarial solicitaba medidas cautelares ante la grave situación

financiera que la pandemia podía provocar en un grupo empresarial. El Juzgado admite las medidas cautelares, entre las que se encuentra la suspensión temporal (durante un año) de los vencimientos del principal y los intereses de un préstamo.

El tribunal tiene en cuenta tanto el calendario de amortización, como las ratios financieras. Así mismo, el tribunal tiene en cuenta que el grupo empresarial había cumplido con todos los pagos de forma íntegra y puntal. En conjunto con esta situación, el grupo basaba su solicitud en los graves problemas de aprovisionamiento, producción y venta de producto, junto con la total paralización de la actividad durante ciertos periodos de tiempo, y una reanudación parcial tras dichos cortes.

Todos estos hechos llevan al tribunal a interpretar que tanto el contrato de préstamo como los planes de financiación se habían realizado en circunstancias diferentes a las que había originado la Pandemia, por lo que el tribunal entiende que se dan todos los elementos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en concreto:

- Que la pandemia no era previsible.
- Que la pandemia ha afectado de manera intensa a la situación económica de grupo Celsa.
- Que el plan de viabilidad del grupo Celsa se preparó con base en un escenario económico normal y el COVID-19 ha supuesto una alteración grave que ha afectado de manera importante a la capacidad del grupo Celsa de cumplir estrictamente con los ratios pactados.¹⁰

En definitiva, se entiende que es de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*.

Así las cosas, se procede a analizar cada uno de los requisitos de la cláusula *rebus sic stantibus*, intentando realizar un encaje que permita analizar si realmente se puede utilizar esta doctrina.

Sin embargo, llevando al caso que nos atañe este auto, es necesario establecer que la aplicación de la *rebus sic stantibus* tiene que ser caso a caso, ya que depende de las circunstancias propias de cada contrato. Es por lo tanto necesario analizar el caso concreto de Car4u.

¹⁰ La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos; Tirant lo Blanch; 2021-03-09, Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros et al. 391

A falta del texto del contrato, es necesario realizar las siguientes apreciaciones sobre los contratos de financiación:

- En los contratos de financiación empresarial es estándar y práctica de mercado incluir una definición de cambio sustancial adverso (más conocida por sus nombres ingleses de *material adverse change* o *material adverse effect*)¹¹. La existencia de este tipo de cláusulas en el contrato limita en gran manera la posible aplicación de la rebus, ya que el principio *pacta sunt servanda* ha implicado cierto grado de anticipación de situaciones imprevistas.
- Es necesario estudiar si el contrato ha articulado algún mecanismo para obtener periodos de carencia o la posibilidad de postergar el pago.
- Este tipo de contratos suelen presentar cláusulas que permiten la renegociación y refinanciación de los préstamos, por lo que puede ser de aplicación.

Hechas estas primeras precisiones, es necesario analizar cada uno de los requisitos que impone la jurisprudencia del TS a la hora de aplicar la cláusula *Rebus sic stantibus*:

- **Carácter sobrevenido:** Como se ha mencionado anteriormente, la situación creada por la pandemia era completamente sobrevenida. Es más, como menciona el auto de la AP de Madrid, si la sociedad ha ido cumpliendo escrupulosamente los pagos y todos los requisitos del contrato de financiación, y es a raíz de la pandemia que esta situación ha cambiado, nos encontramos sin lugar a duda con una situación de carácter sobrevenido.
- **Imprevisibilidad:** En esta condición, íntimamente ligada a la anterior, se puede precisar que, sí que se podían articular medios para afrontar esta situación sobrevenida, como las mencionadas cláusulas de cambio sustancial adverso, cláusulas de carencia o refinanciación. Por lo tanto, la imprevisibilidad

¹¹ La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos; Tirant lo Blanch; 2021-03-09, Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros et all. 394

no está clara, siendo necesario un análisis pormenorizado del contrato y las negociaciones llevadas a cabo previos a la firma. Es más, el contrato, firmado el 15 de febrero, se formalizó cuando ya existía el inicio del brote en Wuhan, por lo que era previsible su extensión por otras partes del globo terráqueo. Es decir, era relativamente previsible que la situación económica se viera afectada ante esta enfermedad.

Es importante separar la imprevisibilidad con el carácter sobrevenido. Era posible prever ciertas afectaciones, pero no un confinamiento y parada total de la actividad económica, por lo que es necesario graduar esta circunstancia.

- **Inimputabilidad**, En este caso, es evidente que el confinamiento y la parada total, o parcial de la economía, implica menos desplazamientos por parte de la ciudadanía, por lo que es menos necesario los servicios de *carsharing* y los ingresos de la empresa disminuirían. Es más, el tipo de actividad, donde se conduce un vehículo que ha sido conducido previamente por otra persona, sin garantizar la desinfección de este, no era acorde a las medidas recomendadas para la prevención del COVID 19. En consecuencia, si existe un nexo causal entre la situación de pandemia y la falta de liquidez que lleva a tener problemas para afrontar los pagos del préstamo, sin deberse a ninguna de las partes dichos problemas financieros.

- **Ausencia de asignación del riesgo contractual**: Es en este punto donde nos encontramos con los mayores problemas a la hora de poder aplicar la *rebus sic stantibus*, ya que lo normal en los contratos financieros es que se articulen suficientes mecanismos para asignar el riesgo contractual, junto con situaciones sobrevenidas (comentado ut supra). En definitiva, es necesario analizar el contrato para estudiar la posibilidad de asignación del riesgo contractual.

Conclusión:

La conclusión general es la necesidad de un análisis pormenorizado del contrato para poder estudiar si se cumplen las dos condiciones que pueden ser más dudosas, la ausencia de asignación de riesgo contractual y la inimputabilidad.

Respecto a estas dos circunstancias, Car4u podrá excusarse en que, aunque existan cláusulas de situaciones sobrevenidas, la situación de la pandemia fue extraordinariamente sobrevenida, no siendo de aplicación esas cláusulas, y en cuanto a la inimputabilidad, que cuando se formalizó el contrato era imposible prever un confinamiento.

En cuanto al acreedor, alegará justo lo contrario: las cláusulas están justo para dichas situaciones, y un mes antes del confinamiento general era esperable que el COVID-19 creara situaciones económicas complicadas, sin precisar cuáles son.

Sin embargo, dado que los tribunales aceptan de manera abstracta y cuasi general la COVID-19 como situación sobrevenida, y a falta del mencionado análisis pormenorizado del contrato, cabe entender que es posible la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

II.2. *Rebus Sic Stantibus* Contrato Arrendamiento

La segunda pregunta en relación con la doctrina *Rebus Sic Stantibus* es la referente al alquiler de las oficinas a las cuáles no se pudo acceder durante el confinamiento establecido por el Real Decreto 463/2020 y sus consecuentes prórrogas.

En primer lugar, es necesario establecer que de nuevo es inevitable tener en cuenta lo que hayan pactado las partes, en específico, el objeto del contrato y las posibles cláusulas de suspensión o resolución del contrato.

EN el caso del objeto, es importante estudiar cual era el objeto de esta. Si era el arrendamiento de las oficinas para llevar a cabo el normal funcionamiento de la empresa, dado que no se ha dado dicho normal funcionamiento, se tendrá mayor capacidad para argumentar una posible reducción de cuotas. Si es el mero arrendamiento, sin establecer el fin que le dedicará el arrendatario, será más difícil

En el caso de que las cláusulas de suspensión o resolución, es importante estudiar si la situación provocada por el confinamiento puede encajarse en alguno de los supuestos que recoge el contrato, como puede ser la imposibilidad de acceso a las oficinas por motivos legales. En estos casos, si existieran, se podría acudir al contrato sin tener que excusarse en la doctrina *Rebus sic stantibus* (más allá de que, como se ha estudiado anteriormente, no sería posible utilizarla).

A mayores, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, establece en su artículo 1 medidas destinadas a ayudar en el caso de fuerza mayor que es la crisis, ya que la misma norma indica que “*A falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas, salvo en lo referido en su artículo 26, relativo a la habitabilidad de la vivienda derivada de la ejecución de obras, que puede ser aplicable a los locales de negocio vía artículo 30 de esta Ley*”.

De esta manera, el legislador impone que la opción de los arrendatarios para aligerar las cargas económicas que provoca la pandemia no sea una resolución o una reducción de las cargas, si no una moratoria, como se establece en el artículo 2 del citado Real Decreto:

Artículo 2. Otros arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

1. *La persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, o de industria, cuyo arrendador sea distinto de los definidos en el artículo 1.1, y cumpla los requisitos previstos en el artículo 3, podrá solicitar de la persona arrendadora, en el plazo de un mes, desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley 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.*

2. *Exclusivamente en el marco del acuerdo al que se refieren los apartados anteriores, las partes 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. En caso de que se disponga total o parcialmente de la misma, el arrendatario deberá reponer el importe de la fianza dispuesta en el plazo de un año desde la celebración del acuerdo o en el plazo que reste de vigencia del contrato, en caso de que este plazo fuera inferior a un año.*

En este punto, existen discrepancias doctrinales respecto a si es posible aplicar la *Rebus sic stantibus* por encima del marco que ha creado este Real Decreto. Sin embargo, en una visión garantista, no es posible ya que el legislador crea un método de aligerar las cargas que, por su carácter especial, se aplica a todos los casos. Sin embargo, de nuevo hemos de referirnos al principio *pacta sunt servanda*, por lo que, de existir voluntad entre las partes, nada impide una rebaja de las mensualidades o incluso la resolución.

Si, a pesar de esta regulación, Car4u quisiera aplicar la *rebus sic stantibus*, se debe analizar los mismos supuestos que en el caso del contrato de préstamo:

- **Carácter sobrevenido:** igual que con el contrato de arrendamiento, dado que no era previsible una pandemia cuando se formalizo el contrato.
- **Imprevisibilidad:** No es previsible una pandemia, pero si lo es que exista una crisis, lo que el Tribunal Supremo no acepta como hecho habilitante de

aplicación de la *rebus sic stantibus*, siendo la imprevisibilidad el carácter general del confinamiento que provoca la imposibilidad de acceder a las instalaciones.

- **Inimputabilidad:** en este caso, es claro que se trata de una situación inimputable a ninguna de las partes, por lo que es entendible que si puede cumplirse dicho requisito.
- **Ausencia de asignación del riesgo contractual:** Como en el caso anterior, nos encontramos con la misma situación, siendo lo normal y usual en este sector el pacto de cláusulas de riesgo, fuerza mayor y otras que permiten modular la renta o el devenir del contrato por la situación que atraviesen las partes. Es difícil entender que no exista ninguna cláusula de este tipo.

En este caso, además, se ha de indicar que el uso de unas oficinas no es meramente de trabajo, sino también de almacenamiento de información, de servidores, y nodo del teletrabajo o las telecomunicaciones necesarias durante el confinamiento. En el caso de que dichas oficinas hubieran sido usadas con alguno de estos fines, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* perderían aún más fuerza, ya que solicitar no pagar la renta de un período en el que, aunque de manera mínima, se ha disfrutado de las instalaciones, implica que el riesgo contractual es asumido por el arrendador que ha visto su propiedad utilizada por un tercero sin ninguna contraprestación a cambio.

A mayor abundamiento, es necesario estudiar la situación que ha llevado a Car4u a supuestamente estar imposibilitado de acceder a las instalaciones durante cinco meses, toda vez que el confinamiento duró desde el 14 de marzo de 2021 hasta el 21 de junio de 2020, siendo cinco meses, y no siendo consciente el autor de este informe de más confinamientos que impidieran el acceso a los centros de trabajo. Este implica que no se podría solicitar una suspensión de las rentas durante cinco meses en ningún caso.

Conclusión

La compleja situación que generó la pandemia es, en parte, más fácil de entender dada las herramientas dadas por el legislador. El RDL mencionado permite articular un importante argumento en contra de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que se establece un mínimo en la moratoria para la situación generada en la pandemia. Unido al posible uso de las oficinas como “nodo” del teletrabajo desarrollado por la empresa,

crean una rocosa postura en contra de la aplicación de la *rebus sic stantibus* en el caso del contrato de arrendamiento.

A favor de la posible aplicación nos encontramos con la imprevisible pandemia y la inimputabilidad de la causa, junto con el cierto hecho de la imposibilidad de acceso.

Sin embargo, y a falta de poder examinar el contrato a fondo, es nuestra opinión considerar que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* carece de una base fuerte en este caso.

IV. Infracción Clausula No Competencia

En este bloque se procederá a responder la sexta y séptima pregunta planteadas por el solicitante;

6. *¿Qué puede hacer Aussie LTD antes esta situación?*

7. *¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?*

Ante la posible infracción de la cláusula contractual de no competencia, es necesaria establecer en primer qué es lo que se establecía en la cláusula y los hechos reales que han acaecido.

En este bloque, se va a analizar la posible defensa de Don Nicolás, como firmante del pacto de no competencia, y en un segundo plano, la defensa de Car4mi. Se procederá de esta manera debido a que la posible responsabilidad de Car4mi será en todo lugar subsidiaria respecto a la de Don Nicolás. Si se demuestra que Don Nicolás no infringió el pacto de no competencia, Car4mi no tendría ninguna responsabilidad, ya que el pacto de no competencia tiene una eficacia *inter-partes* y no *erga omnes*, no afectando a los terceros ajenos al pacto (1.257 Código Civil). Solo en el supuesto de que se probase que se infringió el pacto de no competencia, podría tener algún tipo de responsabilidad Car4mi.

La cláusula de no competencia pactada consiste en una obligación expresa prohibiendo a D. Nicolás operar directamente o a través de terceros en el mercado del *carsharing* durante un periodo de al menos 10 años, así como utilizar el know-how de Car4u sin su permiso.

Estas cláusulas son aceptadas por la Jurisprudencia, a pesar de que se pueden considerar como una limitación a la competencia en el mercado y, por lo tanto, ser calificados como pactos colusorios. Es en este punto donde se da el principal argumento que puede utilizar el Sr. García, y dado que se trata de una consideración que condiciona el resto de los posibles argumentos, se analizará en primer lugar.

IV.1. Pacto de No Competencia y Defensa de la Competencia

Los actos de contrarios a la competencia, regulados en Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se regulan como aquellos que “todo acuerdo, decisión o

recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”.

En este caso, el Sr. García puede considerar que la cláusula de no competencia implica restringir la competencia, ya que no se le permite intervenir en el mismo.

Sin embargo, la jurisprudencia acepta este tipo de cláusulas dentro del principio *pacta sunt servada*, prevaleciendo la voluntad de las partes, pero con ciertos requisitos. Así, el Tribunal Supremo en la STS 4006/2012 establece ciertos criterios que pueden ser empleados para delimitar la validez de estas cláusulas.

Así, se dice que:

“que se interpretaba en el sentido de que era aplicable a todo comportamiento en el mercado que reuniese los siguientes requisitos:

1) que se tratara de un acuerdo de dos, o más sujetos;

2) que afectara real o probablemente a la competencia;

3) que tal afectación

restringiera, impidiendo o falseando la competencia;

4) que la afectación sea sensible; y

5) que la restricción, el impedimento o el falseamiento de la competencia desplegara sus efectos en todo o parte del territorio nacional.”

Así mismo, reconoce que “En numerosas ocasiones el tráfico mercantil impone o aconseja ciertas restricciones a la competencia, en cuyo caso las cláusulas de inhibición, de estar incorporadas a contratos cuyo objeto principal no sea restringir, impedir o falsear la competencia, que constituya restricciones accesorias del comercio, más o menos necesarias o simplemente útiles o convenientes, por lo que se alude su validez cuando están suficientemente justificadas y sirven a la finalidad perseguida en un contrato lícito”, por lo que parece que dichas cláusulas son válidas. Este razonamiento unido al siguiente “la transmisión de la empresa supone mantener en el mercado la situación competitiva desplegada antes por el transmitente y a raíz de la transmisión por el adquirente, que en otro caso no habría adquirido y, por otro, permite que el transmitente, una vez transcurrido

el tiempo pactado, pueda desembarcar en el mercado y competir con el adquirente, lo que permite calificarlas de cláusulas nada más aparentemente restrictivas que se revelan procompetitivas a medio y largo plazo”, y el último motivo en la desestimación “a cláusula de inhibición está justificada salvo que por su duración, su ámbito geográfico y su contenido excediese de lo razonablemente útil o conveniente para garantizar que el valor de las participaciones no se viera deteriorado por la actuación del transmitente.” permite el establecimiento del criterio de utilidad del pacto de no competencia, siempre y cuando no sea excesivo.

Aplicado al caso, y relacionándolo con el primer bloque de este informe, si se trata de un share deal o venta de participaciones, un pacto de no competencia que evite una reducción del valor de participaciones sería válido, o si fuera un *asset deal*, del valor de los activos.

En cuanto a la posibilidad de que no sea excesivo, debe valorarse en relación con el mercado actual. Dado que se trata de un mercado incipiente y poco maduro, con no demasiadas empresas en el territorio nacional, una limitación a la entrada de nuevos competidores puede interpretarse como que atenta a la competencia.

En consecuencia, el Sr. García puede intentar alegar que el pacto si atenta contra la competencia. A estos efectos, debe demostrarlo de forma fehaciente y convincente, ya que implicaría romper en primer lugar la voluntad de las partes, y, en segundo lugar, una costumbre del mercado.

Por su parte, Aussie Ltd. debe argumentar que no limita la competencia, ya que, aunque se trate de un sector inmaduro existen empresas en el sector que garanticen la competencia, o incluso aumentar el mercado en el que opera al transporte en general, donde se incluirían empresas asentadas y servicios públicos, por lo que no afectaría a la competencia.

IV.2. Posible Infracción de la Cláusula de no competencia.

Para poder valorar la posible infracción de la cláusula de no competencia, junto con las opciones jurídicas que se plantean, es necesario delimitar los hechos que han ocurrido. Así, cabe tener como cierto:

- Que Car4mi es una empresa competidora de Car4u

- Que clientes de Car4u han roto las relaciones con esta, realizando contratos con Car4mi, una competidora directa.
- Que la principal accionista de Car4mi es Doña Beatriz Madariaga.

En cuanto a la relación entre Doña Beatriz y Don Nicolás, aunque por las pruebas recogidas por el detective privado se demuestre que conviven, se ha de tener en cuenta en cuanto al valor probatorio de dicha prueba:

- La especial valoración que hacen los tribunales de las pruebas aportadas por detectives privados. Según el Auto del Tribunal Constitucional, 262/1988, se considera como prueba Testifical, o Prueba testifical Documentada, si se tienen documentos que lo prueban.

Si es cierto, que el Tribunal Supremo considera que se trata de un testimonio respaldado por su profesionalidad reglamentada legalmente.

- La posibilidad de que exista un ataque al derecho a la intimidad y al honor de Doña Beatriz y Don Nicolás, lo que anularía el valor probatorio. La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, determina que el límite de la actividad de los detectives privados se encuentra en los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española. En consecuencia, si la actividad del detective privado hubiera atentado en cualquier momento contra los derechos a la intimidad y al honor del Don Beatriz o de Don Nicolás, el valor probatorio del detective sería nulo.

En consecuencia, y a falta del informe concreto del detective, no se puede afirmar que dicha prueba pudiera ser presentada en un proceso judicial para demostrar que el Sr. García incumplió su deber de no competencia.

- Probar que, aun siendo convivientes, realmente Don Nicolás está actuando por medio de Doña Beatriz para dirigir Car4mi. En este caso, la prueba es compleja sin atentar contra el derecho al honor o la intimidad de ambos.

Este último apartado puede probarse a través del email que se recibe por parte de un cliente, donde se menciona tanto a Don Nicolás (verdadero destinatario de este) como a Doña Beatriz, probando en parte, que existe una relación entre ambos y que Don Nicolás está dirigiendo Car4mi. El Tribunal Supremo si acepta los correos electrónicos como prueba documental válida (STS de 23 de julio de 2020). Sin embargo, el debate en este

caso es al tratarse de un email dirigido a un tercero y recibido por el demandante por error. En este punto existiría un probable debate procesal, pero teniendo en cuenta la anterior sentencia del Tribunal Supremo, donde dice que se deben adaptar a los métodos modernos, cabe considerarlo como un documento perdido y encontrado. La mejor manera de garantizar la validez es realizar un acta notarial donde se demuestre que la dirección de correo electrónica es la verdadera del colaborador, y donde se plasme el contenido del email.

Sin embargo, dichas pruebas no son suficiente para demostrar la relación o que el Sr. Garcia actúa por medio de Doña Beatriz en Car4mi, requisito para poder alegar que se ha infringido el pacto de no competencia. Sin embargo, cabe alegar una prueba indiciaria (artículo 386.1 Ley de Enjuiciamiento Civil), donde dando por demostrado que Doña Beatriz y Don Nicolás viven juntos, y que Don Nicolás tiene relación con antiguos inversores de Car4u que han sido atraídos a Car4mi, que realmente Don Nicolás está implicado en el funcionamiento de Car4mi.

En este punto, Don Nicolás y su defensa pueden alegar que no existe suficiente prueba para aceptar este punto; pero la mejor defensa para Don Nicolás sería la inadmisión de las pruebas dado el carácter de estas. Por un lado, puede intentar realizar una tacha del detective privado como perito, o bien alegar un ataque a su derecho a la intimidad y al honor (pudiendo plantearse incluso, aunque de forma remota y lejana, acudir al Tribunal Constitucional). En cuanto al email, alegar que no cabe utilizar un email que iba dirigido a un tercero, siendo una violación de las telecomunicaciones.

Se trata de la mejor defensa de Don Nicolás, ya que todo el relato lleva a pensar que, efectivamente, colabora con Car4mi.

En cuanto a si dicha situación, probándose que Don Nicolás es parte de Car4mi, supondría una violación de la cláusula de no competencia del contrato de compraventa (cláusula que prohibía al Sr. García de operar directamente o a través de terceros en el mercado del *carsharing* durante al menos 10 años, y utilizar el *know-how* de Car4u sin permiso), cabe plantearse si se trata de una infracción contractual o un caso de competencia desleal, situación sobre la que los tribunales se han pronunciado en repetidas ocasiones. Así, STS 305/2017 de 17 de mayo (entre otras) establece que

Tal y como se recuerda en la (FJ 3), la razón de esta separación tan clara es sencilla: la LCD tiene por objeto tipificar aquellas conductas que contravienen los deberes generales de competencia en el mercado, mientras que las cláusulas de prohibición de competencia contractuales, como la del presente asunto, son inherentes a los contratos a las que van adheridas

A pesar de esta distinción, la misma sentencia da pie a casos donde puede coexistir infracción contractual y competencia desleal. Sin embargo, es necesario analizar los posibles comportamientos que implicarían competencia desleal, y su encaje en la regulación. En todo caso, si Aussie Ltd. quisiera planteárselo, podría acudir al supuesto general recogido en el artículo 4:

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Se trata de situación contraria a la buena fe, ya que ambas partes llegaron a un acuerdo para regular una parte del mercado, contrato que no se ha respetado, por lo que se han incumplido las exigencias de la buena fe contractual. Respecto a estas dos opciones, Car4mi podría tener responsabilidad en los supuestos de Competencia Desleal, pero no en los de infracción contractual.

Para mayor abundamiento, se van a analizar las dos posibilidades, tanto la infracción contractual como la existencia de competencia desleal

El incumplimiento contractual aparece recogido en el artículo 1.124 del Código Civil, como ha sido analizado en el primer bloque del presente informe.

En este caso, dado que se trata de una infracción contractual, ambas partes deberán atenerse a las consecuencias pactadas en el mismo contrato, prevaleciendo de nuevo el principio *pacta sunt servanda*.

A falta del contrato para poder analizar las consecuencias, se procede a analizar las consecuencias que la jurisprudencia establece.

De nuevo relacionándolo con el primer bloque del presente informe, Aussie Ltd. podrá actuar de las siguientes maneras:

- Ejercicio de la acción *quantum minoris*.

- Ejercicio

IV.3. Posible Existencia Competencia Desleal

La posible competencia desleal que haya podido existir relaciona a Car4mi con Car4u, como competidores en el mismo mercado, y no a los socios de estas empresas Aussie Ltd. y Don Nicolás, siendo la relación entre ambos contractual.

Dentro de los posibles conflictos jurídicos, nos encontramos con la posibilidad de que Car4mi haya realizado actos de competencia desleal, contra los cuales Car4u podrá ejercer las acciones pertinentes.

Los posibles actos de competencia desleal que se han podido producir son los siguientes:

➤ **Actos de confusión (Artículo 6 LCD).**

Regulado en el artículo 6, se establece que *se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.*

Para delimitar los casos en los que es de aplicación este artículo y no el 11 de la misma norma, la doctrina del Tribunal Supremo indica que el artículo 6 se refiere a las creaciones formales, la manera de presentación de los servicios o bienes en el mercado en el que interviene.

En este caso, aplicado al caso concreto, para que existiese competencia desleal, Car4mi debería imitar de tal manera a Car4u en la presentación de cara a los clientes que pudiese confundirse ambos servicios, a través de las interfaces o la publicidad que relacionarse en gran medida los servicios ofrecidos por ambas compañías.

Dada estas definiciones, una posible demanda realizada en base a este artículo se encontraría con el problema de encontrarse ante un mercado homogéneo en sus servicios y modo de uso (a través de aplicación que permite localizar y reservar el vehículo), por lo que, aunque existieran elementos similares entre Car4u y Car4mi, serían propias del mercado. Todo esto, no obstante, de que el cliente pudiese aportarnos pruebas fehacientes de que realmente se presenta Car4mi de tal manera que induzca a la confusión con Car4u, y diferenciándose lo suficiente del resto de competidores *del mercado*.

Si que puede existir algún tipo de coincidencia en relación con la publicidad utilizada por ambas compañías. No se puede garantizar que se compruebe este extremo, siendo necesario un análisis pormenorizado de la comparativa entre la publicidad de ambas empresas. Si que se aportan, a modo ejemplificativo, fragmentos de sentencias que pueden resultar relevantes a la hora de estudiar la posibilidad de que existan actos de confusión:

STS 450/2015, de 2 de septiembre, (numeral 22: *Pero esta semejanza no es suficiente para que se genere riesgo de confusión, aunque sea en su vertiente de asociación, porque el paquete de Kraft incluye la denominación Oreo con una grafía y unas dimensiones que acaparan la distintividad del paquete, y el paquete de la demandada no contiene esta denominación sino otra que no guarda nada de relación con Oreo.*

STS 888/2010 de 30 de diciembre (FJ4),

[...] Se compone de dos discos en sendas cajas de plástico comprendidas en una única funda de cartón. En la portada de la carátula se recogen las siguientes indicaciones. En el centro con letras que cubren casi toda la portada "SUPER VERANO MIX 03", debajo en el centro los títulos de varias canciones y la leyenda "¡y muchos más!", y a la derecha en el interior de una estrella con muchas puntas la expresión "37 Super Éxitos". En el reverso de la funda se indica, en una franja vertical, "SUPER VERANO MIX 03", a su derecha en una primera columna, y en sentido vertical, se mencionan las 20 canciones del CD 1, y más a la derecha, de igual modo, las 17 canciones del CD 2.

➤ **Actos de imitación (11 LCD)**

Se establece en el artículo 11 qué se entiende por actos de imitación:

1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores

respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

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

En este caso, la jurisprudencia limita la aplicación de este artículo a los aspectos materiales de los bienes que se ponen en circulación en el mercado.

Una posible aplicación de este artículo debe realizarse a expensas de la posible protección de los elementos artísticos, estéticos o técnicos a través de la Ley de Marcas. En caso de que Car4mi estuviera utilizando elementos similares a las marcas registradas por Car4u, el cliente debería dirigirse a la legislación marcaria, que será analizada más adelante.

Si se tratase de actos que imitasen elementos no inscritos y, por ende, no protegidos por la Ley de Marcas, cabría entender que dichos actos quedarían englobados dentro del artículo 11, pudiendo alegarse en una acción por competencia desleal.

Sin embargo, es necesario establecer la dificultad de demostrar estos extremos con la información que consta en nuestro poder, por lo que sería necesario un análisis posterior más pormenorizado. Es necesario que estos actos de imitación traten de replicar los elementos diferenciadores de un competidor en la sociedad que realiza la imitación

Habiendo examinado la viabilidad de una demanda de Aussie LTD con base a los artículos 6 y 11 de la LCD, se alcanzan las siguientes conclusiones:

- El mercado del *carsharing* se trata de un mercado relativamente homogéneo, con productos/servicios similares que hacen difícil la diferenciación más allá de aspectos como el precio o la estética, o con promociones.
- Es necesario un análisis jurisprudencial caso por caso, análisis que en este informe no se puede abordar por la falta de información

En este caso por lo tanto, no cabe si no considerar de difícil aplicación este tipo de competencia desleal.

➤ **Explotación de la reputación ajena (artículo 12 LCD)**

Se establece en el artículo 12 que se entiende por explotación de la reputación ajena: *que se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

La explotación de la reputación ajena puede ser aplicable en este caso, toda vez que, con las pruebas aportado, Car4mi está aprovechándose de la huella que Car4u ha dejado en el mercado, al ofrecer tanto servicios similares como aprovecharse de que la antigua dirección de Car4u participa en Car4mi.

Puede analizarse si el aprovechamiento de esta reputación se ampliará al uso de un nombre similar al de Car4u, pero en este caso es necesario analizarlo desde un punto de vista de infracción marcaria, ya que se trata de un elemento protegido en la ley de marcas.

En cuanto a la posibilidad de que coincidan infracciones de la Ley de Competencia Desleal y la ley de marcas, la doctrina del Tribunal Supremo es que ambas se pueden complementar, siempre y cuando que no exista solapamiento. Es decir, si una acción puede ser ejercida bajo la regulación marcaria, no cabrá utilizar una acción bajo la ley de Competencia Desleal:

la mera infracción de estos derechos marcarios no puede constituir un acto de competencia desleal [...] tampoco cabe guiarse por un principio simplista de especialidad legislativa que niega la aplicación de la Ley de Competencia Desleal cuando existe un derecho exclusivo reconocido en virtud de los registros marcarios a favor de sus titulares y estos pueden activar los mecanismos de defensa de su exclusiva.¹²

Esta situación causa sin lugar a duda problemas, ya que la reputación va intrínsecamente ligada a los elementos distintivos, por lo que la reputación se asocia a la marca.

¹² STS 586/2012, de 17 de octubre.

A expensas del examen marcario que se realizará más adelante, puede alegarse por parte de Car4u la existencia de explotación de reputación ajena sin incluir elementos marcarios, ya que como elemento de desarrollo de negocio Car4mi está aprovechándose de la reputación de buen funcionamiento que poseía Car4u para atraer clientes, relacionándola con la administración por parte de Don Nicolás, por lo que Aussie LTD tiene posibilidades de presentar acciones bajo este concepto, solicitando que se detenga dicho uso.

➤ **Violación de secretos (artículo 13 LCD)**

Este acto desleal aparece regulado en el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal:

Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales

A mayor abundamiento, existe regulación específica, con la ley de secretos empresariales, Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que establece los secretos Empresariales *como:*

Se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

a) 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;

b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

Por lo tanto, quedarían englobados dentro de la protección que garantiza tanto el artículo 13 como la Ley de Secretos Empresariales todo el know how del funcionamiento de la empresa, y toda aquella información que se hubiera intentado mantener secreta al ser incluida en la cláusula de secreto de Don Nicolás, ya que tendría valor empresarial, sería secreto y se tomaron medidas razonables para ser mantenidas como tal.

Inducción a la infracción contractual:

Si, como se ha mencionado ut supra, se consigue utilizar el email como prueba en un proceso judicial, implicaría que Car4mi, a través de sus socios o colaboradores (dando por probada la relación Don Nicolás Don Beatriz), ha inducido al colaborador a la ruptura de la relación con Car4u, siendo calificable dentro de la conducta tipificada en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal:

1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas

En este caso, Car4u debe demostrar primero, que se ha producido la ruptura de la relación por la acción de Car4mi (a través del email) y que dicha inducción viene acompañada por la segunda parte del segundo párrafo, es decir, engaño, intención eliminar competidor... ya que las primeras condiciones parecen cuanto menos difíciles de demostrar. En este caso, lo más razonable parece la intención de eliminar a un competidor del mercado, con el agravante de aprovecharse del conocimiento sobre la misma, junto con la infracción de un pacto de no competencia.

Respecto a la posible defensa de Car4mi, de nuevo su mejor baza es el intento de inadmisión de la prueba; siendo admitidas las pruebas, la mejor defensa es que no se cumplen las condiciones del segundo párrafo, ya que no se trata de eliminar a un competidor del mercado si no de conseguir una mejor posición en el mismo dentro de una sana competencia.

Acciones que puede ejercer Car4mi por Competencia Desleal

Las acciones que Car4u puede plantear son las recogidas en el artículo 32 de la LCD en cuanto a la Competencia Desleal:

1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Lo estándar en este tipo de procesos es la presentación de la totalidad de acciones. Dado el anterior análisis, Aussie Ltd. podría presentar las acciones basándose en los artículos 6, 11 y 12, con los riesgos que han sido analizados.

Y las recogidas en el artículo 9 la Ley de Secretos Empresariales:

a) La declaración de la violación del secreto empresarial.

b) La cesación o, en su caso, la prohibición de los actos de violación del secreto empresarial.

c) La prohibición de fabricar, ofrecer, comercializar o utilizar mercancías infractoras o de su importación, exportación o almacenamiento con dichos fines.

d) 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, con una de las siguientes finalidades: su modificación para eliminar las características que determinen que las mercancías sean infractoras, o que los medios estén destinados únicamente a su producción, su destrucción o su entrega a entidades benéficas.

e) 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.

f) 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.

g) 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.

h) La publicación o difusión completa o parcial de la sentencia, que deberá preservar en todo caso la confidencialidad del secreto empresarial en los términos del artículo 15 de esta ley.

Al utilizar estas acciones civiles, Car4u deberá probar cada uno de los elementos que alegue, de acuerdo con el análisis anterior.

Defensa de Car4mi por Competencia Desleal

En el caso de que se presentaran las acciones correspondientes basándose en los artículos 6,11,12,13 o en la Ley de Secretos Empresariales, Car4mi podría defenderse utilizando los siguientes argumentos:

[Desarrollar]

IV.4. Posible Infracción Marcaria

Existen elementos que pueden provocar que se considere que Car4mi realiza infracción marcaria, ya que utiliza una denominación que a todos los efectos es de enorme parecido con Car4u, al jugar el Car, el 4 y un artículo posesivo. Por lo tanto, cabe realizar un análisis de este posible campo de acción por parte de Car4u en la defensa de sus derechos, toda vez que puede considerarse como parte de la mala fe al intentar aprovechar D. Nicolás la reputación de Car4u ya que como se ha mencionado ut supra, la reputación va ligada a la marca. Por lo tanto, y en aras de tener una visión más holística sobre todas las posibilidades, se procede a un somero análisis para que el solicitante puede valorar esta opción.

En primer lugar, aunque Car4mi ya esté registrada, no existe ningún impedimento a que Car4u puede tanto reclamar ante la OEPM que existe una prohibición relativa al ser ambas marcas similares y dirigirse a la misma clase de productos (ambas pertenecen al mismo mercado), y existe una clara relación fonética al estar formados ambos por el conjunto car4 (del inglés car=coche y 4=for= para), junto con un posesivo. No solamente tienen la misma estructura gramatical u ortográfica, sino que además el resultado es el mismo, siendo *coche para ti o coche para mí*, evocando por lo tanto ambos un mensaje sustancialmente similar.

Es más, como se ha analizado en este mismo bloque, uno de los colaboradores de Car4u que abandonó dicha sociedad para colaborar con Car4mi envió un email a Car4u erróneamente, lo que demuestra la similitud de ambas denominaciones.

En definitiva, se trata de una vía que los solicitantes deben tener en cuenta. En este caso, parece bastante claro que Car4u tiene una posición ventajosa, pero Car4mi puede utilizar en su ventaja los plazos de caducidad. Pocas opciones más tiene en este caso Car4mi, ya que una defensa de que no existe riesgo de confusión entre ambas marcas es factible, pero no que existe cierto aprovechamiento por parte de Car4mi al utilizar el mismo esquema.

Conclusión

Parece claro que el Sr. García ha infringido el pacto de no competencia contenido en el contrato. Respecto al mismo extremo, la única defensa que puede articular es procesal, a través de la invalidación de pruebas al ser un email la principal fuente de información para Car4u y Aussie Ltd., y un investigador privado, junto con las valoraciones que se hacen de estas pruebas,

Más difícil es la posible defensa por parte del Sr. García y Car4mi de las posibles acciones que se ejerzan en su contra relativas a la competencia desleal y acciones marcarias, ya que todo hace valorar que existe una clara infracción marcaria, y la posibilidad de demostrar la competencia desleal llevada a cabo por Car4mi.

V. Conclusiones y Recomendaciones

Antes de realizar la conclusión de este informe y las recomendaciones para el solicitante, es necesario recalcar que la falta de información provoca que no se puedan dar respuestas claras, si no meras indicaciones de lo que podría pasar si se dieran ciertas condiciones u otras dentro de lo pactado en el contrato.

Dicho esto, las conclusiones y recomendaciones para el solicitante serían las siguientes:

- 1) Necesidad de analizar el objeto del contrato. En función de este, podrá solicitarse la resolución del contrato de acuerdo con el artículo. 1.124 del Código Civil.
 - a. Si se trata de un asset deal, se puede alegar, demostrar y proceder a la resolución del contrato.
 - b. Si se trata de un share deal, prácticamente imposible ya que el objeto del contrato es otro.
- 2) Necesidad de justificar y calcular correctamente los daños reclamables por Aussie Ltd., tanto daño emergente como lucro cesante, y como condición probar el daño. Relacionado con consideración objeto.
- 3) Si se ha realiza una *due diligence* correcta, con análisis total y libre, sin poder demostrar dolo o error, la culpa recaerá en Aussie Ltd. Si ha existido dolo o negligencia por parte del Sr. Nicolás, se puede acudir a vicios ocultos.
- 4) Posible opción por aliud pro alio, pero subsidiariamente si ha caducado plazo acción vicios ocultos.
- 5) Posible aplicación de la *rebus sic stantibus*, sí y solo si se cumplen los requisitos concretos en cada caso. Más fácilmente aplicable en el contrato de préstamo que en el arrendamiento, dadas los mínimos impuestos por ley.
- 6) Infracción de la cláusula de no competencia pactada en el contrato con las circunstancias que se indican por el solicitante.
- 7) Dificultad a la hora de interpretar que existe competencia desleal. Mejor acudir a infracción de la cláusula de no competencia, y competencia desleal como opción subsidiaria y en relación con Car4mi.
- 8) Opción de alegar infracción marcaria dada similitud Car4u y Car4mi.

9) Necesidad general de estudiar, para cada una de las posibles acciones y demandas que puedan existir:

- a. Plazos de ejercicio de la acción.
- b. Legitimidad pasiva y activa de las posibles acciones.
- c. Requisitos procesales.

VI. Fuentes consultadas en la elaboración del informe.

Legislación

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (GAZ n° 289, de 16 de octubre de 1885).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid n° 206, de 25 de julio de 1889).

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE n° 10, de 11 de enero de 1991).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE n° 7, de 8 de enero de 2000).

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE n° 159, de 4 de julio de 2007).

Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE n° 62, de 13 de marzo de 2021).

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE n° 67, de 14 de marzo de 2020).

Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE n° 145, de 23 de mayo de 2020).

Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE n° 112, de 22 de abril de 2020).

Obras Doctrinales

El Gharbi El Khoulati, H. *El incumplimiento del vendedor: saneamiento por vicios ocultos, “Aliud pro alio” y Compraventa de Productos de Consumo*. Universidad de las Islas Baleares.

García Pita y Lastres, J.L.; *Contratos Y COVID. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*; Tirant lo Blanch; 2021-03-09; España.

Gili Saldaña, M., *Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías*, InDret. Revista para el análisis del Derecho, núm. 2, 2010.

Herrera Martínez, A., *El contrato de compraventa de activos*, en Manual de fusiones y adquisiciones de empresas, Madrid, 2016, “

Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros et al., *La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos*; Tirant lo Blanch; 2021-03-09,

Oliva Blázquez, F. (2020). Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (28), 142–163. <https://doi.org/10.36151/td.2020.015> La Due Diligence Legal y sus efectos en la compraventa de empresas; García Miró, Mario.

Recursos de Internet

Alfaro Águila-Real, J. La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia;. InDret, 2004. Obtenido el 2/1/2022. <https://indret.com/la-prohibicion-de-los-acuerdos-restrictivos-de-la-competencia/>

Clausula rebus sic stantibus. Guías Jurídicas Wolters-Kluwers. Obtenido el 29/12/2021.

Restrepo River, J.M. (2017), Revista Ces. ¿Es posible la resolución unilateral en España?. Obtenido el 11/12/2021. <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4497/2844>

Torres Fueyo, Javier de y Sevilla Sánchez, Claudia (2018); Competencia desleal por imitación: se estrecha el cauce. Obtenido el 28/12/2020. <https://www.bercovitz-carvajal.com/competencia-desleal-imitacion/>