



ICADE

**Caso Práctico para el Trabajo Fin de Máster
Máster Universitario en Acceso a la Abogacía
Especialidad Derecho Civil
Curso 2021/2022**

Autor:

Juan Fernández Merino

Director:

Carlos de Miguel Perales

Facultad de Derecho. Universidad Pontificia de Comillas.

Enero 2022

ÍNDICE

I. RESUMEN EJECUTIVO DEL TRABAJO	1
II. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS	2
III. CUESTIONES POR RESOLVER	4
IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.....	5
IV.1. CUESTIÓN JURÍDICA UNO.....	5
IV.1. CUESTIÓN JURÍDICA DOS.....	18
IV.1. CUESTIÓN JURÍDICA TRES.....	23
IV.1. CUESTIÓN JURÍDICA CUATRO.....	27
IV.1. CUESTIÓN JURÍDICA CINCO.....	37
IV.1. CUESTIÓN JURÍDICA SEIS.....	41
IV.1. CUESTIÓN JURÍDICA SIETE.....	49
V. ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	52

I. RESUMEN EJECUTIVO DEL TRABAJO

El objeto del presente trabajo trata de dar respuesta a las cuestiones jurídicas concretas presentadas el supuesto de hecho sobre los acontecimientos resumidos en el apartado II. Estos hechos emergen de la venta de la empresa Car4u a Aussie LTD, un fondo de inversión extranjero. Tras dicha operación, vienen a surgir distintas situaciones a las cuales se les intentará dar respuesta en el apartado III.

Con ocasión de ello, nos enfrentaremos, en primer lugar, a los problemas acarreados por el incumplimiento contractual y los vicios que pueden darse en las operaciones de compraventa. Además, tendremos la oportunidad de analizar las consecuencias de la pandemia mundial en los contratos de préstamo y en los contratos de arrendamiento de un local de negocio, analizando los efectos de la constante evolución de la *cláusula rebus sic stantibus*, describiéndose detalladamente en qué consiste, y qué requisitos se deben cumplir para su aplicación. Finalmente, se va a estudiar la regulación de no competencia como cláusula en los contratos de compraventa de empresas y el criterio de riesgo de confusión entre distintas marcas.

II. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

i. D. Nicolás García, empresario, cree que existe mucho potencial en el negocio del *carsharing*, por lo que ha fundado en Madrid la empresa Car4u, S.L. (en adelante Car4u o la empresa), que se convierte en la empresa nº1 a nivel español en el año 2020 de dentro de este sector.

ii. Debido al éxito, a D. Nicolás le llegan varias ofertas de fondos de inversión extranjeros que quieren invertir en la empresa. Una de ellas, hecha por Aussie LTD (fondo australiano) le parece interesante a D. Nicolás por lo que firman un acuerdo de confidencialidad por el que le da acceso a Aussie LTD a la información necesaria de la empresa para realizar una *due diligence*.

iii. Tras este proceso, D. Nicolás y Aussie LTD llegan un acuerdo el 15 de febrero de 2020 por el que firman un contrato de compraventa del 80% del capital social de la empresa por un precio de 3.500.000 euros, pagados el mismo día.

iv. El mismo día del acuerdo, la empresa pide un préstamo para la compra de nuevos vehículos, con interés mensuales y pago de cuotas bianuales, por lo que el 1 de marzo de 2020 pagaba los primeros intereses y el 30 de junio de 2020 la primera cuota de principal.

v. Poco después, Aussie LTD descubre que hay un alto porcentaje de vehículos averiados con un importe total de reparación de 300.000 euros.

vi. En ese momento, estalla la pandemia mundial por Covid-19 en España, por lo que se declara el estado de alarma, lo que provoca la caída casi total de la actividad de la empresa. Además, la mayoría de los empleados son incluidos en los EREs correspondientes.

vii. A raíz de los drásticos resultados de la empresa, esta no tiene liquidez para afrontar el préstamo, por lo que presenta ante los juzgados una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* para suspender durante un año el pago tanto de intereses como de cuotas (agosto y diciembre 2020), invocando la *cláusula rebus sic stantibus*.

viii. Pasada la pandemia, el negocio vuelve a repuntar, aunque ahora emerge en el mercado una nueva compañía, Car4mi. Dicha compañía, además de un nombre muy parecido a Car4u, tiene formas de trabajar, publicidad y estrategias similares. A causa de esta empresa, los resultados de Car4u caen significadamente.

ix. Tras indagar en Car4mi, se averigua que la máxima accionista de la misma es Dña. Beatriz Madariaga, quién acudió a la firma del contrato de compraventa entre Car4mi y Aussie LTD, como acompañante d D. Nicolás. Por ello, Aussie LTD contrata un investigador privado, que descubre que ambos son convivientes desde, al menos, el inicio de la pandemia.

x. El contrato de compraventa tiene incluida una cláusula expresa sobre no competencia, por lo que se prohíbe a D. Nicolás operar directamente o por terceros en el mercado por al menos 10 años.

xi. Por último, Aussie LTD recibe por un error un mail dirigido en principio a Car4mi de la directora de RIS (empresa que tenía suscrito el mayor convenio de colaboración con Car4u), en el que se dirige a D. Nicolás, anunciándole que iba a empezar a colaborar con Car4mi.

III. CUESTIONES POR RESOLVER

1º ¿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?

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

3º 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?

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

a. Argumentos a favor

b. Argumentos en contra

5º ¿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

En relación con la irrupción de Car4mi y las sospechas de Car4u:

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

7º ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?

IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

A continuación, se va a realizar un análisis jurídico de las cuestiones planteadas en el punto III. Sin embargo, resulta necesario dejar claro en este punto que no se pretende un posicionamiento por ninguna de las dos partes del conflicto, debido a que no hay indicación al respecto en el caso planteado.

CUESTIÓN JURÍDICA UNO:

¿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? ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie LTD? ¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD al vendedor? ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Car4u?

1. Antes de entrar en los argumentos a favor y en contra a la resolución del contrato por incumplimiento, debemos analizar varios conceptos. En concreto, se profundizará sobre la misma resolución contractual por incumplimiento, el concepto autónomo de incumplimiento esencial dentro de los incumplimientos resolutorios, y el '*aliud pro alio*'.
2. En primer lugar, la resolución contractual por incumplimiento surge de la misma definición del contrato como fuente de obligaciones. El contrato es un acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, en virtud del cual se constituye entre ellos una relación obligacional, que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa¹. Esto emerge del art. 1254 CC, que dice que:

¹ Muñoz, X. O. C., Rubio, J. M. A., Santiago, H. S. A., González, M. B. F., González-Regueral, M. Á. F., de Clara, V. G. R., Portolés, I. M. B., Mota, M. J. O., Calvo, I. P., & Escudero, M. P. (2012). *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. Editorial Universitaria Ramón Areces. <https://books.google.es/books?id=IG2nDAAAQBAJ>

“El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otras u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

3. Si dentro de esta relación obligacional nacida por la firma del contrato, una de las partes no cumple la obligación que voluntariamente decidió realizar, se produce dicho incumplimiento contractual.
4. Este incumplimiento, según el art. 1124² CC, puede permitir a la parte que sí cumplió con su obligación dos acciones: exigir el cumplimiento de la obligación o exigir la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y perjuicios del art. 1101³ CC y abono de intereses en ambos casos.
5. En cuanto a los daños, debemos tener en cuenta otros art. del CC como el 1106⁴, que habla sobre dos tipos de daños patrimoniales ante el incumplimiento de una obligación: el daño emergente (valor de la pérdida) y el lucro cesante (ganancia que se ha dejado de obtener); y el 1107⁵, que establece que los daños y perjuicios son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

² Artículo 1124 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 cumpliere 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 [...].*

³ Artículo 1101 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.*

⁴ Artículo 1106 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.*

⁵ Artículo 1107 del Código Civil: *Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.*

6. Asimismo, la resolución contractual podrá ejercitarse mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte y, si no es aceptada, deberán los Tribunales examinarla y decidir si procede o no procede⁶

7. Pues bien, una vez definida la resolución contractual, es necesario aclarar que no todo no todo incumplimiento da lugar a esta situación. De hecho, existen unos requisitos establecidos por la jurisprudencia (la cual se indicará en cada requisito) que determinan cuando es posible que esta acción prospere, y son los siguientes:

- a. Que las partes contratantes tengan un vínculo contractual presente, como presupuesto básico emergido del art. 1124 CC. Solo en el caso de que exista dicho vínculo contractual, podrá el contrato ser resuelto⁷.
- b. Que la relación obligacional sea recíproca y exigible⁸, lo cual no solo surge por el establecimiento de prestaciones a todas las partes de dicha relación, sino también por la equiparación de estas como una equivalente a la otra.

Para ejemplificar este requisito, podemos señalar el caso de las donaciones, en las cuales no sería de aplicación esta resolución contractual, ya que no podemos encontrar en este acto jurídico obligaciones recíprocas⁹.

- c. Que el incumplimiento lo haya sido de una manera gravosa¹⁰, pues debe haber frustrado la finalidad del contrato.

⁶ Valenzuela, M. Á. M., & Casas, M. C. (2016). *Remedios frente al incumplimiento contractual: Derecho español, Derecho inglés y Draft Common Frame of Reference*. Thomson Reuters Aranzadi. <https://books.google.es/books?id=Q597AQAACAAJ>

⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia de 4 de enero de 1992. RJ 1992\148.

⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 639/2012, de 7 de noviembre. RJ 2013\1245.

⁹ La donación es un contrato unilateral porque las obligaciones corren única y exclusivamente a cargo del donante: Una sola de las partes se obliga hacia la otra.

¹⁰ Entre otras: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia de 23 de enero de 1996 y Sentencia de 18 de noviembre de 1994. RJ 1996\639 y RJ 1994\9322.

Sin embargo, también establece el Supremo¹¹ que no es exigible una voluntad de carácter rebelde ni obstativa al cumplimiento. Este punto lo desarrollaremos con más detalle más adelante, en el momento de exponer el concepto autónomo de incumplimiento esencial dentro de los incumplimientos resolutorios

Que el demandante no incumpla sus obligaciones, a no ser que dicho incumplimiento sea consecuencia del incumplimiento anterior del otro. Para instar la resolución por incumplimiento, la parte que la solicita debe haber cumplido sus obligaciones, o estar dispuesta a cumplirlas¹².

8. Expuestos los requisitos para la resolución por incumplimiento, se procede a explicar el concepto autónomo de incumplimiento esencial dentro de los incumplimientos resolutorios.
9. Antes de entrar en esta categoría especial, hay que recordar que los incumplimientos resolutorios son aquellos centrados en la ejecución de la prestación debida, ya sea porque no se ejecuta o porque se cumple de forma defectuosa¹³.
10. Como se puede comprobar, por ende, el incumplimiento resolutorio tiene carácter objetivo, pues se basa en el no cumplimiento por una de las partes de una obligación pactada dentro del clausulado contractual¹⁴.
11. Pues bien, dentro de estos incumplimientos puede encontrarse una nueva categoría construida por el Derecho Contractual Europeo, denominada incumplimientos esenciales.

¹¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 631/2007, de 31 de mayo. RJ 2007\4336

¹² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 429/2007, de 11 de junio. RJ 2013\4976

¹³ Muñoz, X. O. C., Rubio, J. M. A., Santiago, H. S. A., González, M. B. F., González-Regueral, M. Á. F., de Clara, V. G. R., Portolés, I. M. B., Mota, M. J. O., Calvo, I. P., & Escudero, M. P. (2012). *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. Editorial Universitaria Ramón Areces. <https://books.google.es/books?id=JG2nDAAAQBAJ>

¹⁴ Gregoraci, B., & Pantaleón, F. (2015). *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*.

12. El TS¹⁵ establece que se le debe dar un tratamiento autónomo, y que, a diferencia de los incumplimientos resolutorios, se alejan de la prestación debida para centrarse en la satisfacción del interés del acreedor.
13. Por tanto, estamos ante un incumplimiento esencial cuando éste se encuentra vinculado directamente a la causa del contrato, estando enfocado en la dinámica de la satisfacción del acreedor¹⁶, aspecto que le diferencia de los tradicionales incumplimientos resolutorios.
14. Asimismo, para comprobar si está o no vinculado a dicha causa resultará necesario medir la satisfacción de las partes, esto es, conocer qué expectativas tenían y por qué razones decidieron a final de cuentas que se celebrara el negocio jurídico.
15. Como decíamos en el párrafo 12, este incumplimiento ostenta características únicas dentro del incumplimiento contractual, debido a su carácter subjetivo, ya que no se basa en una cláusula contractual establecida, sino en los resultados que la celebración de dicho contrato acarrea.
16. En resumen, el incumplimiento esencial se centra en el grado de satisfacción del cumplimiento, por lo que no resulta tan importante el ajuste a la prestación realizada. Por tanto, la valoración e interpretación se amplía al a la causa del contrato.
17. Sin embargo, el incumplimiento esencial no opera de forma automática, puesto que:

“La calificación del incumplimiento esencial, como fundamento del efecto resolutorio del contrato, no puede inferirse directamente del mero desajuste del programa de prestación, sino que es necesario valorar si las deficiencias observadas determinan la falta de utilidad o idoneidad del

¹⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 638/2013 de 18 de noviembre y Sentencia 782/2013 de 23 de mayo. RJ 2014\2233 y RJ 2014\3878.

¹⁶ Sánchez Martín, C. (2014). «Incumplimiento esencial» versus «incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria».

*objeto para el uso que debía ser destinado, conforme a la naturaleza del contrato celebrado*¹⁷».

18. Por tanto, de ambas sentencias mencionadas, se desprenden las siguientes directrices para que pueda ser de aplicación:

- i. el grado de satisfacción del cumplimiento;
- ii. la causa concreta del contrato; y
- iii. las características del tipo contractual llevado a cabo.

19. Por ende, el incumplimiento esencial puede extenderse a obligaciones accesorias o complementarias, esto es, que no sean las obligaciones principales del contrato.

20. Asimismo, existe otro requisito: la esencialidad no puede emerger solamente del hecho de que la prestación no haya tenido lugar. Es decir, es necesario que las consecuencias de la falta de prestación provoquen un alta de utilidad o idoneidad del objeto para el uso que debía ser destinado, conforme a la naturaleza del contrato celebrado¹⁸.

21. Por último, y antes de entrar en la resolución de las distintas preguntas enunciadas en esta cuestión, faltaría por analizar el concepto jurídico de *'aliud pro alio'* o, traducido al castellano *'una cosa en lugar de otra'*. Este concepto está relacionado con el requisito de cumplimiento 'grave' antes enunciado, pues no cualquier incumplimiento tiene carácter resolutorio.

22. En resumidas cuentas, este término se utiliza para explicar aquellas situaciones en las cuales, tras celebrarse un negocio jurídico que

¹⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 782/2013 de 23 de mayo. RJ 2014\3878.

¹⁸ Sánchez Martín, C. (2014). «Incumplimiento esencial» versus «incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria».

conlleva una prestación, esta no es aquella redactada en el contrato, sino otra distinta¹⁹.

23. Sin embargo, no solo se habla sobre esta doctrina cuando la prestación es distinta, ya que contempla una doble situación: que se haya entregado cosa distinta a lo pactado o que se haya entregado cosa que, por su inhabilidad, provoque una insatisfacción objetiva, es decir, una completa frustración del fin del contrato²⁰.

24. Este concepto encuentra su base legal en el artículo 1166²¹ CC a través de la “identidad de la prestación”, es decir, una vez que el negocio jurídico coge fuerza por su celebración, ni el acreedor ni el deudor pueden cambiar la prestación de forma unilateral.

25. Asimismo, de dicho precepto emerge un requisito esencial a la hora de contemplar si se da o no esta situación: la objetividad de la insatisfacción. Es decir, la prestación ofrecida por el deudor debe ser inútil no solo para el acreedor, sino para cualquier otra persona²².

26. Por tanto, si se verifica que objetivamente el incumplimiento lo es igual tanto para el acreedor como para cualquier otra hipotética parte del negocio, nos encontraríamos ante un incumplimiento con carácter resolutorio.

27. Esto puede dar lugar a la resolución del contrato acompañada de una indemnización por daños y perjuicios del art.1101 CC; o, por el contrario, la facultad de exigir el cumplimiento del contrato (también resarciendo los daños y abonando intereses, por supuesto).

¹⁹ Alonso, M. O. (2009). *Aliud pro Alio, Saneamiento por Vicios Ocultos y Compraventa de Productos de Consumo*. Editorial Aranzadi. https://books.google.es/books?id=nW_nSAAACAAJ

²⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 95/2010 de 25 de febrero. RJ 2010\1406.

²¹ Artículo 1166 del Código Civil: *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.*

²² de la Maza Gazmuri, Í., & Vidal Olivares, Á. (2018). *Aliud pro alio, incumplimiento contractual y vicios redhibitorios en el contrato de compraventa / Breach of Contract and Redhibitory Defects in the Contract of Sale.*

28. Dicho esto, y teniendo en cuenta los requisitos jurisprudenciales para la resolución contractual por incumplimiento, el concepto de incumplimiento autónomo y las directrices para que sea de aplicación, y la doctrina de *'aliud pro alio'*, vamos a exponer los argumentos a favor y en contra para la resolución del contrato de compraventa de Car4u.
29. Pues bien, Car4u podría basar su defensa en la existencia de un incumplimiento prestacional grave del contrato, a través de los siguientes argumentos, basados en los requisitos explicados en el párrafo 7:

Primero. Existe un vínculo contractual presente.

30. El primer requisito consistía en la existencia de un vínculo contractual presente, pues esta era la única forma de que sugieran obligaciones. Queda claro con el caso expuesto que dicha vinculación existe, pues se ha celebrado un negocio jurídico formalizado en un contrato de compraventa entre dos partes.

Segundo. La relación entre las partes es recíproca y exigible.

31. En cuanto al segundo requisito, la relación entre ambas partes puede determinarse como recíproca y exigible, pues ambas tienen atribuidas unas prestaciones u obligaciones que deben llevar a cabo a raíz de la celebración del contrato: la cesión del bien (en este caso, las participaciones), y el pago del precio. Por tanto, también se cumple este requisito.

Tercero. La parte demandante, Aussie LTD, ha cumplido con sus obligaciones.

32. Excusándome por el desorden, traigo a este párrafo el requisito número 4, consistente en que el demandante no hay incumplido sus obligaciones. Por ahora, y por lo extraído del caso, no parece que pueda comprobarse que Aussie LTD haya incumplido en ninguna de sus obligaciones contractuales, por lo que dicho requisito se cumple.

Cuarto. Car4u ha incumplido de forma gravosa, frustrando la finalidad del contrato.

33. Por último, entramos en el requisito que puede llegar a ser más confuso. Este requisito establece que el incumplidor, en este caso, Car4u, lo ha debido ser de manera gravosa, frustrando la finalidad del contrato. Esto es, Aussie LTD debe demostrar que ha existido un incumplimiento tan grave por parte de Car4u que frustra por completo la causa de la compra de dicha empresa. Para ello, Aussie LTD tendría dos caminos:
34. Por un lado, puede defender que se trata de un incumplimiento de una prestación del contrato si alega que la prestación principal de Car4u era la de transferir el 80% de la compañía a la inversora Aussie LTD. Esta transmisión no solo sería de la sociedad, sino de todo lo que esta contenga, como su inmovilizado.
35. Por tanto, si se entiende como parte de la prestación el traspaso de los vehículos, y el hecho de que estén en mal estado e inutilizables (o con una reparación muy elevada económicamente hablando) constituye por sí mismo un incumplimiento, podría llegarse a la resolución del contrato.
36. Todo esto, sin embargo, contado con que dicho incumplimiento es grave, idea basada en que es una empresa de *carsharing* por lo que los vehículos son esenciales para el desarrollo del negocio. Es decir, sin los vehículos no pueden generarse beneficios, por lo que la celebración del negocio jurídico perdería toda identidad.
37. Por otro lado, podría invocar el concepto antes explicado en el párrafo 12 y ss. de incumplimiento esencial. Para ello, Aussie LTD tendría que demostrar que, aun no siendo la obligación principal del contrato, el traspaso de los vehículos constituye una obligación que, aunque accesoria a la principal, es esencial para su satisfacción.
38. En otras palabras, Aussie LTD debería alegar que el hecho de que los vehículos se encuentren en mal estado frustra por completo la finalidad

del contrato, puesto que le es imposible generar beneficios con una flota averiada.

39. Además, y relacionado con el punto anterior, Aussie LTD podría instar una acción de *'aliud pro alio'* basándose en que el hecho de que los vehículos estén en mal estado conlleva que, aun habiendo el deudor cumplido la obligación del contrato de entregarlos, esta prestación es inhábil, esto es, no le sirve para cumplir la finalidad del contrato ni a él, ni a cualquier otro objetivamente.

40. Sin embargo, Car4u podría alegar a favor los siguientes argumentos en contra de la resolución del contrato por incumplimiento:

Primero. La prestación principal del contrato no es la entrega de vehículos.

41. En primer lugar, y como base de todo, hemos dicho que para que el incumplimiento sea resolutorio, este debe a estar vinculado a la prestación principal del contrato. En este caso, Car4u puede alegar que la prestación principal no es la entrega de los vehículos en buen estado, sino la transferencia de la propiedad de la compañía.

42. Hay que diferenciar en este punto el contrato de compraventa de empresa y el contrato de compraventa de acciones o participaciones sociales. Por un lado, el contrato de compraventa de empresa es aquel por el cual el vendedor entrega al comprador, una organización o institución que se dedica a una actividad económica concreta para conseguir objetivos a cambio de un precio o pago.

43. Dicha empresa se conforma, como es sabido, por un conjunto de bienes o elementos de distinta condición y naturaleza, incluyendo sus contratos, muebles, inmuebles, créditos y deudas destinados al ejercicio de una determinada actividad económica, los cuales se transfieren al comprador mediante este contrato.

44. Por otro lado, nos encontramos ante el contrato de compraventa de acciones o participaciones sociales. A diferencia del contrato de compraventa de empresa, en el cual se transfiere y adquiere la totalidad de la empresa,

en el contrato de compraventa de acciones y participaciones sociales se regula la adquisición del 100% de las participaciones sociales/acciones de una sociedad o parte de las mismas a fin de adquirir un paquete de control.

45. Por tanto, y como ocurriría en este caso donde Aussie LTD y Car4u formalizan un contrato cuyo objeto es la adquisición de acciones o participaciones y no la compra del negocio, Car4u puede defender que la responsabilidad del vendedor establecida en los art. 1101 y 1124 CC se limitaría al cumplimiento del objeto del contrato, la transmisión de las acciones o participaciones.

46. De esta forma, Car4u puede alegar que el activo, en este caso los vehículos, no está contenido dentro de la prestación principal del contrato, que es, como digo, la transmisión de las participaciones de la empresa.

47. Según sentencias como la STS de 21 de diciembre de 2009²³ donde se sostiene que la compra de todas las acciones de una sociedad titular de un hotel no implica per se la compra del propio hotel, sino únicamente la de la sociedad que lo posee y regenta; o la STS de 21 de octubre de 2013²⁴ que explica la diferencia entre una compraventa de acciones y una compraventa de activos; el mal estado de los vehículos no podría, en ningún caso, suponer un incumplimiento de prestación principal del contrato y, por ende, tener carácter resolutorio.

Segundo. No existe un incumplimiento esencial con carácter resolutorio.

48. Confirmando así que no se trata de la prestación principal del contrato, hemos visto antes que Aussie LTD alegaba que sí podría tratarse de una prestación esencial de éste, con carácter resolutorio. Debemos recordar que, para entender la prestación como esencial, debemos ir al carácter

²³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 852/2009 de 21 de diciembre. RJ 2010\299.

²⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 609/2013 de 21 de octubre. RJ 2014\435.

subjetivo de la misma, a través de la medición de la frustración que puede conllevarle el incumplimiento al comprador.

49. Haciendo un breve análisis de la situación objeto de controversia, Aussie LTD decide adquirir por un precio de 3.500.000 de euros el 80% de empresa Car4u, se supone que con la finalidad de ejercer el mando en la misma y lograr beneficios económicos a través de la realización de su actividad económica. Asimismo, la reparación de los vehículos en mal estado supone un coste aproximado de 300.000 euros.
50. Pues bien, puede resultar cierto que una ausencia total de vehículos a la hora de transferir la compañía conllevaría la frustración del contrato para Aussie LTD, pues le sería imposible obtener beneficio económico teniendo en cuenta que los vehículos, como es obvio, son más que necesarios para el desarrollo de la actividad.
51. Sin embargo, Car4u puede alegar que, en el caso concreto, la finalidad de Aussie LTD no se ve frustrada debido a que el importe de reparación en comparación con el pagado por la compañía es mucho menor, y puede ser perfectamente soportado por el este. Por tanto, no se trataría de un incumplimiento de una prestación esencial del contrato, pues no inhabilita la finalidad por la que se firmó éste, sino que solo la puede llegar a obstaculizar de una forma subsanable por Aussie LTD.

Tercero. La prestación no queda inhabilitada.

52. De esta misma forma puede rebatir Car4u la acción de '*aliud pro alio*'. La prestación no es, objetivamente, inhábil. Esto se debe, como indicaba, a que, aunque los vehículos estén dañados, Aussie LTD tiene la posibilidad de llevar a cabo la reparación, basándose en que han pedido un préstamo de 300.000€ para la compra de una nueva flota.

Cuarto. Aussie LTD tenía la obligación de comprobar el estado de los vehículos.

53. Por último, Car4u también puede argumentar que era obligación de Aussie LTD analizar toda la flota de vehículos para comprobar el estado de los

mismos; y que, aun habiendo hecho una “exhaustiva auditoria” no se percataron de estos daños. Este punto se desarrolla con mucha más profundidad en la siguiente cuestión planteada (párrafos 58 y ss.).

54. Una vez analizados los argumentos a favor y en contra de la resolución del contrato por incumplimiento, desde mi mejor opinión jurídica me decanto a afirmar que no puede llevarse a cabo dicha resolución.
55. Según mi juicio, la obligación principal, como alega Car4u, no es la de la entrega de vehículos sino la transmisión de la propiedad de la empresa. Además, no se trata en ningún caso de un incumplimiento de una prestación esencial debido a la posibilidad de reparación de los vehículos, que implica que la finalidad del contrato por parte de Aussie LTD no se encuentra frustrada.
56. Aun así, sí podría reclamar distintos daños al Sr. García. Esto se debe a que no solo tendría facultad para exigir los daños de reparación de vehículos, sino que podría instar la sustitución de estos vehículos por otros nuevos.
57. Además, podría exigir una indemnización por lucro cesante, puesto que el tiempo en el cual se está llevando a cabo esta reparación, los vehículos no están operativos por lo que los beneficios de la empresa son mucho menores.

CUESTIÓN JURÍDICA DOS:

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

58. Al haber determinado en la pregunta anterior que la opción de la resolución del contrato por parte de Aussie no podría prosperar, nos encontramos ahora ante la pregunta de si sería de aplicación el saneamiento por vicios ocultos.

59. Desde una perspectiva legal, por vicios ocultos deben entenderse 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 ella²⁵.

60. Esto es, se entiende por vicio a los defectos o imperfecciones de la cosa que determinen su inutilidad total o parcial, de modo que el objeto no pueda ser destinado al fin que le es propio, circunscribiendo el concepto de vicio al plano funcional²⁶.

61. Esta acción jurídica se encuentra recogida en el art. 1484 CC:

“1. 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 ..]”

²⁵ Alonso, M. O. (2009). *Aliud pro Alio, Saneamiento por Vicios Ocultos y Compraventa de Productos de Consumo*. Editorial Aranzadi. https://books.google.es/books?id=nW_nSAAACAAJ

²⁶ Verda Beamonte, J. R. (2009). *Saneamiento por vicios ocultos*. Universidad del Rosario. <https://books.google.es/books?id=onjVpuTEiGwC>

62. Sin embargo, los requisitos para que la acción de saneamiento por vicios ocultos pueda prosperar han sido recogidos por la jurisprudencia²⁷, y son:

- i. Se trate de defectos graves.
- ii. Los defectos tienen que ser anteriores o coetáneos a la venta de la cosa.
- iii. No susceptibles de ser apreciados a simple vista, esto es, ocultos o no aparentes.
- iv. Que se ejercite la acción en el plazo de los 6 meses fijado en el art. 1490²⁸ CC para las acciones edilicias.

63. Por tanto, para saber si Aussie LTD puede exigir al vendedor el saneamiento de los vicios ocultos, vamos a analizar los argumentos en los que podría ampararse relacionándolos con cada uno de los requisitos.

Primero. Se trata de un vicio grave.

64. Con respecto al primer requisito, hay que aclarar qué se entiende como vicio grave. Este sería grave si el comprador, previa firma del contrato, al haber conocido del vicio, hubiera rechazado la celebración de dicho contrato, o hubiera negociado un precio inferior²⁹.

65. Pues bien, en el caso que nos ocupa, Aussie LTD puede argumentar que el hecho de que los coches presenten un mal estado tendría la categoría de grave ya que la finalidad del contrato quedaría frustrada.

²⁷ Entre otras: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 211/2006 de 24 de febrero. RJ 2006\456.

²⁸ Artículo 1490 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.

²⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 111/2018 de 5 de mayo. RJ 2018\898

66. Esto se debe a que los vehículos son el motor principal, valga la redundancia, para el desarrollo económico de la empresa, y el vicio se considera grave si de no existir, el comprador no hubiera seguido con el contrato.

67. Es por eso por lo que Aussie LTD puede fundamentar su pretensión en este requisito, alegando que, de haber conocido el mal estado de los vehículos, nunca hubiera llegado a cabo la compra de la empresa.

Segundo. Los defectos en los vehículos son anteriores a la compra de la empresa.

68. Asimismo, también podría alegar Aussie LTD que el segundo requisito se cumple y su acción prosperaría, puesto que los defectos en los vehículos son claramente anteriores a la compra de la empresa.

69. Como explica el caso planteado, fueron pocos los días los que pasaron entre la compra de las participaciones sociales por parte de Aussie LTD y el descubrimiento de las averías en los vehículos, por lo que resulta materialmente imposible que se hubieran dañado en este corto período de tiempo.

Tercero. Las averías no eran susceptibles de ser apreciadas a simple vista.

70. En relación con el tercer requisito, sobre la susceptibilidad del estado de los vehículos a ser apreciados a simple vista, debemos primero indagar en dos conceptos: qué se entiende por no aparente; y las auditorías a la hora de la compra de empresas y las *Due Diligencies* (en adelante, DD.).

71. Por un lado, oculto o no aparente sería aquel vicio que, si fuera detectable fácilmente o a primera vista, el comprador no tendría derecho a reclamar, puesto que tendría total accesibilidad a la posibilidad de conocer del problema³⁰.

72. Por otro lado, la DD., en el entorno de la compraventa de sociedades, no es más que una revisión del negocio a adquirir, teniendo como finalidad el

³⁰ Verda Beamonte, J. R. (2009). *Saneamiento por vicios ocultos*. Universidad del Rosario. <https://books.google.es/books?id=onjVpuTEiGwC>

hecho de confirmar las razones por las que se decidió adquirir dicha compañía³¹.

73. Si no se lleva a cabo una DD., en el caso de que parezca razonable, podría afirmarse que adquirente asume un riesgo más alto al operar sin la información necesaria para ello. Por tanto, el principio *caveat emptor*³² podría aplicarse y no hacer responsable al vendedor por los datos erróneos si no hay dolo por parte del vendedor³³.

74. Sin embargo, la realización de una DD. implica que, en principio, respecto a todas las informaciones que en ella se hayan revelado, el vendedor no debería responder ni por vicios ocultos, ni por incumplimiento, ni por error, salvo pacto en contrario³⁴.

75. Por tanto, Aussie LTD podría intentar argumentar que el estado de los vehículos se trataría de un vicio no aparente. Esto se debe a que, aun hecha una auditoria en la cual se ha elaborado una exhaustiva DD., el comité de expertos no ha hecho ninguna mención a los desperfectos en los vehículos.

Cuarto. Aussie LTD se encuentra dentro del plazo para ejercer la acción de saneamiento por vicios ocultos.

76. Por último, como se indica en el párrafo 62.iv, el plazo para a ejercer la acción de saneamiento por vicios ocultos es de 6 meses. Si entendemos que Aussie LTD se plantea ejercitar dicha acción al conocer el estado de los

³¹ González, G. V. (2016). *Due diligence: auditoría de compra en fusiones y adquisiciones*. Thomson Reuters. <https://books.google.es/books?id=WNewsWEACAAJ>

³² *El comprador es el responsable de actuar con la debida diligencia para cerciorarse de qué es lo que efectivamente compra, o de si eso que compra es exactamente lo que él quiere, o viéndolo desde el otro ángulo, que el vendedor sólo responderá de aquellas garantías que expresamente haya dado al comprador sobre la cosa vendida (Verda Beamonte, 2009).*

³³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 230/2011 de 30 de marzo. RJ 2011\3133

³⁴ Cebriá, L. H. (2008). *La revisión legal ("legal due diligence") en el derecho mercantil: transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresa*. Comares. <https://books.google.es/books?id=DRB-PgAACAAJ>

vehículos, y no una vez superada la pandemia, podemos afirmar que se cumple este requisito.

77. Pues bien, en resumidas cuentas, de los cuatros requisitos que marca la jurisprudencia para que la esta acción tenga la fuerza suficiente para prosperar, parece claro que al menos tres se cumplirían: es un vicio grave, puesto que frustra la finalidad del contrato, los defectos son anteriores a la compra y Aussie LTD está en plazo.
78. Sin embargo, pueden surgir problemas a la hora de sustentar el tercer requisito, sobre si el vicio era o no aparente y, sobre todo, si el hecho de llevar a cabo un proceso de DD. exime al vendedor de toda responsabilidad. A pesar de que se desarrollará este tema en el párrafo 81 y ss., en un principio, y según mi mejor opinión jurídica, el hecho de que exista por sí sola una DD. no significa que el vendedor pierda toda responsabilidad.
79. De hecho, el haber realizado este proceso y no haber encontrado nada sobre el defecto en los vehículos, parece incluso confirmar que se trata de un vicio no aparente, puesto que ni un grupo de expertos ha podido llegar a él. Aun así, como se explica en el párrafo 88 y ss., Aussie LTD puede tener la consideración de perito a la que se refiere el art. 1484 CC.
80. Por tanto, según mi mejor opinión jurídica, dejando a un lado de la consideración o no como perito según el art. 1484 CC (que se tratará más adelante), en un principio, Aussie LTD sí podría exigir a Car4u el saneamiento por vicios ocultos, puesto que se cumplen los requisitos marcados por la jurisprudencia para ello, sin perjuicio de que Car4u pueda rebatirlos como se explicará en la cuestión jurídica tercera.

CUESTIÓN JURÍDICA TRES:

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, ¿cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Car4u? ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Aussie LTD?

81. Como se ha expuesto en la pregunta anterior, existen unos requisitos para que la acción de saneamiento por vicios ocultos pueda prosperar, recogidos por la jurisprudencia. Como también se refirió antes, el requisito cuyo cumplimiento parece más difuso es el tercero, sobre si el mal estado de los vehículos puede considerarse como vicio oculto o, por el contrario, sería un vicio aparente, por lo que la acción no prosperaría.
82. Para rebatir la acción interpuesta por Aussie LTD, Car4u podría basarse en dos argumentos: la existencia de una DD. exhaustiva y la consideración de Aussie LTD como perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 del Código Civil.

Primero. Existencia de una DD. exhaustiva.

83. Con respecto al primer argumento que establece Car4u, correspondiente a que Aussie LTD elaboró una DD. exhaustiva, hay varios argumentos que Car4u podría utilizar:
84. En primer lugar, Car4u podría alegar que Aussie LTD debía haber conocido de los defectos en los vehículos ya que realizó dicha DD. Como hemos visto en el párrafo 73, existe un principio llamado *caveat emptor* por el cual el comprador es el responsable de actuar con la debida diligencia para cerciorarse de qué es lo que efectivamente compra que podemos tratar.
85. Por ello, Car4u puede determinar que Aussie LTD no ha tenido la diligencia debida al elaborar una DD. en la cual no apareciera el estado de los vehículos, siendo estos la parte principal del negocio. Es decir, a juicio de Aussie LTD, una DD. exhaustiva sería aquella que analizara todo el

movilizado que se va a transferir con la compra de la empresa, y sobre todo aquél que hace generar ingresos.

86. De esta forma, Car4u atacaría el tercer requisito marcado por la jurisprudencia y explicado en el párrafo 71, afirmando que se trata de un vicio aparente por lo que no tendría responsabilidad alguna, esto es, no tendría que llevar a cabo ningún saneamiento.

87. Asimismo, el hecho de elaborar una DD., a veces, puede ser incluso perjudicial para el comprador. Car4u puede alegar que Aussie LTD, aun habiendo podido apreciar el defecto al realizar un proceso de análisis exhaustivo de la empresa, dicho defecto no ha sido advertido con la diligencia debida, por lo que la acción no puede prosperar en ningún caso.

Segundo. Consideración de Aussie LTD como perito según el art. 1484 CC.

88. En cuanto al segundo argumento, referente a que Car4u dice que Aussie tendría consideración de perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 CC, debemos conocer qué se determina como perito.

89. Pues bien, concepto de perito se entiende *"no en el sentido de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales"*³⁵.

90. Como hemos explicado, un vicio aparente es aquel defecto en una cosa perceptible a simple vista sin necesidad de ser perito en la materia. Por el contrario, el vicio será oculto siempre que no se pueda apreciar fácilmente o que, de poder ser apreciable fácilmente, el comprador no sea un experto en la materia³⁶

³⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 211/2009 de 24 de febrero. RJ 2006\1563

³⁶ Verda Beamonte, J. R. (2009). *Saneamiento por vicios ocultos*. Universidad del Rosario. <https://books.google.es/books?id=onjVpuTEiGwC>

91. En este caso, el comprador, Aussie LTD, con su grupo de expertos y habiendo llevado a cabo un proceso de DD., tendría, a mi juicio, la consideración de perito establecida en el art. 1484 CC, ya que: (i) se dedica a la inversión en empresas por lo que debería tener conocimientos sobre este tema; y (ii) en el proceso de DD. han trabajado expertos del sector M&A e, incluso, del sector automovilístico, por lo que deberían haberse percatado del estado de los vehículos.

92. Debido a esta consideración de perito, el vicio se debería considerar como vicio aparente y la acción de Aussie LTD de saneamiento no podría prosperar.

93. Por el contrario, Aussie LTD puede rebatir estos argumentos por distintas vías:

Primero. La simple realización de la DD. no exime de responsabilidad al vendedor.

94. En primer lugar, en relación con la DD. exhaustiva, como hemos dicho en el párrafo 79 su simple realización no conlleva que el vendedor se exima de toda responsabilidad. Al contrario, hay casos donde aún con una DD., si existe responsabilidad: información falsa o pacto en contrario.

95. Pero en el caso que nos ocupa, debemos asumir que el mal estado de los vehículos no se recogía dentro del documento, por lo que Car4u sí tendría, en un primer momento, que correr con la responsabilidad y sanear el vicio a través de una reducción del precio y el pago de daños y perjuicios.

Segundo. Aussie LTD no puede ser considerado como perito.

96. Asimismo, en cuanto al segundo argumento, cabe recordar las bases que hemos expuesto en el párrafo sobre porque Car4u cree que Aussie LTD debe ser considerado como experto: (i) Aussie LTD se dedica a la inversión en empresas; y (ii) en el proceso de DD. han trabajado expertos del sector M&A e, incluso, del sector automovilístico.

97. En este caso, Aussie LTD puede alegar, por un lado, que el hecho de que se dedique a la inversión en empresas no puede implicar que tenga conocimientos técnicos sobre vehículos, pues ese sería el caso si objeto social fuera la compraventa de vehículos o su reparación. Esto es, Aussie LTD puede demostrar que invierte en todo tipo de empresas por lo que no le deben ser exigibles estos conocimientos.
98. Por otro lado, y muy relacionado con el anterior párrafo, el hecho de que en el proceso de DD. haya participado un grupo de expertos en M&A e, incluso, del sector automovilístico, a juicio de Aussie LTD tampoco podría conllevar que tenga consideración de perito debido al mismo argumento anterior: una cosa es conocer sobre operaciones mercantiles y de transacciones entre compañías, y otra muy distinta es conocer sobre aspectos técnicos y funcionales de vehículos concretos.
99. Pues bien, desde mi mejor opinión jurídica, las alegaciones de Aussie LTD no podrían rebatir el argumento clave expuesto por Car4u: la consideración de la primera como perito. Esto se debe a que un grupo de expertos que se dedique al asesoramiento en operaciones de este tipo debería tener la obligación de indagar sobre el estado del movilizad de la compañía que se va a adquirir y, por su calidad de expertos, van a conocer de primera mano que el estado de los vehículos es un pilar base dentro de esta operación.
100. Por todo ello, puedo concluir que los argumentos de Aussie LTD no son suficientes para que la acción de saneamiento prospere, por lo que Car4u, en mi opinión, no deberá cargar con dicha responsabilidad.

CUESTIÓN JURÍDICA CUATRO:

¿Puede invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo? Argumentos a favor y en contra.

101. Para poder resolver esta cuestión, tenemos que pararnos a analizar brevemente dos aspectos, los requisitos para solicitud de medidas cautelares inaudita parte, y la cláusula *rebus sic stantibus*.

102. La solicitud de adoptar inaudita parte una medida cautelar tiene por finalidad su estimación sin audiencia a la otra parte. Es decir, solicitar que antes de dar traslado a la otra parte, se proceda a su adopción, alegando y acreditando la concurrencia de razones de extrema urgencia como requisito indispensable³⁷.

103. En el caso que nos ocupa, podemos entender que sí hay una extrema urgencia debido a la existencia de peligro de mora procesal por la presencia de otros acreedores: la no adopción de la medida podría comprometer de manera importante la supervivencia de la parte actora.

104. Por otro lado, la cláusula *rebus sic stantibus* proviene de una expresión latina que viene a significar “*estando así las cosas*”. Se entiende que todo contrato lleva implícita esta cláusula, por la cual, todas las disposiciones establecidas serán las mismas que se establecieron inicialmente mientras no cambien las circunstancias que acontecían en el momento en que se celebró dicho contrato. Sin embargo, estas circunstancias deben ser esenciales, y suponer el no perfeccionamiento del contrato por las partes en caso de haber sido distintas³⁸.

105. Por tanto, permite la revisión de las obligaciones y contratos cuando, por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, se ha roto el equilibrio

³⁷ Mallandrich Miret, N. (2010). *Medidas cautelares y arbitraje*. Atelier Libros S.A. <https://books.google.es/books?id=tefKXbpxeJkC>

³⁸ Orduña Moreno, F. J., & Martínez Velencoso, L. M. ^a. (2017). *La moderna configuración de la cláusula <rebus sic stantibus>: desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado* (2ª edición.). Editorial Civitas SA.

económico del contrato y a una de las partes le resulta imposible o muy gravoso su cumplimiento. Se trata de un mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones³⁹

106. Dicha cláusula, aun pudiendo tener efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, estos nunca han sido de aplicación por los tribunales, sino, solo excepcionalmente, efectos modificativos del mismo, con el fin de compensar el desequilibrio de las prestaciones entre las partes contratantes⁴⁰. Esta cláusula no se encuentra establecida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que es de creación doctrinal y jurisprudencial.

107. Actualmente, la crisis provocada por la COVID-19 ha provocado la vuelta a la intención de que sea aplicada, hecho derivado del cambio de circunstancias sobrevenidas en los contratos, sobre todo en los arrendamientos, que ha hecho que devenga en imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

108. Con anterioridad a la crisis de 2008, la aplicación de esta cláusula se hacía de forma muy cautelar y en situaciones muy excepcionales⁴¹.

109. La aplicación de la cláusula se mantuvo sin modificaciones hasta la llegada de la crisis económica de 2008. A partir de entonces su aplicación dejó de ser lineal y se comenzó a flexibilizar, de forma escueta, a partir de una serie de sentencias que se denominaron como “normalizadoras”⁴².

³⁹ Espín Alba, I. (2021). Cláusula “rebus sic stantibus” e interpretación de los contratos: ¿Y si viene otra crisis? Reus Editorial. <https://books.google.es/books?id=yhE5EAAAQBAJ>

⁴⁰ Orduña Moreno, F. J., & Martínez Velencoso, L. M. ^a. (2017). *La moderna configuración de la cláusula <rebus sic stantibus>: desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado* (2ª edición.). Editorial Civitas SA.

⁴¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 129/2001 de 20 de febrero. RJ 2001\1490

⁴² Calaza López, S. (2021). “Rebus sic stantibus”, extensión de efectos y cosa juzgada. Wolters Kluwer.

110. Estos casos “normalizadores” flexibilizaron la aplicación de la cláusula, a destacar dos sentencias: STS de 30 de junio de 2014⁴³ y STS de 15 de octubre de 2014⁴⁴. En dichas sentencias el tribunal determina que la base del negocio desaparece y, por ende, es de aplicación esta cláusula cuando la finalidad económica se frustra o se torna inalcanzable.
111. Además, se reconoce como hecho notorio la crisis económica para que sea posible la aplicación la cláusula, entendiéndola como un hecho totalmente imprevisible en las expectativas de ambas partes.
112. Ahora bien, como se intuye de recientes sentencias del TS⁴⁵, en los últimos años se ha producido un retroceso en la aplicación de esta cláusula ya que, como determinan los tribunales, su aplicación debe ser muy cautelosa y de forma excepcional. Además, se plantean serias dudas sobre si se puede invocar la cláusula *rebus sic stantibus* ante la crisis sanitaria provocada por la COVID-19.
113. Asimismo, tras análisis de la jurisprudencia antes mencionada, se han podido establecer ciertos requisitos para que esta cláusula pueda llegar a ser de aplicación:
114. En primer lugar, debe existir un periodo de tiempo entre la celebración del contrato y el momento en que se va a llevar a cabo el cumplimiento de la prestación. Este periodo de tiempo puede acontecer de dos formas diferentes⁴⁶:
- a. En contratos de tracto sucesivo, es decir, contratos en donde el cumplimiento de las prestaciones se reitera durante un plazo de tiempo, y

⁴³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 333/2014 de 30 de junio. RJ 2014\3526

⁴⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 591/2014 de 15 de octubre. RJ 2014\6129

⁴⁵ Entre otras: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 19/2019 de 15 de enero y Sentencia 5/2019 de 9 de enero. RJ 2019\146 y RJ 2019\5.

⁴⁶ Henríquez, M. do C., Alañón Olmedo, F., Ordóñez Solís, D., Otero Seivane, J., & Rabanal Carbajo, P. F. (2016). La cláusula «rebus sic stantibus» en la Jurisprudencia actual.

es durante ese tiempo cuando pueden suceder dichas circunstancias imprevistas que alteren los presupuestos del negocio.

- b. En contratos de tracto único con ejecución diferida, es decir, contratos donde la prestación debe cumplirse pasado ese periodo de tiempo, y es durante ese periodo cuando pueden suceder circunstancias imprevistas que alteren los presupuestos del negocio.

115. Hay que tener en mente, además, la duración del contrato. La reciente STS de 6 de marzo de 2020⁴⁷, considera que la cláusula *rebus sic stantibus* es de difícil aplicación a los contratos de corta duración, determinando que “*el cambio de las características que podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la rebus sic stantibus es más probable en un contrato de larga duración*”.

116. En segundo lugar, las circunstancias que afectan al contrato deben tener un carácter sobrevenido e imprevisible⁴⁸, y no pueden ser imputables al sujeto damnificado⁴⁹.

117. Y, por tercer y último lugar, se tiene que dar una ruptura de la equivalencia de las prestaciones o una excesiva onerosidad⁵⁰. Como hemos visto, la excesiva onerosidad equivale a un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones por la alteración de las circunstancias entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su cumplimiento.

118. Una vez expuestos los requisitos para que esta cláusula pueda ser de aplicación, y ante la crisis motivada por la COVID-19, se plantea ahora si pudiera invocarse por el deudor, en este caso, Car4u, tratándose de un contrato de préstamo, en el caso que nos ocupa en este informe.

⁴⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 156/2020 de 6 de marzo. RJ 2020\879.

⁴⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 64/2015 de 24 de febrero. RJ 2015\1409

⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 452/2019 de 18 de julio. RJ 2019\3010

⁵⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 12/2015 de 13 de enero. RJ 2015\267

119. Para ello, a partir de cada requisito antes expuesto, se expondrán en primer lugar los argumentos a favor que podría alegar Car4u para suspender el pago del préstamo a la entidad bancaria.

Primero. El contrato se constituye como un contrato de tracto sucesivo.

120. En cuanto al primer requisito, el caso expuesto no deja del todo claro la duración del contrato de préstamo, pues solo indica que habrá un pago mensual de intereses y bianual de capital. Sin embargo, se va a entender que se trata de un contrato de larga duración debido a que parece presuponerse que se pagarán cuotas por más de un año, y que existe un montante de deuda bastante elevado.

121. Asimismo, es posible afirmar que se trata de un contrato de tracto sucesivo, puesto que las prestaciones, en este caso el pago de intereses y cuotas se reitera periódicamente en el tiempo.

122. Por tanto, y recordando que la cláusula *rebus sic stantibus* sólo es aplicable a los contratos de suministro periódico, contratos a largo plazo, de tracto sucesivo o de ejecución diferida, Car4u cumple con este requisito y, por esta parte, podría ser de aplicación.

Segundo. La pandemia debe ser considerada como una circunstancia sobrevenida e imprevisible.

123. Para entender los argumentos a favor para que se aplique la cláusula en base al segundo de los requisitos, será necesario analizarlos individualmente.

124. Por un lado, las circunstancias tendrán carácter sobrevenido cuando ocurren con posterioridad a la constitución de la obligación y antes de su cumplimiento, por lo que aquellas circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato no podrán invocarse, con

independencia de que fueran causa de revisión o resolución del contrato⁵¹

125. Teniendo en cuenta esta definición, Car4u puede alegar que el día que se constituyó la obligación, esto es, el día 14 de febrero de 2020 cuando se firmó el contrato de préstamo, no se conocía en España toda la gravedad de la pandemia por la COVID-19, por lo que no se trata de circunstancias existentes en ese momento.

126. Es decir, el hecho del confinamiento y de la parada de casi toda actividad económica, que sucede a partir del 15 de marzo cuando se instaura en España el estado de alarma, es una circunstancia sobrevenida a esta prestación de devolver el capital a la entidad bancaria, pues sucede a posteriori de la celebración del contrato.

127. Por otro lado, en cuanto a la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, esta ocurre cuando a las partes les fuera imposible desde una perspectiva lógica y objetiva, entender la circunstancia como verificable entre la celebración del contrato y su ejecución⁵².

128. De esta forma, Car4u puede alegar que esta crisis provocada por la pandemia por la COVID-19 se trata de una circunstancia imprevisible para ninguna de las partes, pues es imposible demostrar que alguien, desde una mirada racional y objetiva, pudiera prever la existencia de una pandemia a nivel mundial de esta magnitud, y a la velocidad a la que se propagó.

Tercero. El cambio de circunstancias no es imputable al damnificado.

129. Por último, dentro de este segundo requisito, nos encontramos ante la importancia de que el cambio de circunstancias no sea imputable al damnificado. En el caso que nos ocupa, es un claro argumento a favor

⁵¹ Jesús Martín Fuster. (2021). *La regulación de la cláusula rebus sic stantibus: ¿Una incorporación urgente y necesaria?* Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, 3.

⁵² Espín Alba, I. (2021). *Cláusula “rebus sic stantibus” e interpretación de los contratos: ¿Y si viene otra crisis?* Reus Editorial. <https://books.google.es/books?id=yhE5EAAAQBAJ>

de la aplicación de esta cláusula este punto, pues la pandemia por la COVID-19 es un hecho que resulta totalmente ajeno a la voluntad, comportamiento y esfera de control de las partes.

130. En resumen, Car4u puede alegar que se cumple este segundo requisito y así poder instar la suspensión de pagos a la entidad bancaria, pues la falta de liquidez que acarrea proviene de la paralización completa de su actividad económica, provocada a su vez por la pandemia de la COVID-19, una circunstancia que, como hemos visto, es sobrevenida a la obligación, imprevisible, y no imputable a ninguna de las partes.

Cuarto. Existe una ruptura de la equivalencia de las prestaciones.

131. Pasamos ahora a analizar qué argumentos a favor puede establecer Car4u basándose en el tercer requisito, consistente en la ruptura de la equivalencia de las prestaciones o una excesiva onerosidad.

132. Se debe recordar que la circunstancia sobrevenida, en este caso, la pandemia por la COVID-19, no es suficiente que le provocara a Car4u un mayor gasto, sino que debe haber alterado la base económica del contrato por la cual se firmó. En este caso, dicha base es la compra de nuevos vehículos para su uso en la actividad económica de la empresa, actividad que se paraliza por completo por la llegada de la pandemia.

133. Asimismo, esta excesiva onerosidad puede surgir de dos hechos distintos: (i) un incremento del coste de ejecución o (ii) una disminución del valor de la contraprestación⁵³. En nuestro caso concreto, Car4u puede alegar que la excesiva onerosidad proviene del segundo caso, pues el valor de la contraprestación de forma drástica al no tener, la empresa, casi ingresos económicos de ningún tipo en un período tan largo de tiempo, como fue el confinamiento.

⁵³ Henríquez, M. do C., Alañón Olmedo, F., Ordóñez Solís, D., Otero Seivane, J., & Rabanal Carbajo, P. F. (2016). *La cláusula «rebus sic stantibus» en la Jurisprudencia actual.*

134. Por tanto, este argumento basado en la onerosidad excesiva se cumpliría también según Car4u, y podría usarlo, junto a los dos anteriores, para invocar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

135. Sin embargo, existen también argumentos en contra a la invocación de dicha cláusula, y son los siguientes:

Primero. El período de tiempo entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la obligación es extremadamente corto.

136. Uno de los argumentos más fuertes para no la aplicación de esta cláusula tiene que ver con el primer requisito, esto es, el período de tiempo que transcurre entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la prestación, debido a que un corto espacio de tiempo entre la fecha del contrato y la modificación circunstancias puede ser irrelevante.

137. Pues bien, esto se debe a que dicha cláusula no podrá ser de aplicación cuando el período entre la firma del contrato y la prestación sea demasiado breve, como determina la STS de 18 de enero de 2013⁵⁴ cuando rechaza su aplicación debido a que “*entre la firma del contrato privado y el requerimiento de la firma de la escritura pública solo transcurren tres meses*”.

138. Teniendo en cuenta que, entre el 15 de febrero de 2020, día que se firma el contrato, hasta el 15 de marzo del mismo año, cuando se instaura el estado de alerta, no llega a transcurrir ni un mes, parece difícil que la cláusula fuera de aplicación debido a que, en la fecha de la primera cuota, la empresa Car4u debía tener aún una estabilidad económica como para hacer frente a la misma, no valiendo la pandemia como excusa para proceder al impago.

Segundo. No hay un desequilibrio de las prestaciones o una onerosidad excesiva.

⁵⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 822/2013 de 18 de enero. RJ 2013\1604.

139. El segundo argumento en contra de la aplicación de la cláusula versa sobre la onerosidad de los contratos de préstamo.
140. La onerosidad en los contratos de préstamo, desde una perspectiva objetiva, no es otra que la del pago de los intereses pactados. Es decir, en un primer momento, a la onerosidad de un préstamo lo que sí podría afectarle sería, por ejemplo, el IPC; pero no una crisis inmobiliaria, o la COVID-19, o la pérdida del empleo por el prestatario. Por tanto, desde una perspectiva objetiva, la pandemia no podría suponer en ningún caso una onerosidad excesiva del contrato, por lo que no sería de aplicación la cláusula.
141. Este hecho puede ser sustentado por cierta jurisprudencia⁵⁵ que se inclina por la valoración objetiva de las prestaciones de las partes, con independencia de los avatares de la actividad empresarial del prestatario y de la causa de la alteración sobrevenida de las circunstancias de la misma, determinando que *“el riesgo de la actividad empresarial incumbe a quien la desarrolla”*, por lo que *“no puede admitirse que la obligación de los fiadores se extinga por haberlo hecho la obligación de la deudora principal como consecuencia de circunstancias sobrevenidas imprevisibles”*.
142. Sin embargo, existen sentencias que se inclinan a la percepción subjetiva de la prestación, como por ejemplo la STS de 17 de enero de 2013⁵⁶, determinando que *“la posible aplicación de la regla rebus sic stantibus a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores”*
143. Teniendo en cuenta, por tanto, tanto los argumentos a favor y en contra de la aplicación de esta cláusula en el caso que se plantea, desde mi mejor opinión jurídica puedo determinar que Car4u sí tiene razones para que

⁵⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 452/2019 de 18 de julio. RJ 2019\3010

⁵⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 820/2019 de 17 de julio. RJ 2013\1819

le sean suspendidas durante un año el pago de los intereses devengados, así como las cuotas de principal pagaderas en agosto y en diciembre de 2020.

144. Esto se debe a que la situación actual de la pandemia ha afectado de manera grave el modelo de negocio de la parte actora y a los resultados que eran esperables y previsibles en una situación normal, y se dan todos los requisitos para aplicar la *cláusula rebus sic stantibus*, pues:

- a. El período entre la firma del contrato de préstamo y la primera prestación, aun siendo corto, no es el determinante, debido a que se trata de una prestación de tracto sucesivo, es decir, contratos en donde el cumplimiento de las prestaciones se reitera durante un plazo de tiempo. Por tanto, si hay un período bastante importante para que se cumpla este requisito, y las circunstancias modificativas acaecen en el período de cumplimiento de las obligaciones.
- b. Es notorio que la crisis derivada de la actual pandemia no era previsible y ha afectado a la actividad económica, siendo además sobrevenida y no imputable a ninguna de las partes.
- c. Existe una gran onerosidad provocada por esta crisis debido a que la actividad económica de la empresa se ha paralizado casi por completo. Hay que recordar que la empresa se dedica a los transportes de pasajeros particulares, los cuales se han encontrado más de tres meses confinados.

CUESTIÓN JURÍDICA CINCO:

¿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? Argumentos a favor y en contra.

145. En primer lugar, antes de entrar en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en este supuesto, resulta necesario hablar sobre las medidas publicadas por RD Ley 15/2020 de 21 de abril⁵⁷ puesto que, si fueran aplicables al caso, tendríamos un instrumento jurídico que avala la suspensión de las rentas.
146. Estas medidas iban destinadas hacia autónomos y pymes que tuvieran arrendados bienes inmuebles como locales, oficinas y naves industriales (excluidas las viviendas) y siempre que se encontraran en situación de alta, en activo, y que cuya actividad hubiera quedado suspendida o sufrido una pérdida de facturación de al menos el 75%.
147. Las medidas facultaban al arrendatario para poder pedir una moratoria en el pago de los alquileres al arrendador, de los alquileres devengados desde el inicio del estado de alarma, pudiendo durar como máximo 4 meses de renta. Esas rentas se dividirían en los 24 meses siguientes al período en que la renta hubiera sido objeto de moratoria; sin intereses ni penalizaciones; pero siempre dentro de la duración del contrato.
148. Sin embargo, para dicha moratoria era, como requisito esencial, obligatorio ser un autónomo o una pyme. Por tanto, en el caso concreto en el que nos encontramos, y teniendo en cuenta la escasa información que se proporciona sobre Car4u, podemos determinar que no se trata de ninguna manera de un autónomo o una pyme, debido al gran volumen

⁵⁷ Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Publicado en «BOE» núm. 112, de 22/04/2020. Referencia: BOE-A-2020-4554

de negocio, a todo el inmovilizado, a los empleados que conducen los vehículos, etc.

149. Por tanto, este RD Ley no puede ser de aplicación para Car4u, por lo que habría que entrar a analizar si fuera de aplicación otros mecanismos jurídicos.

150. Teniendo en cuenta que no procede la aplicación del RD, se proceden a analizar los argumentos a favor y en contra de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para la suspensión de las rentas por el contrato de arrendamiento.

Primero. La cláusula rebus sic stantibus es aplicable a los contratos de arrendamiento.

151. El primer argumento a favor que nos encontramos se basa en que esta cláusula es aplicable a los contratos de arrendamiento.

152. El contrato de arrendamiento se constituye como un contrato consensual, bilateral, oneroso y conmutativo, y de tracto sucesivo⁵⁸. Como se explicó en el párrafo 114, la cláusula *rebus sic stantibus* es aplicable a los contratos de tracto sucesivo, como lo es el contrato de arrendamiento objeto de disputa en este caso concreto.

Segundo. Se cumplen los requisitos para la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.

153. Como segundo argumento a favor, Car4u puede alegar que se cumplen los requisitos de aplicación de la cláusula en contratos de arrendamiento. A pesar del hecho de que, hasta la fecha, no existen sentencias de instancias superiores, nos podemos encontrar con sentencias como la Sentencia 1/2012 del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona⁵⁹ que se decantan por reducir las rentas de los alquileres de arrendamiento de

⁵⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 729/2010 de 25 de febrero. RJ 2010\8038.

⁵⁹ Entre otras: Juzgado de Primera instancia nº20 de Barcelona. Sentencia 1/2012 de 8 de enero. JUR 2021\9677.

local de negocio. En ellas, se compara la pandemia mundial con una situación de guerra, y se sostiene que se ha producido un desequilibrio y una ruptura de las expectativas del contrato, lo que obliga a adaptarlo a la nueva normalidad, calculando que los efectos económicos se arrastrarán, mínimo, dos años, siempre y cuando se cumplan dos requisitos. En concreto, se determinan dos requisitos:

- a. Existencia de una alteración de la base del negocio por reducción de los beneficios que racionalmente se pretendían obtener.
- b. Una modificación propuesta por el arrendatario justa y equitativa.

154. Pues bien, Car4u puede alegar que se cumplen ambos requisitos debido a que, en primer lugar, la pandemia constituye una situación extraordinaria e imprevisible que provoca una alteración de la base del negocio. Existe una brusca reducción de los beneficios, que desemboca en una gran onerosidad del contrato.

155. Por otro lado, Car4u debe defender que su propuesta de suspender la totalidad de las rentas en una modificación justa y equitativa, convenciendo al tribunal que no existe una forma menos gravosa para ella que la suspensión el 100% de las rentas, debido a la falta total de liquidez provocada por la pandemia.

156. Asimismo, existen argumentos en contra a la suspensión de las rentas a través de la aplicación de esta cláusula:

Primero. No se ha llevado a cabo una negociación previa por parte del arrendatario.

157. En primer lugar, dice la Sentencia del Juzgado de Barcelona antes citada que las partes habían debido intentar negociar la modificación del contrato, sin poder haber llegado a ningún acuerdo sobre la cuestión. Aunque carecemos de datos para afirmarlo, podemos suponer que no se ha llevado a cabo ningún proceso de negociación ya que se ha presentado unas medidas cautelares *inaudita parte*, por lo que el

arrendador podría alegar que este requisito no consta como cumplido y que Car4u no actúa de buena fe.

Segundo. La suspensión total de las rentas no es una modificación justa y equitativa.

158. La misma sentencia de Barcelona establece, como decíamos, un requisito esencial para la aplicación de la cláusula: que la modificación sea justa y equitativa para las partes. En concreto, en ese caso el tribunal aplicó la cláusula al entender que la modificación propuesta por el arrendatario era justa y equitativa al abonar el 50% de las rentas.

159. De hecho, sigue diciendo el Tribunal que la solución que se persigue debe ser el poner fin al contrato o modificarlo, de manera que las pérdidas y ganancias que se deriven del cambio se distribuya entre las partes de forma equitativa y justa.

160. Pues bien, el arrendatario puede alegar que el exigir la suspensión del total de las rentas no puede ser considerada como una medida equitativa y justa para ambas partes, puesto que las pérdidas provocadas por la pandemia desembocarían en su totalidad en el arrendador.

161. En resumen, según mi mejor opinión jurídica y teniendo en cuenta tanto los argumentos a favor como en contra, solo sería posible la aplicación de la cláusula si no se exigiera la suspensión de la totalidad de las rentas, sino un porcentaje más moderado que permitiera el reparto de las pérdidas entre ambas partes, arrendador y arrendatario, puesto que resulta acreditado que si se produce una alteración de la base del negocio a raíz de la pandemia por la COVID-19.

CUESTIÓN JURÍDICA SEIS:

En relación con la irrupción de Car4mi y las sospechas de Car4u, ¿qué puede hacer Aussie LTD ante esta situación?

162. Ante esta situación, Aussie LTD tiene varias vías de defensa, unas contra D. Nicolás y otras contra Car4mi. En concreto. Vamos a analizar el incumplimiento de la cláusula contractual de no competencia, los actos de competencia desleal por parte de D. Nicolás, y los actos de competencia desleal y el riesgo de confusión de la marca con Car4mi.

Primero. Resolución del contrato por incumplimiento de la cláusula de no competencia por parte de D. Nicolás.

163. En primer lugar, debemos analizar si los actos de D. Nicolás constituyen un incumplimiento contractual. Para ello, se debe determinar si la cláusula contenida en el contrato es válida. En este punto, resulta necesario hablar sobre la cláusula de no competencia, recurrente en los contratos de compraventa de acciones.

164. Esta cláusula, principalmente, busca impedir dos conductas: la primera, que los vendedores realicen las actividades prohibidas de manera directa, es decir, personalmente; y la segunda, que no formen parte del accionariado de personas jurídicas que compitan con el sector de la empresa⁶⁰.

165. De hecho, la STS de 9 de mayo de 2016⁶¹, analiza la cláusula de no competencia en el contexto de la compraventa de una sociedad, y determina que, en los contratos de transmisión de empresa, el empresario transmitente tiene básicamente dos obligaciones⁶²:

⁶⁰ Sanz, F. M., Sobejano, A. E., Sabater, L. S., & Cos, J. M. M. (2009). *Comentario práctico a la ley de competencia desleal*. Tecnos. <https://books.google.es/books?id=vixrPgAACAAJ>

⁶¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 303/2016 de 9 de mayo. RJ 2016\3671.

⁶² Alfonso, L. P. (2008). *Derecho de la competencia: estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*. La Ley. <https://books.google.es/books?id=X0deGWpm1I0C>

166. Por un lado, una obligación de hacer, consistente en el deber de comunicar al adquirente los conocimientos e informaciones relativos a los procedimientos técnicos de producción y a las estructuras, sistemas y relaciones que configuran la organización comercial de la empresa.
167. Por otro lado, una obligación de no hacer, que se materializa en la imposición al transmitente del deber de abstenerse de realizar una actividad competitiva en relación con la actividad empresarial transmitida.
168. Pues bien, D. Nicolás parece sí haber cumplido la primera obligación de hacer, al transmitir todos los conocimientos a Aussie LTD sobre el funcionamiento de la empresa. Sin embargo, debemos aclarar si ha incumplido la segunda obligación y, por tanto, existe un incumplimiento contractual del 1101 CC.
169. La cláusula contenida en el contrato de compraventa de las acciones de Car4u establece que D. Nicolás no podía operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un período de, al menos 10 años, así como utilizar el know-how de Car4u sin su permiso.
170. Por tanto, sí existe un incumplimiento de la cláusula contractual de no competencia debido a que D. Nicolás está formalmente actuando a través de un tercero, en este caso, Dña. Beatriz Madariaga, en el mercado del *car sharing* a través de la sociedad Car4mi.
171. Y esta afirmación puede hacerse no sólo debido a que ambas empresas se dediquen al mercado del *car sharing*, sino también a la gran similitud en las formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado con Car4u. Además, Aussie LTD, gracias al trabajo del investigador privado, puede afirmar que D. Nicolás tiene una relación de convivencia con Dña. Beatriz, por lo que este estaría actuando en nombre de ella a través de la sociedad Car4mi.
172. Asimismo, este hecho queda aún más claro gracias al correo electrónico recibido por la Directora de Ramiro Investments, S.A., por la esta,

creyendo dirigirse a Car4mi, menciona a D. Nicolás como gerente de esta empresa y no Dña. Beatriz.

173. Por tanto, podemos afirmar que D. Nicolás, en este caso, si ha incumplido de forma dolosa la cláusula de no competencia incluida en el contrato de compraventa de Car4u.

174. Pues bien, desde mi mejor opinión jurídica, Car4u podría reclamar una indemnización por daños y perjuicios del art. 1101 CC por el incumplimiento de la cláusula de no competencia, debido a que D. Nicolás, de forma dolosa e infringiendo una cláusula contractual, ha operado a través de Dña. Beatriz y la empresa Car4mi en el mercado del car sharing.

Segundo. Acción de indemnización por daños y perjuicios por actos de competencia desleal por parte de D. Nicolás.

175. Por otro lado, Aussie LTD puede alegar que D. Nicolás ha llevado a cabo diferentes actos de competencia desleal recogidos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD)⁶³.

176. Como competencia desleal se entiende toda aquella conducta realizada en el mercado que beneficie al infractor a costa de los demás participantes en el marco económico⁶⁴.

177. El art. 2⁶⁵ LCD establece el ámbito objetivo de aplicación de la misma y marca los límites para su aplicación. De dicho artículo emerge la idea de que el simple incumplimiento contractual de la cláusula de no

⁶³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicado en: «BOE» núm. 10, de 11/01/1991. Referencia: BOE-A-1991-628.

⁶⁴ Gardella, M. D. (2007). *La Competencia Desleal*. Iustel.

⁶⁵ Artículo 2 LCD: 1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.

competencia no constituye por sí solo un acto de competencia desleal, sino que deben darse las conductas establecidas en el articulado de la LCD⁶⁶.

178. Pues bien, en mi opinión, Aussie LTD podría alegar que las acciones llevadas a cabo por D. Nicolás a través de Car4mi constituyen acciones de competencia desleal², por lo que puede ejercer una acción de indemnización por daños y perjuicios del art. 32.1.5^a.⁶⁷ LCD. En concreto, acciones descritas en el art. 13 LCD sobre violación de secretos.

179. Dicta dicho artículo que "se considera desleal la violación de secretos empresariales". De una forma más explicativa, serían aquellos actos por los que un individuo se aprovecha de la información a la que ha tenido acceso⁶⁸. Es necesario aclarar en este punto que la violación de secretos como acto de competencia desleal fue modificado por la Ley de Secretos Empresariales (en adelante, LSE)⁶⁹ en 2019.

180. La LSE, en su art. 1.1.⁷⁰ establece los tres requisitos necesarios para poder hablar de secreto empresarial: debe ser información secreta, debe tener

⁶⁶ Alfonso, L. P. (2008). *Derecho de la competencia: estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. La Ley*. <https://books.google.es/books?id=X0deGWpm110C>

⁶⁷ Artículo 32.1 LCD: 1. *Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

1º *Acción declarativa de deslealtad.*

2º *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.*

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

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

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

6º *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.*

⁶⁸ Sanz, F. M., Sobejano, A. E., Sabater, L. S., & Cos, J. M. M. (2009). *Comentario práctico a la ley de competencia desleal*. Tecnos. <https://books.google.es/books?id=vixrPgAACAAJ>

⁶⁹ *Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales*. Publicado en: «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16713 a 16727 (15 págs.) Referencia: BOE-A-2019-2364.

⁷⁰ Artículo 1.1 LSE: 1. *El objeto de la presente ley es la protección de los secretos empresariales.*

valor empresarial, y deben existir medidas razonables para su mantenimiento en secreto.

181. Asimismo, la STS de 20 de diciembre de 2018⁷¹ concluye que:

“Podemos así definir el secreto de empresa como toda información relativa a la empresa (técnico-industrial como fórmulas, operaciones o investigaciones de productos, comercial como listados de clientes, estratégica, relacional u organizativa, laboral, financiera, etc) detenida con criterios de confidencialidad y exclusividad para asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de competidores, es decir, con entidad suficiente de afectar a la capacidad competitiva de la empresa, descartándose aquellas que pese a ser de conocimiento reservado carecen de esa capacidad de afectación”.

182. Asimismo, el art. 3.2⁷² LSE determina que la obtención ilícita de secretos empresariales sin consentimiento del titular se reputa ilícita o desleal cuando quien la realice obtuvo acceso infringiendo un acuerdo de confidencialidad al que venía obligado u otra obligación contractual o extracontractual que limitase la utilización del secreto

183. Pues bien, Aussie LTD podría alegar que D. Nicolás, al traspasar a Car4mi toda la información relativa a la forma de trabajar, campañas publicitarias

A efectos de esta ley, 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*

⁷¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia 679/2018 de 20 de diciembre. RJ 2018\5855.

⁷² Artículo 3.2 LSE: *La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.*

y estrategia de mercado de Car4u, ha infringido en un acto de competencia desleal del art. 13⁷³ LCD, al entender que esta información supone un secreto empresarial de Car4u, pues gracias a dichas estrategia ha sido capaz de establecerse de forma tan exitosa en el mercado.

184. Además, como recuerda el art. 3.2 LSE, D. Nicolás habría infringido un acuerdo de no competencia contenido en el contrato de compraventa, por lo que ha obtenido de forma ilícita dicha información al traspasarla a Car4mi.

Tercero. Acción de cesación del uso de marca Car4mi e indemnización por daños y perjuicios por violación del derecho exclusivo de marcas.

185. Por otro lado, Aussie LTD podría tener varias vías contra la sociedad Car4mi, en concreto, por actos de competencia desleal y por infracción del derecho exclusivo de marca. Sin embargo, la Ley de Marcas en adelante, LM) y la LCD tienen una complementariedad relativa, por lo que no procede acudir a la LCD para combatir conductas plenamente comprendidas en la esfera de la normativa de Marcas⁷⁴.

186. Por ello, Aussie LTD podría, según mi opinión, atacar a Car4mi a través del derecho de marcas. El hecho de registrar una marca en la OEPM otorga a su titular un derecho de uso en exclusiva por el que tiene el poder de impedir que otro competidor con un producto o servicio similar pueda usar los signos o marcas registrados⁷⁵.

187. Ahora bien, entendiendo que Car4u es una marca registrada, establece el art. 9.2 b) del Reglamento de Marca Comunitaria para las marcas

⁷³ Artículo 13 LCD: Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales

⁷⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 504/2017 de 15 de septiembre. RJ 2017\4014

⁷⁵ Pérez, R. G. (2019). *El derecho de marcas de la UE en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: adaptado al Reglamento sobre la Marca de la UE, a la Directiva de marcas y a la reforma de la Ley de marcas (en vigor desde el 14 de enero de 2019). La Ley.* <https://books.google.es/books?id=Ilz7xAECAAJ>

comunitarias y el art. 6.1 b) LM para las marcas españolas que, para determinar si hay infracción del derecho de marca, deber analizarse si existe riesgo de confusión entre ambas marcas, en este caso, Car4u y Car4mi.

188. Según la STS de 11 de marzo de 2014⁷⁶, hay riesgo de confusión cuando “el público puede creer que los productos o servicios identificados con los signos que se confrontan proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas, dado que el riesgo de asociación no es una alternativa a aquel, sino que sirve para precisar su alcance”.

189. Asimismo, establece también la jurisprudencia⁷⁷ que es necesario hacer un juicio comparativo para determinar si existe un riesgo de confusión, y que dicho juicio debe “*ser investigado globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes*”.

190. Además, nos encontramos ante el concepto de “*consumidor medio*” que sería aquel consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁷⁸. Por tanto, dicha comparativa entre ambas marcas deberá llevarse a cabo a través de la percepción de un consumidor medio.

191. Pues bien, teniendo estos tres aspectos en cuenta, Aussie LTD puede alegar que, a ojos de un consumidor medio, y teniendo en cuenta todos los aspectos como que se dedican a la misma actividad o tienen las mismas estrategias publicitarias, existe un alto riesgo de confusión entre las marcas Car4u y Car4mi.

⁷⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 93/2014 de 11 de marzo. RJ 2014\1903.

⁷⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 382/2016 de 19 de mayo. RJ 2016\3859.

⁷⁸ Ruy Pérez de Azcárate, C. (2008). *El carácter distintivo de las marcas*. Editorial Reus.

192. Por tanto, Aussie LTD puede iniciar una acción de cesación del uso de la marca Car4mi del art. 41.1⁷⁹ LM y, además, una acción de indemnización por daños y perjuicios, también contenida en dicho artículo.

193. En resumen, y desde mi mejor opinión jurídica, ante la irrupción de Car4mi, Aussie LTD puede llevar a cabo tres acciones:

- a. Reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual de la cláusula de no competencia contra D. Nicolás del art. 1101 CC.
- b. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal contra D. Nicolás del art. 32.1.5^a. LCD, al haber intervenido dolo por parte de este al cometer un acto de competencia desleal del art. 13 LCD.
- c. Acción de cesación de uso de la marca Car4mi por riesgo de confusión con Car4u y acción de reclamación de daños y perjuicios contra Car4mi del art. 41.1 LM.

⁷⁹ Artículo 41.1 LM: 1. En especial, el titular cuyo derecho de marca sea lesionado podrá reclamar en la vía civil:

- a) La cesación de los actos que violen su derecho.
- b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.
- c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca y el embargo o la destrucción de los medios principalmente destinados a cometer la infracción. Estas medidas se ejecutarán a costa del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.
- d) La destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, a elección del actor, y a costa siempre del condenado, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el Tribunal.
- e) La atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado c) cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular del derecho de marca deberá compensar a la otra parte por el exceso.
- f) La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

CUESTIÓN JURÍDICA SIETE:

¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?

194. Para resolver esta cuestión, se tratará de determinar que alegaciones puede instar Car4mi a cada una de las tres alegaciones que presenta Aussie LTD en la pregunta anterior.

Primero. Car4mi no es parte del contrato de compraventa.

195. En primer lugar, en cuanto al incumplimiento contractual de la cláusula de no competencia, queda claro que Car4mi no tiene legitimación pasiva para responder sobre dicha acción, pues es D. Nicolás quien se constituye como parte del contrato de compraventa y, por tanto, sería él quién podría o no infringir dicha cláusula.

Segundo. La prueba del detective privado ha sido obtenida vulnerando el derecho a la intimidad de D. Nicolás y Dña. Beatriz.

196. Sin embargo, si nos situamos como D. Nicolás, su defensa debería basarse en intentar aclarar que no está actuando de ninguna forma en el mercado del *car sharing* a través de un tercero, como establece Car4u, al determinar que está actuando desde Car4mi y Dña. Beatriz.

197. Para ello, dado que la prueba aportada por Car4u para establecer que D. Nicolás está actuando a través de Dña. Beatriz es un informe de un detective privado donde se recoge que ambos llevan conviviendo juntos desde el inicio de la pandemia, D. Nicolás podría invalidar dicho informe invocando su derecho a la intimidad.

198. El art. 2 de la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁸⁰ determina que “*son intromisiones ilegítimas las no consentidas, salvo que la ley las autorice*

⁸⁰ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Publicado en: «BOE» núm. 115, de 14/05/1982. Referencia: BOE-A-1982-11196

expresamente, y las que invadan el espacio que la persona reserve para sí misma o su familia”.

199. De una forma más concreta, el art. 7⁸¹ de dicha ley hace un elenco de intromisiones ilegítimas. Pues bien, a falta de más datos, D. Nicolás podría alegar que se ha vulnerado su derecho a la intimidad y el de Dña. Beatriz puesto que la convivencia de ambos es una información reservada para su ámbito personal y familiar y que, para obtener dicha información, el detective ha debido emplazar aparatos de escucha, filmación u ópticos para grabar o reproducir su vida íntima, lo que vulnera el art. 7 de la ley.

200. Sin embargo, como determina la STS de 9 de diciembre de 2021⁸², no existe intromisión ilegítima en la propia imagen y en la intimidad por la investigación de un detective, si dicho detective tiene habilitación legal y, en el caso concreto, existe proporcionalidad.

⁸¹ Artículo 7 LO 1/1982: *Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:*

1. *El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.*
2. *La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*
3. *La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*
4. *La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*
5. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.*
6. *La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*
7. *La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*
8. *La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.*

⁸² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 852/2021 de 9 de diciembre. JUR 2021\394004.

201. Pues bien, debemos entender a falta de más datos que el detective tiene habilitación legal. Por tanto, D. Nicolás deberá alegar que no hay proporcionalidad en la intromisión en su vida privada en relación con la violación de la cláusula de no competencia del contrato de compraventa, para poder así desvalorar el informe del detective y que no pueda considerarse que existe un incumplimiento.
202. Por otro lado, Car4mi puede alegar, en relación con el argumento de Car4u sobre el riesgo de confusión entre ambas marcas, que dicho riesgo resulta inexistente.
203. Apreciando la marca en su conjunto, Car4mi puede alegar que, en primer lugar, el término “Car” resulta una expresión genérica que describe el servicio prestado por la compañía (en este caso, el uso de coches o vehículos). Asimismo, puede alegar que la fonética final de ambas marcas, en concreto, “mi” y “u”, a ojos de un consumidor medio, resulta fácilmente distinguible.
204. En conclusión, D. Nicolás puede basar su defensa en una vulneración de su derecho a la intimidad, y Car4mi en la falta de riesgo de confusión entre las marcas.

V. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ART. Artículo.

CC. Código Civil.

DD. Due Diligencia.

IPC. Índice de Precios al Consumo.

LCD. Ley de Competencia Desleal.

LO. Ley Orgánica.

LM. Ley de Marcas.

LSE. Ley de Secretos empresariales.