



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Autor: Fernando Rodríguez Carrillo

Especialidad: Relaciones jurídico - privadas

Tutor: Francisco Málaga Diéguez

Madrid
Noviembre 2021

RESUMEN

En el presente Trabajo de Fin de Máster, se ha llevado a cabo un análisis pormenorizado del caso práctico en cuestión. En concreto, se han tratado las cuestiones de incumplimiento contractual del artículo 1124 del Código Civil, la institución jurídica de saneamiento por vicios ocultos, la cláusula *rebus sic stantibus* con sus problemáticas específicas derivadas de la pandemia del Covid-19, además de cuestiones de competencia desleal. Para ello, se han examinado la jurisprudencia relevante y las opiniones de la doctrina científica al respecto, hasta llegar a las conclusiones que se han considerado oportunas.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento contractual, *aliud pro alio*, saneamiento por vicios ocultos, cláusula *rebus sic stantibus*, competencia desleal.

ABSTRACT

The aim of this Master's Thesis is to perform a detailed analysis of the practical case in question. Specifically, we have dealt with the following matters: breach of contract of article 1124 of the Spanish Civil Code, the legal institution of remedy for hidden defects, the *rebus sic stantibus clause* with its specific problems arising from the Covid-19 pandemic, as well as issues of unfair competition. For this purpose, the relevant case law and the opinions of the scientific doctrine on the subject have been examined, until reaching the consequent conclusions that have been considered appropriate.

KEY WORDS

Breach of contract, *aliud pro alio*, remedy for hidden defects, *rebus sic stantibus clause*, unfair competition.

SUMARIO

1. ANTECEDENTES	5
2. RESOLUCIÓN	8
2.1 ¿Puede Aussie LTD resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García por el hecho de que parte de los vehículos que forman parte de la flota de Car4u estén averiados?	8
a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie LTD? ¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD al vendedor?.....	8
b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría el Sr. García?	11
2.2 ¿Puede Aussie LTD exigir al vendedor el saneamiento por vicios ocultos? ¿Cómo fundamentaría la pretensión?.....	14
2.3 El Sr. García se opone al saneamiento por vicios ocultos con base en que (i) Aussie LTD realizó una <i>due diligence</i> exhaustiva y (ii) en que Aussie LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 del Código Civil,	18
a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría el Sr. García?.....	18
b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Aussie LTD?.....	21
2.4 ¿Puede invocarse la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> por el deudor de un contrato de préstamo?.....	24
a. Argumentos a favor	26
b. Argumentos en contra.....	28
2.5 ¿Sería diferente la situación si lo que Car4u pretendiera suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde gestionaban la compañía y al que no han podido acceder por estar localizado en una zona confinada durante un periodo de 5 meses?.....	31
a. Argumentos a favor	31
b. Argumentos en contra.....	34
2.6 ¿Qué puede hacer Aussie LTD ante esta situación?	35
2.7 ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?	42
3. CONCLUSIONES.....	45
4. BIBLIOGRAFÍA.....	47

4.1 Obras doctrinales	47
4.2 Referencias de Internet.....	48
JURISPRUDENCIA.....	49

1. ANTECEDENTES

I. D. Nicolás García creó en el año 2010 la empresa Car4u, S.L. (en adelante, “Car4u”), una empresa dedicada al servicio de *car sharing*.

II. En el año 2020, dada la expansión de Car4u por diversas ciudades españolas, el fondo de inversión Aussie LTD contactó con el Sr. García y le transmitió su interés por adquirir en torno al 80% de las participaciones de Car4u.

III. Aussie LTD es uno de los diez fondos de inversión más grandes del mundo e invierte en empresas que llevan a cabo actividades muy variadas. El mundo del *car sharing* no es desconocido para Aussie LTD, ya que tiene participaciones en cuatro empresas del sector que operan en diferentes países.

IV. El Sr. García firmó un acuerdo de confidencialidad con Aussie LTD y le dio acceso a toda la información e instalaciones de Car4u para que esta pudiese realizar un proceso de *due diligence* de la empresa previo a la potencial compraventa de participaciones.

V. Aussie LTD contrató a diversos asesores para realizar el proceso de *due diligence*. Durante el exhaustivo proceso, Aussie LTD y sus asesores identificaron contingencias en Car4u que tuvieron como resultado que el precio ofrecido al sr. García por las participaciones fuese inferior al inicialmente pactado.

VI. D. Nicolás García y Aussie LTD, el 15 de febrero de 2020, firmaron un contrato de compraventa sujeto a derecho español común en virtud del cual Aussie LTD adquirió las participaciones sociales representativas de un 80% del capital social de Car4u por un precio de 3.500.000 de euros que fueron pagados ese mismo día.

VII. El mismo día en el que Aussie LTD compró las participaciones de Car4u, Car4u (con Aussie LTD ya como titular del 80% de las participaciones) tomó un préstamo bancario para invertir en la compra de nuevos vehículos. De conformidad con dicho préstamo, Car4u debía pagar intereses de forma mensual y repagar cuotas del principal dos veces al año (en junio y en diciembre). De este modo, el 1 de marzo de 2020 tenía

que hacer frente al primer pago de intereses y el 30 de junio de 2020 tenía que hacer frente al pago de la primera cuota de principal.

VIII. Pocos días después de adquirir las participaciones sociales, Aussie LTD descubrió que un porcentaje bastante alto de vehículos estaba averiado y requería reparaciones por un importe total de 300.000 euros.

IX. En este contexto, la pandemia del Covid-19 llega a España y se declara el estado de alarma. Los ciudadanos, al no poder salir a la calle, no usan el servicio de *car sharing*. La gran mayoría de los empleados son incluidos en los correspondientes Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y los resultados de la empresa se reducen drásticamente.

X. Car4u paraliza por completo su actividad y deja de tener liquidez para hacer frente a los pagos derivados del préstamo bancario. La empresa presenta ante los juzgados una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* para suspender durante un año el pago de los intereses devengados, así como las cuotas de principal pagaderas en agosto y en diciembre de 2020 invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.

XI. Una vez superada la pandemia, el negocio de Car4u vuelve a repuntar. Sin embargo, se crea una nueva compañía en el mercado que, además de tener un nombre muy parecido (“Car4mi”), comparte formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado con Car4u.

XII. La irrupción de Car4mi afecta notoriamente a los resultados de Car4u, pues una buena parte de sus clientes, incluidas algunas empresas con las que tenía suscritos convenios de colaboración, deciden pasarse a la competencia. Además, descubren que la máxima accionista de Car4mi es Dña. Beatriz Madariaga, quien acudió a la firma del contrato de compraventa de 15 de febrero de 2020 como acompañante de D. Nicolás García.

XIII. Aussie LTD decide contratar un investigador privado para averiguar la conexión entre Dña. Beatriz y D. Nicolás y descubre que conviven al menos desde el inicio de la pandemia. Ante esta situación, Aussie LTD revisa el contrato de compraventa para comprobar la regulación del régimen de no competencia y constata que se incluyó

una obligación expresa que prohibía a D. Nicolás operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un periodo de al menos 10 años, así como utilizar el *know-how* de Car4u sin su permiso.

XIV. La directora de la empresa Ramiro Investments, S.A., una de las empresas que tenía suscrito un convenio de colaboración más importante con Car4u, envía por error un e-mail a Aussie LTD, aparentemente pensando que escribía a la empresa Car4mi, con la que acababa de iniciar su colaboración, con el siguiente contenido:

XV. “Querido Nicolás:

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

2. RESOLUCIÓN

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

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

El Código Civil, en su artículo 1124 señala que “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

Así, en este caso nos encontramos ante la doctrina denominada *aliud pro alio*, esto es, la entrega de una cosa distinta a la pactada. El Tribunal Supremo señala que “se está en presencia de la entrega de una cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los arts. 1101 y 1124 CC”.¹ Además, precisa el Alto Tribunal que “la evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada desencadena la resolución [...] en definitiva, la inhabilidad del objeto”.²

En consecuencia, el núcleo de la cuestión radica en determinar la finalidad perseguida por el comprador con la compraventa. Aussie LTD, mediante la compra de participaciones de Car4u, trata de expandir su negocio y ofrecer un servicio de *car sharing* que, como se desprende de la relación fáctica expuesta, no es un mundo ni mucho menos desconocido para el fondo de inversión, pues ya tiene participaciones en diversas

¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 350/1993, de 7 de abril, Fto. Jco. 2º.

² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 784/2002, de 31 de julio, Fto. Jco. 3º.

empresas que ofrecen el mismo servicio. Por ende, el fin que persiguen es ofrecer dicho servicio, el cual resulta imposible dadas las averías que presentan los vehículos.

Como señala el Tribunal Supremo, la doctrina de *aliud pro alio* resultará de aplicación cuando se dé un “defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina”.³ Además, declara la sentencia del 25 de febrero de 2010 que “la doctrina de *aliud pro alio* 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 contrato”.⁴ En definitiva, “la entrega de una cosa *aliud pro alio*, en el contrato de compraventa es un caso claro de incumplimiento esencial que da lugar a la resolución, en aplicación del artículo 1124 del Código Civil”.⁵

En el caso que nos concierne, es evidente que se ha producido una insatisfacción objetiva del comprador derivada de un incumplimiento del vendedor que frustra el fin para el que se adquirieron las participaciones sociales. Por ello, resulta de aplicación la doctrina de *aliud pro alio* que ofrece la posibilidad al comprador de resolver el contrato a tenor del artículo 1124 del Código Civil, con la consiguiente indemnización por daños y perjuicios del artículo 1101 del mismo Código, como trataremos más adelante.

En este punto, conviene hacer mención a la trascendencia de lo estipulado en el contrato de compraventa. En función de qué se regule, se podrá reclamar una cosa u otra. En concreto, cobra especial importancia la cláusula de manifestaciones y garantías, que son “el conjunto de declaraciones, creencias o predicciones sobre la compañía objeto de compraventa que realiza el vendedor a favor del comprador y cuyo principal efecto consiste en asignar al vendedor los riesgos previstos por ese conjunto de declaraciones, creencias o predicciones, con independencia de que el comprador los hubiera podido descubrir durante el proceso de *due diligence*”.⁶ De tal forma que desempeñan una función de protección al comprador frente a posibles vicios en las cosas.

³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 35/2010, de 17 de febrero, Fto. Jco. 5º.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 95/2010, de 25 de febrero, Fto. Jco. 2º.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 317/2015, de 2 de junio, Fto. Jco. 2º.

⁶ GILI SALDAÑA, Marian, “Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías”, *InDret*, 2010, P. 7.

En el Derecho civil español, no hay expresa regulación sobre posibles soluciones o remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías, de tal modo que la solución pasa por exigir las acciones que se originen del propio contrato o del Código Civil.⁷ De ahí la especial relevancia de las manifestaciones y garantías del contrato de compraventa pues, en función de las que se estipulen, se podrán llevar a cabo unas acciones u otras. En caso contrario, se llevarán a cabo las reguladas en el Código Civil, esto es, las acciones frente al incumplimiento contractual del citado artículo 1124 del Código Civil.

En los antecedentes del caso, no se especifica si se ha pactado esta cláusula. De haberse previsto, respondería el vendedor de los vicios en los vehículos independientemente de la *due diligence* realizada, y Aussie LTD podría resolver el contrato por incumplimiento del vendedor.

Por todo ello, a tenor del artículo 1124 del Código Civil, el incumplimiento establece la capacidad del deudor de resolver la obligación. Es decir, que Aussie LTD puede resolver el contrato de compraventa con base en el incumplimiento por parte del Sr. García de las obligaciones que como vendedor le corresponden al entregar una cosa distinta a la pactada.

En cuanto a los daños, Aussie LTD podrá reclamar tanto el daño emergente como el lucro cesante. Así, el artículo 1106 del Código Civil señala que la indemnización de daños y perjuicios “comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”.

El daño emergente es “la pérdida patrimonial sufrida, es decir, la disminución del patrimonio como consecuencia de un acto u omisión”.⁸ En este caso, el daño emergente sería el importe de 300.000 euros por las reparaciones que requieren los vehículos averiados. Para ello, sería necesario acreditar que dichos daños fueron anteriores a la

⁷ *Ibid.*, P. 7.

⁸ PLANA PALUZIE, Álex, “Diferencia entre daño emergente y lucro cesante”, *Entre leyes y jurisprudencia*, (disponible en: <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2017/09/diferencia-entre-dano-emergente-y-lucro.html>; última consulta 14/12/2021).

perfección del contrato de compraventa y que efectivamente la cuantificación de los mismos es correcta mediante informe pericial.

En cuanto al lucro cesante, su aplicación es más restrictiva y requiere una mayor carga de la prueba. Exige acreditar “el nexo causal entre el acto u omisión del causante y el perjuicio patrimonial, que no es sencilla dado que, para la acreditación del nexo causal y la cuantificación de la indemnización, hay que hacer un ejercicio de abstracción”.⁹ Es decir, si dicho acto u omisión creó el daño y si los beneficios se podrían haber obtenido de no ser por el daño causado.

Por tanto, sería necesario acreditar que los vicios que presentaban los vehículos fueron consecuencia de un acto u omisión por parte del vendedor, que además impedían el correcto funcionamiento de los coches y que la empresa no pudo prestar los servicios de *car sharing* con normalidad. Como consecuencia de ello, dicha empresa dejó de percibir las ganancias esperadas debido a los vicios que presentaban los vehículos.

En definitiva, habría que probar que los vicios fueron causados por acción u omisión del Sr. García, que estos vicios no permitieron llevar a cabo el servicio pretendido, que se habrían obtenido beneficios patrimoniales de no existir tales daños y que existe un nexo causal entre el daño causado y los rendimientos dejados de obtener.

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

En primer lugar, no se puede afirmar con certeza que estemos ante un supuesto de incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil, puesto que resulta de vital importancia la fecha en la que se manifestaron los vicios en los vehículos. Es decir, si los vicios fueron posteriores a la celebración del contrato, el Sr. García habría actuado diligentemente y cumplido con las obligaciones que como vendedor le corresponden: entrega y saneamiento de la cosa. Por tanto, el primer paso sería determinar cuando aparecieron los vicios mediante informe pericial y poder concluir que el Sr. García estaba exento de toda responsabilidad. Si los vicios fueron posteriores a la celebración del

⁹ *Ibid.*

contrato, el comprador no podría alegar incumplimiento contractual por parte del vendedor.

Asimismo, es fundamental delimitar con precisión la causa del contrato para resolver la controversia. Establece el artículo 1274 del Código Civil que “en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la parte”. No obstante, como ha señalado la doctrina científica en determinadas ocasiones, nuestro ordenamiento jurídico no ha legislado de manera rigurosa este elemento contractual tan relevante, “ni utiliza una terminología unívoca, pues a veces habla de causa de la obligación y otras de causa del contrato”.¹⁰ En cualquier caso, la doctrina mayoritaria entiende por causa “el propósito de alcanzar la finalidad genérica del negocio o, si se quiere decir de otra manera, la finalidad práctico-social del mismo”.¹¹ De este modo, parece evidente que, en el caso que nos concierne, la causa del contrato es el intercambio del 80% de las participaciones sociales de Car4u por un determinado precio.

El objeto del contrato también es merecedor de un profundo análisis. En este caso, el objeto de la compraventa es la adquisición de la sociedad mediante la compra de la parte mayoritaria de participaciones sociales (80%), más que la adquisición de unos bienes muebles, es decir, los vehículos que necesitaban reparaciones. Por tanto, no parece sostenerse la teoría de que los vicios que presentaban los coches hicieran inhábil la finalidad perseguida por el comprador, pues ello no supone ningún impedimento para la adquisición de las participaciones sociales de Car4u.

De este modo, no cabe apreciar la doctrina de *aliud pro alio* que la contraparte propone. En palabras del Tribunal Supremo, será apreciable el *aliud pro alio* “cuando sea tal la diferencia e inadecuación de lo entregado a lo efectivamente pactado que viene a equivaler a la entrega de una cosa distinta y determina un incumplimiento tal que permite a la parte perjudicada optar por la resolución del contrato”.¹²

¹⁰ DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tomo I, El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, Undécima Edición, 2016, P. 36.

¹¹ *Ibid.*, P. 38.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 111/2018, de 5 de marzo, Fto. Jco. 3º.

En este sentido, es cierto que el fin perseguido con la celebración del contrato de compraventa es importante para determinar que hay *aliud pro alio* pues, como ha señalado la jurisprudencia en repetidas ocasiones, “se produce entrega de cosa distinta cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido para poder cumplir la finalidad que motivó su adquisición”.¹³

No obstante, no puede entenderse en el caso debatido que lo entregado por parte del vendedor sea manifiestamente diferente a lo pactado por el simple hecho de que parte de los activos de la sociedad, los vehículos, presentasen ciertos vicios que, además, no está probado que existiesen en el momento de la celebración del contrato. Como tampoco se puede concluir que la inhabilidad del objeto vendido frustre la finalidad para la que se adquirió. En primer lugar, porque el objeto de la compraventa, como se ha expuesto previamente, son las participaciones sociales de la empresa y, por ende, la propia sociedad, no los activos de esta. Pero, además, tampoco se puede sostener que no se pueda cumplir la finalidad del contrato dado que se pueden llevar a cabo los servicios de *car sharing* con los vehículos que no presentan vicios. En consecuencia, no sería aplicable la doctrina de *aliud pro alio* y, por tanto, no habría incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil.

Otro hecho significativo es la exhaustiva *due diligence* que el comprador había realizado antes de materializar la compraventa. Este punto lo trataremos más a fondo en la tercera pregunta, aunque conviene anticiparlo resumidamente aquí. Los objetivos de una *due diligence*, entre otros, son “identificar aspectos relevantes de la empresa objeto del contrato o que actúe como referente objetivo de las responsabilidades asumidas por el empresario, modular las obligaciones de las partes e identificar áreas de riesgo, o, en su caso, prevenir circunstancias que pudieran originar en futuros incumplimientos”.¹⁴ Por ello, al haber pactado que la parte compradora realizaría dicha *due diligence*, entendemos que la responsabilidad recae sobre ésta en el caso de que los vicios de los coches existiesen en ese momento. De tal forma que no se podría alegar incumplimiento contractual del Sr. García. Cuestión distinta sería si, conociendo los vicios, el Sr. García

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 350/1993, de 7 de abril, Fto. Jco. 2º.

¹⁴ HERNANDO CEBRIÁ, Luis, “La incidencia de la *Legal Due Diligence* (‘revisión legal’) en la contratación mercantil contemporánea”, *Revista de Derecho Mercantil* núm. 260/2006 parte Estudios.

los ocultara para que no pudiesen ser apreciados mediante la realización de la *due diligence*, que no es el caso.

Es preciso destacar de nuevo la importancia del contenido del contrato de compraventa suscrito entre ambas partes. La cláusula de manifestaciones y garantías, como se ha expuesto en la pregunta anterior, es trascendente para la resolución de la cuestión. Según lo dispuesto en el contrato, el vendedor puede estar exento o no de ciertas responsabilidades. Por tanto, habría que acudir al contrato para determinar, en su caso, la exención de responsabilidad del Sr. García por las averías de los vehículos.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que no estamos ante un supuesto de incumplimiento por parte del Sr. García con base en la doctrina de *aliud pro alio*. El comprador no puede resolver el contrato de compraventa amparándose en el incumplimiento contractual por el hecho de que parte de los activos de la sociedad necesitaran reparaciones.

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

El artículo 1461 del Código Civil establece la siguiente disposición general: “El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta”. Por tanto, el vendedor debe de cumplir con estas dos obligaciones: entregar y sanear. En el presente caso, el Sr. García estaría incumpliendo con una de las obligaciones que como vendedor le corresponden: la obligación de saneamiento.

Antes de entrar a valorar si Aussie LTD puede exigir al vendedor el saneamiento por vicios ocultos, conviene contextualizar esta institución jurídica. A tenor del artículo 1484 del Código Civil, el vendedor responderá por vicios ocultos de la cosa “si la hacen impropia para el uso a que se le destina, o disminuya de tal modo ese 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”. Por tanto, en palabras de Díez-Picazo, “no se trata de que

la cosa sea inútil para todo uso, sino para el que motivó su adquisición, debiendo entenderse que fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía a la actividad a la que se dedica el adquirente”.¹⁵

En consecuencia, el eje de la controversia gira entorno a tres cuestiones: si los vicios tienen carácter oculto; si los defectos existentes en los vehículos hacen impropio su uso o disminuye de tal forma que, de haberlos conocido, Aussie LTD no los habría adquirido (acción redhibitoria) o habría dado menos precio por ellos (acción *quantum minoris*); y si Aussie LTD es un perito en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1484 del Código Civil.

En relación con la primera cuestión, entiende la jurisprudencia que los vicios no podrán tener la consideración de ocultos cuando: sean manifiestos o estén a la vista, sean conocidos por el comprador en el momento de la perfección del contrato de compraventa, o sean fácilmente reconocibles por parte de éste por razón del oficio o profesión que ejerza.¹⁶ En este sentido, confirma la jurisprudencia que el carácter oculto del vicio significa que “no es posible advertirlo con una simple inspección de la cosa del modo en que es corriente hacerlo en las operaciones de la compraventa de la clase de cosas de que se trate”.¹⁷

En el presente caso, no se puede deducir de los hechos que los vicios sean manifiestos o estén a la vista. El texto no especifica nada sobre ello, por lo que debemos asumir que no estaban a la vista dado que, de lo contrario, no se podría exigir el saneamiento por vicios ocultos.

Asimismo, no se puede concluir que Aussie LTD conociese los vicios en el momento de la perfección del contrato. Es cierto que, como se desprende del relato fáctico, el comprador identificó una serie de contingencias que provocaron que se ofreciese un

¹⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tomo 2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, Decimosegunda Edición, 2018, P. 44.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 211/2006, de 24 de febrero, Fto. Jco. 2º.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 209/1998, de 21 de octubre, Fto. Jco. 2º. La aludida sentencia consideró necesaria una revisión del motor para la detección del vicio que afectaba a un vehículo. Por tanto, estableció que dicho vicio debía de considerarse oculto al no poder ser apreciado por los compradores.

precio menor al inicialmente pactado. No obstante, ello no implica que dichas contingencias fuesen los defectos posteriormente encontrados en los vehículos y, por ende, no se puede asumir que el comprador fuese conocedor de los vicios.

En relación al reconocimiento por parte del comprador de los vicios por razón de su oficio o profesión, es una cuestión que trataremos en las siguientes líneas. Sin embargo, como veremos más adelante, no se puede considerar que Aussie LTD sea un perito y, por tanto, no podría haber reconocido los vicios de los vehículos. Por todo ello, consideramos que los vicios tienen el carácter de ocultos.

En cuanto a la segunda cuestión, se debe de atender a la gravedad del vicio para determinar si sería aplicable. Es decir, que “la simple ausencia en la cosa de determinadas cualidades, que el comprador creía haber encontrado en ella, no puede estimarse como un vicio redhibitorio. Una cosa es que el objeto vendido carezca de ciertas bondades y otra que positivamente tenga ciertos vicios”.¹⁸ Por tanto, para que el vicio otorgue al comprador la posibilidad de rescisión del contrato de compraventa o la disminución proporcional del precio objeto del mismo debe tener una importancia notable.

En el caso que nos concierne, los vehículos averiados requieren reparaciones por un importe total de 300.000 euros. Independientemente del número de vehículos que necesiten reparaciones, es incuestionable que el vicio que presentan los mismos es más que suficiente como para considerar que concurre un vicio de los que alude el artículo 1484 del Código Civil. Por consiguiente, resulta evidente que, de haber conocido dichos defectos, Aussie LTD hubiese ofrecido un precio menor o incluso no hubiese efectuado la compraventa.

En respuesta a si Aussie LTD debe considerarse un perito según el artículo 1484 del Código Civil, responderemos a ello con mayor profundidad en la siguiente pregunta, aunque conviene ir adelantando la cuestión.

Entiende la jurisprudencia que la expresión “perito” del Código Civil cabe interpretarla “no en el sentido técnico de persona con título profesional en una

¹⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo 10, Madrid, 1910, P. 200.

determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales”.¹⁹

Por consiguiente, no se puede inferir que Aussie LTD tenga las cualidades necesarias para determinar si los vehículos estaban averiados. El comprador, en este caso, es un fondo de inversión que no tiene por qué tener facultades para determinar si los vehículos adquiridos presentaban defectos. Además, es corriente jurisprudencial consolidada no exigir al comprador consultar a un perito para asegurarse de que la cosa objeto de la compraventa no tiene vicios. Es decir, “se tiene en cuenta exclusivamente la preparación técnica del comprador, sin que le sea exigible asesorarse de un perito para verificar el estado de la cosa”.²⁰ Por todo ello, entendemos que no concurren las circunstancias precisas para considerar al comprador como perito a los efectos del artículo 1484 del Código Civil.

Por último, se exige que el vicio sea anterior a la fecha de perfeccionamiento del contrato. De acuerdo con los hechos, no se puede concluir que los defectos se manifestaran después de dicha fecha. De este modo, sería necesario un informe pericial que determinase cuándo aparecieron los vicios para acabar de fundamentar la pretensión.

De estimarse la pretensión, en virtud del artículo 1486 del Código Civil, “el comprador podrá optar entre desistir del contrato (acción redhibitoria) abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una parte proporcional del precio, a juicio de peritos (acción *quantum minoris*)”. Además, el segundo párrafo del citado artículo 1486 del Código Civil señala que el comprador tendrá opción de reclamar una indemnización por daños y perjuicios en caso de que opte por la rescisión del contrato “si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador”.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, [RJ 1984/3799], Cdo. 2º.

²⁰ NÚÑEZ MARTÍ, Amparo, “Vicios ocultos: desde el Derecho romano al Código Civil español”, en Rodríguez Montero, R. (coord.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Lisboa, 2009, P. 2448.

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

a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría el Sr. García?

Para la correcta resolución de la cuestión planteada, habiendo contextualizado el concepto de saneamiento por vicios ocultos en el apartado anterior, es necesario precisar qué entiende la doctrina por *due diligence*, así como qué se entiende por perito a los efectos del artículo 1484 del Código Civil.

En primer lugar, el término *due diligence* “comprende una actividad, en este caso, investigadora, y un resultado o documento, un análisis incorporado a un informe. Este concepto amplio incluye la investigación y solicitud de información al otro empresario respecto de su actividad económica y su solvencia [...] y se extiende a cualquier espacio de la contratación empresarial que sea relevante para la actividad de la otra parte”,²¹ con diversos objetivos que ya han sido comentados en apartados anteriores.

Como sabemos, Aussie LTD realizó una exhaustiva *due diligence* antes de la celebración del contrato de compraventa. De la relación fáctica descrita podemos concluir que el Sr. García, en representación de Car4u, otorgó toda la documentación necesaria y dio acceso a las instalaciones a la compradora. Por tanto, el deber de información de la parte vendedora queda probado, no hay ninguna traba u obstáculo para la realización de la *due diligence*.

Así, el hecho de que se realizara la *due diligence* en las circunstancias en las que se llevó a cabo, exime de responsabilidad al Sr. García. Señala el siguiente artículo doctrinal que “la existencia de informes periciales excluye la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos y *culpa in contrahendo*, y esta responsabilidad únicamente alcanza a la derivada de las deficiencias en los informes periciales que sean imputables al vendedor si no existieren los referidos informes”.²² Es decir, que cuando intervienen terceros profesionales en la elaboración de la *due diligence* y la parte compradora ha otorgado

²¹ *Op. cit.*, HERNANDO CEBRIÁ, Luis.

²² *Op. Cit.*, HERNANDO CEBRIÁ, Luis.

toda la información y datos necesarios, la responsabilidad por cualquier deficiencia en el proceso se traslada a los terceros intervinientes.

En este caso, como argumentaremos más adelante, debemos considerar a Aussie LTD como perito dada la actividad profesional que se desarrolla en el seno de su empresa. Pero incluso si no se nos otorgara esta pretensión, el Sr. García tampoco respondería al haber actuado unos asesores que la propia parte compradora contrató y que indudablemente son peritos a estos efectos. Así, Aussie LTD como mucho podría reclamar la responsabilidad de los vicios ocultos a sus asesores por las deficiencias derivadas de la *due diligence* que realizaron al no apreciar los vicios que, supuestamente, existían en aquel momento; pero en ningún caso podría reclamarlo al Sr. García. Esta afirmación se sustenta también sobre la base de que “el deber de información del comprador se equilibra con el deber de informarse diligentemente que recae sobre el inversor”,²³ por lo que el Sr. García quedaría exento de toda responsabilidad.

Por otro lado, se establece que Aussie LTD identificó una serie de contingencias que causaron que ofreciese un precio menor al previamente pactado. En el caso de que estas contingencias fuesen los vicios ocultos de los vehículos, Aussie LTD ya habría ejercido la acción *quantum minoris* al ofrecer un precio menor y aceptarlo el Sr. García, por lo que no se sustentaría su pretensión de exigir el saneamiento por vicios ocultos.

En cualquier caso, conviene hacer referencia a la siguiente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que, en un proceso muy similar al presente, determinó que el hecho de que se descubra una contingencia en la *due diligence* “no significa que constituya un vicio oculto, y no lo es porque se ha identificado, o al menos la compradora y sus asesores se encontraban indiscutiblemente en predisposición para detectarlo, tanto por la documentación facilitada por la vendedora como por la experiencia y cualificación profesional de aquellos asesores, en los términos apuntados”.²⁴

Esta afirmación del mencionado Tribunal es aplicable a nuestro caso pues, con arreglo a la documentación que el Sr. García entregó a la parte compradora y la cualificación y experiencia de Aussie LTD, así como de los asesores que contrató para la compraventa

²³ *Ibid.*

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 118/2020, de 3 de junio, Fto. Jco. 4º.

de participaciones sociales, no se puede concluir que las contingencias fuesen los vicios ocultos que fundamentan la pretensión del saneamiento de la parte compradora.

En cuanto a la segunda cuestión, como ya hemos comentado anteriormente, concluye la doctrina jurisprudencial que “el concepto de perito utilizado en el texto legal no tiene carácter formal, y este artículo no se refiere a una persona con titulación oficial, sino a quien tiene conocimientos prácticos en el concreto sector económico en el que se desarrolla el contrato celebrado”.²⁵ De manera que el artículo 1484 del Código Civil “concreta el carácter de oculto del vicio en función de los conocimientos de cada comprador para descubrirlo en línea con el requisito de la excusabilidad del error de modo que, aun siendo oculto el vicio, si es conocido, o debiera serlo, por el comprador tampoco es oportuno el saneamiento”.²⁶

Tomando en consideración que el objeto de la compraventa es la propia sociedad que ofrece el servicio de *car sharing* y que el comprador es un fondo de inversión, sin pasar por alto el hecho de que se asesoraron de expertos para realizar una *due diligence* e identificar posibles contingencias, debemos afirmar que Aussie LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 del Código Civil.

La jurisprudencia establece que la noción de perito se debe interpretar como la “persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales”.²⁷ En este sentido, la adquisición de participaciones sociales es la principal actividad que realiza todo fondo de inversión, es decir, que entra dentro de la actividad normal que de común realizan estas instituciones. Por ello, parece evidente que, en virtud del trabajo profesional que habitualmente desarrollan los fondos de inversión, Aussie LTD tiene las facultades necesarias para conocer las complejidades que surgen de la compraventa de una sociedad y debía de haber identificado cualquier contingencia. Por tanto, debemos de considerar a la parte compradora como perito a los efectos del Código Civil.

²⁵ *Op. Cit.*, NÚÑEZ MARTÍ, Amparo, P. 2449.

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 351/2019, de 3 de junio, Fto. Jco. 3º.

²⁷ *Op. Cit.*, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, [RJ 1984/3799], Cdo. 2º.

Por último, reiteramos que el objeto de la compraventa es la propia sociedad mediante la adquisición del 80% de las participaciones sociales y no los activos de ésta. Partiendo de esta afirmación, los vicios en los que se fundamenta el saneamiento se manifestaron en los activos de la sociedad. En concreto, en los vehículos que la empresa utiliza para ofrecer el servicio de *car sharing*. Por tanto, no se podría aplicar el saneamiento por vicios ocultos al encontrarse estos en los activos y no en las participaciones sociales, que es lo que verdaderamente ha adquirido el comprador.

En síntesis, considerando todo lo relativo a la *due diligence* que realizó Aussie LTD, el hecho de que el comprador sea un perito de acuerdo con el artículo 1484 del Código Civil y que los vicios se encontraban en los activos de la empresa, no es viable el saneamiento por vicios ocultos que pretende la parte compradora.

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

En primer lugar, no se puede concluir, como la contraparte propone, que el hecho de que Aussie LTD haya realizado un proceso exhaustivo de *due diligence* previo a la compraventa exonere automáticamente de responsabilidad a la parte vendedora.

Antes de entrar a valorar como afecta la elaboración de la *due diligence* a efectos de determinar las responsabilidades de las partes, conviene señalar que en el encargo profesional de la *due diligence* es práctica frecuente hacer expresa mención de las responsabilidades asumidas por cada una de las partes durante el proceso de revisión de la empresa.²⁸ También es práctica contractual común las denominadas *entire agreement clause*, en virtud de las cuales se establece que “los datos que no puedan ser conocidos por el inversor a través del proceso de *due diligence*, y de los cuales resultaren responsabilidades, habrán de ser asumidos por el titular de la empresa objetivo”.²⁹ De manera que resulta de vital importancia lo que hayan pactado las partes con carácter previo a la *due diligence* y habrá que atenerse a ello.

En cualquier caso, la *due diligence* ejerce una función protectora para el comprador frente a posibles contingencias o eventualidades que puedan surgir de la compraventa.

²⁸ *Op. Cit.*, HERNANDO CEBRIÁ, Luis.

²⁹ *Ibid.*

No obstante, esto no implica que al realizar la *due diligence* y no haber encontrado los vicios que presentaban los coches tenga que responder el comprador por su mala *praxis*. De hecho, todo lo contrario. Debe de responder el vendedor por ocultar dolosamente los vicios de los vehículos para que fueran indetectables por la *due diligence* y sólo se pudieran revelar por un perito con las capacidades técnicas suficientes en la materia.

Señala la doctrina que debe de primar el principio de buena fe en la relación contractual en el momento de realizar la *due diligence*, que “exige que el empresario comunique los datos relevantes relativos a las características materiales de la empresa y su actuación en el mercado”.³⁰ Principio que indudablemente está siendo quebrantado por la parte vendedora al no poner de manifiesto la información relativa a las deficiencias en los vehículos.

En cuanto a las contingencias encontradas, en ningún caso afirmamos que sean los vicios ocultos que fundamentan la pretensión de Aussie LTD, precisamente porque dejarían de ser ocultos si ya han sido puestos de manifiesto con la *due diligence*. Es decir, son dos cosas independientes. Por un lado, las contingencias que se encontraron con la *due diligence* y por las que el comprador acabó ofreciendo un precio menor al pactado, y por otro lado los defectos de los coches que no fueron detectados con la *due diligence* y por los que el Sr. García debe responder.

Asimismo, tampoco podemos considerar que Aussie LTD sea un perito a los efectos que prevé el Código Civil y que por ello deba responder de los vicios ocultos.

Aussie LTD, como bien se ha precisado en la anterior pregunta, es un fondo de inversión que efectivamente participa en procesos muy semejantes al presente mediante los cuales adquiere distintas sociedades. Ahora bien, ello no supone que deba ser considerado perito. Es cierto que debe saber como gestionar las complejidades que involucran la compraventa de una sociedad al ser la actividad que de común desarrolla. Cuestión distinta es que por ello deba de saber reconocer cuando unos vehículos están averiados.

³⁰ *Ibid.*

En este sentido se pronuncia la siguiente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, en un caso con muchas semejanzas al presente, determinó que “los demandantes ocultaron los datos que constan en autos obligando a los compradores a asumir las reparaciones [...], los vicios eran ciertamente ocultos y sólo persona perita en la materia, que no es el presente caso, podía deducir las consecuencias que luego quedaron demostradas en la realidad”.³¹

En el presente caso, tampoco se puede inferir que Aussie LTD ni sus asesores sean expertos en la materia. La jurisprudencia en múltiples ocasiones ha afirmado que el perito es la “persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales”.³² Por tanto, no se puede concluir que el comprador sea perito dado que no tiene los conocimientos técnicos necesarios para detectar averías en los vehículos. No entra dentro de sus competencias profesionales saber discernir si un coche requiere de reparaciones o no, por lo que no se sostiene la hipótesis de condición de perito del comprador.

Como tampoco se puede sustentar el argumento de que no procede el saneamiento por vicios ocultos porque el objeto de la compraventa sean las participaciones sociales y no los activos de la sociedad. Principalmente porque debemos entender la empresa como un conjunto. Lo que adquiere el comprador es la sociedad en su conjunto mediante la compra del 80% de las participaciones sociales, y la sociedad comprende los activos de ésta. Por tanto, que los vicios estén en los activos de la sociedad no puede servir como premisa para fundamentar que no forman parte del objeto de la compraventa. Los coches, como cualquier otro activo de la empresa, son parte de la misma y como tal deben transmitirse al comprador sin ningún vicio oculto.

En definitiva, creemos que no son válidos los argumentos de la parte vendedora por la cual se opone al saneamiento por vicios ocultos. Ni Aussie LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 del Código Civil, ni exonera de responsabilidad al vendedor el hecho de que se haya realizado una *due diligence* previa al proceso de

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 486/2005, de 4 de noviembre, Fto. Jco. 3º. La citada sentencia consideró responsables a los vendedores de unos defectos encontrados en el inmueble vendido por ocultarlos expresamente, siendo imperceptibles por persona que no fuese perito en la materia.

³² *Op. Cit.*, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, [RJ 1984/3799], Cdo. 2º.

compraventa. Por tanto, consideramos que debe de prosperar la pretensión del saneamiento por vicios ocultos.

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

La cláusula *rebus sic stantibus*, cuya traducción literal es “mientras continúen así las cosas”, es una elaboración jurisprudencial que, pese a no haber tenido un reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento jurídico, permite revisar las obligaciones contractuales a la parte que haya resultado perjudicada por un cambio derivado de circunstancias extraordinarias nuevas, que en el momento de la celebración del contrato no existían.³³

No obstante, “la jurisprudencia en España ha mostrado siempre un recelo a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, exigiendo para ello una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al momento de cumplir el contrato en relación con las existentes al concluirlo, que dé origen a una desproporción exorbitante entre las prestaciones, y que sea tal alteración radicalmente imprevisible”.³⁴

Visto lo anterior, podemos concluir que los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* son esencialmente tres:

- a) “alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;
- b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y
- c) que todo ello acontezca por la sobreviniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles”.³⁵

³³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, “Ajustes unilaterales en las condiciones económicas por excesiva onerosidad sobrevenida”, *Revista de Justicia Laboral número 31/2007*, Valladolid, 2007.

³⁴ *Op. Cit.*, DÍEZ-PICAZO, Luis, pp. 259-260.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 129/2001, de 20 de febrero, Fto. Jco. 2º. Doctrina que a su vez sostienen, entre otras, las SSTs de 15 de marzo de 1972 [RJ 1972/1252], 19 de abril de 1985 [RJ 1985/1804], 17 de mayo de 1986 [RJ 1986/2725], 6 de octubre de 1987 [RJ 1987/6720], 16 de octubre de

Además, señala la jurisprudencia una serie de características fundamentales que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:

- a) “La cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida;
- b) sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales;
- c) es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente;
- d) su admisión requiere el cumplimiento de los tres requisitos vistos anteriormente;
y
- e) en cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”.³⁶

En lo referente a las medidas cautelares, reguladas en los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece el ordenamiento jurídico que para su adopción son necesarios tres requisitos:

- a) el *periculum in mora*, entendido como “la existencia de un riesgo de transformación de la situación fáctica sobre la que deba recaer la resolución a adoptar en el proceso principal, que determine su posible inexecución, ya sea total o parcial”;³⁷
- b) la apariencia de buen derecho, que como señala el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige que el solicitante de las medidas cautelares presente pruebas y datos que permitan al Tribunal “fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”; y
- c) la prestación de caución, que a tenor del citado artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deberá otorgar “para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado”.

1989 [RJ 1989/6927], 21 de febrero [RJ 1990/707], 23 de abril de 1991 [RJ 1991/3023] y 6 de noviembre de 1992 [RJ 1992/9226].

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989, [RJ 1989/6927], Fto. Jco. 6º.

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 292/2006, de 6 de julio, Fto. Jco. 2º.

En virtud del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se podrán solicitar medidas cautelares *inaudita parte*, para lo cual habrá de acreditarse que “concurren razones de urgencia o la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar”.

Habiendo contextualizado la cláusula *rebus sic stantibus*, así como los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, procederemos a la aplicación de estas figuras al caso presente.

a. Argumentos a favor

Car4u solicita medidas cautelares *inaudita parte* para suspender durante un año el pago de los intereses devengados, así como las cuotas del principal que debería de pagar en agosto y diciembre, invocando la cláusula *rebus sic stantibus*. A continuación, veremos por qué debe proceder la solicitud.

En primer lugar, parece claro que el requisito de la alteración extraordinaria de las circunstancias se cumple con creces. La pandemia y el consiguiente estado de alarma obligó a todos los ciudadanos a quedarse en sus casas. Esto provocó que el servicio de *car sharing* ofrecido por la empresa fuese completamente inútil y, por ende, que sus ingresos disminuyeran de manera drástica. Por lo que podemos afirmar con rotundidad que las circunstancias desde que se celebró el contrato de préstamo con la entidad financiera hasta que se solicitan las medidas cautelares han cambiado significativamente. De no haber sido por esta alteración extraordinaria en las circunstancias, Car4u probablemente no habría celebrado el contrato de préstamo con las mismas estipulaciones.

La desproporción entre las pretensiones de las partes también concurre. La pandemia provocada por el Covid-19 causó que Car4u dejara de tener liquidez y no pudiese ofrecer el servicio que tan buenos resultados había dado hasta la fecha. No se puede sostener que la obligación del pago de intereses, así como de la cuota del principal como se había pactado con carácter previo al estallido de la pandemia, sea proporcional y acorde a las circunstancias que concurrieron después. Se ha dado un desequilibrio en la relación contractual cuya consecuencia en las pretensiones de las partes perjudica gravemente a

Car4u. De manera que la única solución que parece factible es la de suspender los pagos durante un año invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.

En concordancia con esta afirmación, señala la siguiente sentencia que al tratarse de una “situación extraordinaria, pandemia a nivel mundial que ha restringido de forma drástica los derechos de las personas, limitando su libre circulación, influye en la base del negocio”,³⁸ tal y como ocurre en nuestro caso. La base del negocio, que no es otro que el servicio de *car sharing*, estaba siendo gravemente perjudicado por las medidas impuestas a raíz de la pandemia.

En cuanto al carácter imprevisible de lo acontecido, es evidente que se cumple. Por más que se pretendan prevenir situaciones financieras complicadas o crisis económicas que puedan afectar al desarrollo de tu actividad económica, prever una pandemia con sus devastadores efectos económicos es imposible. Es incuestionable que este último requisito se cumple. Por tanto, podemos afirmar que esta crisis afectó gravemente al modelo de negocio de la empresa y a los resultados que eran predecibles o esperables.

Sentado lo anterior, conviene hacer mención a la siguiente sentencia del Tribunal Supremo que determinó que “en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato [...]. La actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”.³⁹ Por lo tanto, con base en esta conclusión y en el objetivo de la justicia de adaptarse a la realidad social imperante, debemos de considerar aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*.

³⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia núm. 176/2021, de 1 de septiembre, Fto. Jco. 1º.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 de junio, Fto. Jco. 2º. La citada sentencia hace referencia a la crisis económica vivida en España alrededor de los años 2008 a 2014.

En cuanto a la procedencia de las medidas cautelares *inaudita parte*, las razones de urgencia que justifican la no audiencia del demandado ya han quedado argumentadas por todo lo expuesto sobre la crisis de la pandemia. La doctrina señala que la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* “exige acreditar pérdidas económicas en la empresa e imposibilidad, por causa sobrevenida de hacer frente al pago”.⁴⁰ Es indudable que la situación financiera de Car4u ha quedado gravemente dañada por la pandemia que, además, no ha permitido desarrollar el modelo de negocio de la empresa.

Por otro lado, el *periculum in mora* correspondería con el perjuicio económico irreversible que le causaría a Car4u tener que abonar los intereses y las cuotas del principal conforme a lo pactado por las partes antes de la pandemia y que frustraría la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La apariencia de buen derecho queda justificada con todo lo expuesto sobre la crisis derivada de la pandemia y el cumplimiento de los requisitos para la concurrencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, que avala nuestra pretensión y manifiesta la gran probabilidad de que se estime.

En conclusión, queda probado que se cumplen los requisitos para la adopción de la medida cautelar *inaudita parte*, así como los relativos a la cláusula *rebus sic stantibus*. Por ello, consideramos que se deben de suspender los pagos derivados del contrato de financiación durante un año con base en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

b. Argumentos en contra

En primer lugar, parece evidente que las consecuencias derivadas de la pandemia han sido extraordinarias e imprevisibles. No obstante, ello no implica la aplicación sistemática de la cláusula *rebus sic stantibus*.

⁴⁰ IBÁÑEZ PUENTE, Celia, “Adopción *inaudita parte* de las medidas cautelares y su relación con la cláusula *rebus sic stantibus*”, *ILP Abogados*, 2021 (disponible en: <https://www.ilpabogados.com/adopcion-inaudita-parte-de-las-medidas-cautelares-y-su-relacion-con-la-clausula-rebus-sic-stantibus/>; última consulta: 26/12/2021).

Adelantábamos en los párrafos introductorios de esta pregunta que “es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente”⁴¹ y que “su aplicación exige el cumplimiento de los tres requisitos vistos”.⁴²

Pese a que se cumplan dos de los requisitos, la alteración extraordinaria de las circunstancias y el carácter imprevisible de las mismas, no podemos afirmar que se cumpla el segundo: la “desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones”.⁴³

Consideramos que no procede este requisito porque no se ha dado el desequilibrio que requiere la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en las prestaciones de las partes. No queda justificada la mayor onerosidad o perjuicio en sus prestaciones más allá de que sus resultados financieros hayan empeorado con respecto al anterior año.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, que señala que “la jurisprudencia ha sido marcadamente restrictiva en la aceptación de la referida cláusula en cuanto que autoriza excepcionalmente la revisión de alguna cláusula del contrato en aquellos casos en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevisibles resulta extremadamente oneroso para una de las partes”.⁴⁴ En el caso debatido no se puede considerar que haya causado mayor onerosidad en relación con las prestaciones que como parte del contrato de préstamo le corresponden a Car4u.

En consecuencia, “no basta con invocar genéricamente su aplicación, sino que es preciso aportar una justificación concreta de los presupuestos que se enuncian y determinan su aplicación al caso concreto, lo que requiere acreditar, en qué se traduce la mayor onerosidad del contrato, por la alteración extraordinaria de las circunstancias con motivo de la crisis económica”.⁴⁵ Justificación que no se da en el presente caso.

Además, teniendo en cuenta que es una creación doctrinal cuya aplicación, como hemos apuntado en repetidas ocasiones, ha sido siempre restrictiva y que nuestros

⁴¹ *Op. Cit.*, Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989, [RJ 1989,6927], Fto. Jco. 6º.

⁴² *Ibid.*, Fto. Jco. 6º.

⁴³ *Op. Cit.*, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 129/2001, de 20 de febrero, Fto. Jco. 2º

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998, [RJ 1998, 2562], Fto. Jco. 3º.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 372/2015, de 16 de octubre, Fto. Jco. 3º.

tribunales han adoptado en limitadas ocasiones con recelo, consideramos que no procede la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Por último, sería necesario también acudir al contrato de financiación suscrito entre las partes, pues es práctica habitual que se introduzca la cláusula *Material Adverse Change*, en virtud de la cual se prevén “ciertas circunstancias sobrevenidas (aquellas que afecten de manera sustancial al negocio, a la capacidad de repago del deudor o a los mercados financieros, entre otras) que, de darse, facultan al acreedor a resolver el contrato anticipadamente. Suele ser el deudor quién asume el riesgo de aparición de estas circunstancias, entre las que sin duda encajaría la aparición de una pandemia, salvo expresa exclusión”.⁴⁶ Por tanto, de haberse pactado esta cláusula entre las partes, no procedería la aplicación de la *rebus sic stantibus*.

Por tanto, no proceden las medidas cautelares pues, aunque se puedan llegar a apreciar las razones de urgencia que justificarían la adopción *inaudita parte* de medidas cautelares, no concurren el resto de requisitos.

El *periculum in mora* no concurre porque no se puede afirmar que el cumplimiento del contrato de préstamo por parte de Car4u vaya a causar un perjuicio irreparable a la empresa.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, existen dudas más que razonables de que vaya a prosperar la pretensión de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Como hemos analizado, no se cumplen todos los requisitos necesarios. Por ende, no es previsible que se vaya a dictar una resolución favorable para Car4u.

Por todo lo expuesto, no procede la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* pues, como hemos analizado, no concurren todos los requisitos que exige la doctrina jurisprudencial, como tampoco se satisfacen los requisitos para la adopción de medidas cautelares. Por ello, el Tribunal debería de denegar la solicitud de suspensión durante un año del pago de los intereses devengados, así como de las cuotas del principal.

⁴⁶ FABRÉ, Joaquín, “La aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en los contratos de financiación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 972/2021.

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

a. Argumentos a favor

En caso de que lo que Car4u pretendiese suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas, también sería aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*. Consideramos que todos los requisitos se cumplen.

La alteración extraordinaria de las circunstancias con respecto al momento en que se celebró el contrato es evidente. Como hemos expuesto con anterioridad, las medidas impuestas por el Gobierno a raíz de la pandemia han traído consecuencias devastadoras para la economía nacional en general, pero específicamente para el sector terciario. En consecuencia, es incuestionable que las circunstancias que motivaron a Car4u a celebrar el contrato han cambiado ostensiblemente, lo que le ha llevado a exigir la suspensión del pago de las rentas de arrendamiento de las oficinas.

La desproporción exorbitante entre las pretensiones de las partes también se cumple, pues las consecuencias de la pandemia han causado un grave perjuicio para Car4u en relación con el contrato de arrendamiento de las oficinas. Más aún teniendo en cuenta que las oficinas se encontraban en una zona confinada a la que no han podido acceder durante un periodo de cinco meses. Hay un claro desequilibrio contractual derivado de la mayor onerosidad que le ha causado a Car4u el hecho de no poder ofrecer el servicio de *car sharing*, que indudablemente es la base del negocio, y no haber podido acceder a las oficinas objeto del arrendamiento. Por tanto, es evidente que el daño causado a su modelo de negocio, sumado al hecho de que las oficinas estaban situadas en una zona confinada, ha creado una absoluta desproporción en las prestaciones de las partes.

El carácter imprevisible de la pandemia consideramos que no merece mayor discusión por todo lo expuesto hasta ahora. Es claro que no se podría haber previsto ni evitado el daño causado.

En este sentido, el Tribunal Supremo afirmó en 2014 la existencia de “una tendencia hacia la aplicación normalizada de la figura”,⁴⁷ reconocible en sentencias anteriores,⁴⁸ en donde se declaraba que la crisis económica de 2008, “de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”,⁴⁹ sin obviar la ineludible aplicación casuística que merece la cláusula *rebus sic stantibus*.

En relación con la pandemia, esta corriente jurisprudencial ha sido la que, hasta ahora, han seguido los Tribunales que se han pronunciado respecto a estas cuestiones. Así, el Juzgado de Primera Instancia de Murcia consideró la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus* fundamentando que “la nueva situación ha implicado una alteración en la base del negocio” y que dicha alteración ha causado “un perjuicio grave y excesivamente oneroso para una de las partes”.⁵⁰

Como también se ha pronunciado siguiendo esta tendencia el Juzgado de Primera Instancia de Benidorm que, en un auto por el que estimaba la adopción de medidas cautelares con base en la cláusula *rebus sic stantibus*, consideró que se daba una “alteración impredecible y sobrevenida a las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, que afectó extraordinariamente a la actividad comercial que se venía ejerciendo en el local arrendado”.⁵¹

Además, la finalidad del contrato también se está viendo frustrada por las circunstancias extraordinarias de la pandemia. En nuestro caso, la finalidad del contrato, que es el empleo del local arrendado por parte de Car4u a cambio de una contraprestación, se está viendo afectada por las medidas impuestas al estar la zona confinada y no poder prestar el servicio que la empresa ofrece.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2014, de 15 de octubre, Fto. Jco. 3º.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 820/2012, de 17 de enero y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 822/2012, de 18 de enero.

⁴⁹ *Op. Cit.*, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2014, de 15 de octubre, Fto. Jco. 3º.

⁵⁰ *Op. Cit.*, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia núm. 176/2021, de 1 de septiembre, Fto. Jco 1º. La citada sentencia estimó la aplicación de la *rebus sic stantibus* en un contrato de arrendamiento de local de negocio en el contexto de la pandemia.

⁵¹ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm núm. 162/2020, de 7 de julio, Fto. Jco. 1º. Este auto también se refiere a un contrato de arrendamiento de local comercial en el contexto de la pandemia.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, la siguiente sentencia declaró la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, con motivo de la pandemia, al producirse “una alteración extraordinaria de los elementos tenidos en cuenta al firmar el contrato” y que esa alteración causara “una frustración en la propia finalidad del mismo”.⁵²

Asimismo, conviene precisar que “la aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo”.⁵³ En el caso debatido, nos encontramos ante un contrato de arrendamiento, es decir, un contrato de tracto sucesivo. Por tanto, también se cumple esta última premisa.

A la espera de que el Tribunal Supremo dicte las resoluciones que considere pertinentes, todo hace indicar que la tendencia jurisprudencial que seguirá ante la situación de incertidumbre causada por la pandemia será la de admitir la cláusula *rebus sic stantibus* con base en la absoluta imprevisibilidad, la alteración de las circunstancias y el desequilibrio que ha causado en las relaciones contractuales, a pesar del carácter restrictivo con el que venían aplicando esta institución jurídica. No obstante, se puede apreciar una cierta inclinación hacia la flexibilización de la operatividad de la cláusula *rebus sic stantibus* en las sentencias analizadas del Tribunal Supremo de 2014 con motivo de la crisis económica, frente a la tradicional jurisprudencia que la venía admitiendo de manera absolutamente excepcional.

En consecuencia, consideramos que concurren los requisitos para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. No sólo por la alteración de las circunstancias que llevaron a las partes a firmar el contrato, la mayor onerosidad que ha causado a una de las partes y la imprevisibilidad, sino también debido a que la finalidad del contrato se está viendo frustrada por la pandemia. Por tanto, se deberían de suspender el pago de las rentas de arrendamiento del local de oficinas.

⁵² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona núm. 1/2021, de 8 de enero, Fto. Jco. 2º.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 156/2020, de 6 de marzo, Fto. Jco. 4º.

b. Argumentos en contra

La cláusula *rebus sic stantibus* es una herramienta jurídica que puede ser muy útil, pero también peligrosa, y como tal no debe de aplicarse sistemáticamente cuando estemos ante una situación de crisis económica.

El Tribunal Supremo reconoció, con motivo de la crisis económica de 2008, que “fue un acontecimiento imprevisible y extraordinario. La *rebus sic stantibus* no debe aplicarse de forma general o automática en situaciones de crisis, sino que debe valorarse caso por caso la incidencia real de la crisis en cada relación contractual y su vínculo causal con la alteración significativa del equilibrio contractual”.⁵⁴ Por tanto, en aplicación de los requisitos de la *rebus sic stantibus* a nuestro caso concreto, consideramos que no procede.

Podemos afirmar que se cumplen la alteración extraordinaria de las circunstancias y el carácter imprevisible de las mismas, pero no el desequilibrio prestacional como consecuencia de la pandemia.

No se especifica en qué se traduce la mayor onerosidad que estaría causando el desequilibrio contractual en el contrato de arrendamiento. Simplemente se pone de manifiesto un descenso en los resultados financieros de Car4u que en ningún caso justifican la concurrencia de este requisito. La relación contractual entre Car4u y el arrendador de las oficinas no se ha visto afectada por la pandemia más allá de que la gran parte de empresas españolas hayan sufrido un perjuicio económico como consecuencia de la crisis económica y sanitaria sufrida.

Así, el Tribunal Supremo declaró que la cláusula *rebus sic stantibus* “trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Aunque esta regla ha sido reconocida por la jurisprudencia, siempre lo ha hecho de manera muy cautelosa, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC, de que

⁵⁴ COLINO, Javier, “Aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en los arrendamientos de locales de negocio”, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 977/2021.

los contratos deben ser cumplidos”.⁵⁵ En nuestro caso, como adelantábamos, no queda probado el aumento en el coste de las prestaciones de Car4u.

Por ello, concluimos que no existen elementos fácticos que permitan apreciar la mayor onerosidad para Car4u y, por consiguiente, el desequilibrio contractual que justificaría la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, habrá que valorar caso por caso la incidencia que tengan estas circunstancias extraordinarias en cada relación contractual.⁵⁶ No debemos automatizar la operatividad de la cláusula *rebus sic stantibus* en una situación de crisis económica, pues causaría una gran inseguridad jurídica.

Siguiendo estas directrices jurisprudenciales se pronunció recientemente la Audiencia Provincial de Madrid, en un caso muy similar al presente, en el que denegó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un contrato de arrendamiento de local de negocio por la falta de acreditación “de la incidencia de la situación de emergencia sanitaria y económica provocada por el Covid-19 en el negocio de peluquería a que destinaba el local arrendado”.⁵⁷

En definitiva, con base en análisis realizado, estimamos que la incidencia de estas circunstancias no es suficiente como para apreciar la concurrencia de la cláusula *rebus sic stantibus*. No se cumplen todos los requisitos que justifican la admisión de la mencionada figura jurídica como excepción al principio de *pacta sunt servanda*. Por tanto, Car4u no puede suspender el pago de las rentas de arrendamiento del local de oficinas.

2.6 ¿Qué puede hacer Aussie LTD ante esta situación?

La participación y colaboración del Sr. García en la empresa Car4mi constituye un acto de incumplimiento del pacto de no competencia post contractual que tenían suscrito

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5/2019, de 9 de enero, Fto. Jco. 2º.

⁵⁶ *Op. Cit.*, COLINO, Javier.

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 317/2021, de 16 de septiembre, Fto. Jco. 3º.

ambas partes y, en consecuencia, un acto de competencia desleal con respecto a la sociedad Car4u. Además, nos encontramos ante un acto de imitación que se traduce en un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno al replicar, no sólo el nombre comercial de la empresa, sino también los métodos de trabajo, las campañas publicitarias y las estrategias de mercado. A continuación, iremos deslindando cada una de las cuestiones de manera individual con la finalidad de facilitar su comprensión.

- Pacto de no competencia post contractual.

Es práctica frecuente que las partes en una relación laboral acuerden un pacto de no competencia post contractual. El artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, “ET”) señala que “no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan”. Lo que permite a contrario afirmar, como regla general, la posibilidad de concurrencia laboral.⁵⁸

Además, señala el apartado 2 del citado artículo 21 del ET que “el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes: que el empresario tenga un efectivo interés industrial en ello y que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada”.

En el caso debatido, Aussie LTD y el Sr. García incluyeron una obligación específica en el contrato en virtud de la cual este último no podía operar directamente o a través de terceros en el mercado de *car sharing* durante al menos un periodo de 10 años, así como emplear el *know-how* de Car4u sin su permiso.

Pese a que pueda parecer que se debe declarar nulo el pacto de no competencia dada la desorbitada duración del mismo, conviene hacer mención al artículo 9.1 del ET, cuyo tenor literal dispone que “si resultase nulo sólo una parte del contrato de trabajo, éste

⁵⁸ LUJÁN ALCARAZ, José, “El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, 1997.

permanecerá válido en lo restante y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados”. Con esta afirmación, precisa el Tribunal Supremo, se consagra “el régimen común de la nulidad parcial del negocio jurídico, consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a preceptos imperativos y su preceptiva sustitución por el contenido por las normas de Derecho necesario eludidas, evitando así el fraude de ley e integrando -frente a la nulidad parcial conservadora- lo que se denomina nulidad parcial coactiva o imperativa”.⁵⁹

Por tanto, podemos concluir que, en el caso que nos concierne, el establecimiento de un pacto de no competencia por una extensión de diez años es nulo en dicha extensión temporal, pero no en la que le correspondería de dos años dado el carácter técnico del Sr. García según lo dispuesto en el artículo 21.2 del ET. Como las vulneraciones que analizaremos a continuación por parte del Sr. García se produjeron meses después de la celebración de la compraventa, entran dentro del límite de los dos años.

Como se desprende del relato fáctico de los hechos, este pacto de no competencia queda claramente vulnerado. La máxima accionista de la empresa Car4mi es Dña. Beatriz Madariaga, persona con la que el Sr. García convive desde el principio de la pandemia. Recordemos que la empresa Car4mi surge tan sólo unos meses después de superada la pandemia. En consecuencia, no sólo está vulnerando el pacto de no concurrencia suscrito sino que, como veremos más adelante, también se están llevando a cabo actos de inducción a la infracción contractual.

- Inducción a la infracción contractual.

El artículo 14 de la Ley 3/1991⁶⁰ (en adelante, “Ley de Competencia Desleal”) precisa en el segundo apartado que “la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”. Por tanto, se incluyen dos modalidades de actos desleales: la inducción a la

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, [RJ 2009,1444], Fto. Jco. 2º.

⁶⁰ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de una infracción contractual no inducida.

En relación con la modalidad de inducción a la terminación regular de un contrato, que es ante la que nos encontramos en nuestro caso, señala la doctrina científica que “la actuación del agente debe consistir en el ejercicio de una influencia suficiente o relevante sobre otra persona encaminada y objetivamente adecuada para determinarla a finalizar una relación contractual de la que es parte. Además, debe destacarse que no es necesario que el inducido efectivamente termine regularmente el contrato, sino que lo relevante es la aptitud objetiva de la conducta del inductor para el logro de ese fin, con independencia de que se consiga o no”.⁶¹

En el caso debatido, hay elementos fácticos suficientes como para considerar que concurre esta modalidad de actuación desleal. Varias de las empresas con las que Car4u tenía suscritos convenios de colaboración deciden pasarse a la competencia. Esto no es fruto de la casualidad, sino que el inductor ha sido el Sr. García. Así se deduce del correo electrónico mandado por la directora de la empresa Ramiro Investments S.A. (en adelante, “RIS”), empresa con la que Car4u tenía suscrito el convenio de colaboración más importante. En dicho correo, enviado por error a Aussie LTD, se especifica que el Sr. García, que lleva meses en contacto con la directora de RIS, ha inducido a RIS a colaborar con Car4mi como consecuencia de los supuestos problemas que Car4u presenta según el Sr. García.

Conviene en este punto precisar que, para que la conducta pueda calificarse como desleal, “no sólo debe inducirse a la terminación regular del contrato, sino que dicha inducción debe estar basada en el empleo de medios desleales y actuaciones contrarias a la buena fe objetiva”.⁶²

De esta manera, se cumple el requisito que exige el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal por dos motivos. En primer lugar, dado que Car4mi comparte estrategias de mercado, formas de trabajar y campañas publicitarias, debemos considerar

⁶¹ PETIT LAVALL, M^a Victoria, “La infracción contractual como conducta desleal”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 11/2011.

⁶² *Op. Cit.*, PETIT LAVALL, M^a Victoria.

que el Sr. García ha compartido el *know-how* de Car4u y, por consiguiente, la inducción a la terminación del contrato ha tenido por objeto la explotación de un secreto industrial o empresarial. En segundo lugar, porque debe entenderse que han concurrido circunstancias engañosas e intención de eliminar a un competidor. Así se interpreta del aludido correo electrónico en el que manifiestamente se expresa que, en virtud de los problemas que arrastra Car4u, problemas que eran inexistentes, RIS ha decidido empezar a colaborar con la sociedad competidora.

Por otro lado, también resulta de aplicación al caso el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal, que establece que “la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”. Este apartado se plantea como excepción al principio de libre imitación que establece el artículo 11.1 aunque no es el único.

El Tribunal Supremo ha señalado en diversas ocasiones que el principio de libre imitación está sujeto, a parte de la excepción ya comentada, a las siguientes excepciones: “que la creación esté amparada por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley; o que se trate de imitación sistemática encaminada a impedir u obstaculizar a un competidor su afirmación en el mercado excediendo de lo que pueda reputarse una respuesta natural del mercado”.⁶³

En cualquier caso, el núcleo de la controversia en el presente caso consiste en determinar si concurre o no el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. En este sentido, sostiene la jurisprudencia que la conducta se sanciona “en la medida en que empleando tales medios se consigue la apropiación inmediata de la prestación ajena sin aportar el esfuerzo y los costes que supone su recreación [...]; se impide al empresario imitado la amortización de los costes de producción [...]; se evita todo coste de desarrollo y suprime la ventaja temporal del que se adelantó en la creación [...]; se evita el retraso temporal natural de la introducción en el mercado de la imitación [...]; se determina que los costes de producción del imitador sean bajos o escasos y ese ahorro de costes se

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 888/2010, de 30 de diciembre, Fto. Jco. 5º.

traducirá en un precio de venta más bajo”.⁶⁴ Por tanto, es evidente que en nuestro caso concurre.

Del relato fáctico de los hechos podemos concluir que sí nos encontramos ante la excepción al principio de libre imitación del artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal. Car4mi ha imitado las estrategias de mercado, las campañas publicitarias y las formas de trabajar. En definitiva, ha replicado el *know-how* de Car4u a través del Sr. García, lo que ha causado un grave perjuicio a la empresa. Se le ha impedido a Car4u la amortización de los costes de producción y se ha evitado el retraso temporal natural que surge de la introducción de una sociedad que ofrece el servicio de *car sharing* a costa de imitar tanto las estrategias comerciales como el nombre de su competidora. Todo ello, sin aportar el esfuerzo y el coste que le ha supuesto a Car4u.

- Nombre comercial.

En lo referente al nombre comercial de Car4mi, es indispensable hacer referencia al artículo 7 de la Ley 17/2001⁶⁵ (en adelante, “Ley de Marcas”) que, en su apartado primero, señala que no podrán registrarse como marcas los signos que “por ser idénticos o semejantes a un nombre comercial anterior y por ser idénticas o similares las actividades que designa a los productos o servicios para los que se solicita la marca, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con el nombre comercial anterior”.

En relación con este riesgo de confusión con la marca, el Tribunal Supremo se enuncia en los siguientes extremos: “El riesgo de confusión consiste en el de que el público pueda 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 [...]. La determinación concreta del riesgo de confusión debe efectuarse en consideración a la impresión de conjunto de los signos en liza producida en el consumidor medio de la categoría de productos, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz,

⁶⁴ *Ibid.*, Fto. Jco. 5º.

⁶⁵ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual, en particular, los elementos dominantes”.⁶⁶

Asimismo, el Alto Tribunal señala que “el criterio prevalente que permite valorar la licitud de las marcas enfrentadas se expresa en el axioma de que no toda semejanza entre marcas es suficiente para declarar su incompatibilidad, sino sólo aquella que suponga un riesgo de confusión en el mercado sobre los productos o servicios de ambas, desde un examen de conjunto de todos los elementos integrantes de cada denominación confrontada sin descomponer su unidad fonética, gráfica y conceptual, al deber, asimismo, valorar la relación de identidad o similitud de los productos o servicios designados”.⁶⁷

Estas directrices jurisprudenciales son aplicables al presente caso. El nombre comercial de la nueva empresa, Car4mi, es extremadamente semejante al del anterior, Car4u, desde la perspectiva de la fonética, la gráfica y el concepto. La traducción literal del nombre comercial de Car4u sería coche para ti, entendiendo por el número 4, que fonéticamente en inglés se pronuncia como “for”, la preposición “para” y por la letra “u”, que fonéticamente se pronuncia igual que la palabra en inglés “you”, el pronombre personal “ti”. Desde esta perspectiva, la traducción al español de Car4mi sería coche para mi, entendiendo por la segunda parte de la palabra, que fonéticamente suena como la palabra en inglés “me”, el pronombre personal “mi”.

Todo ello, sumado al hecho de que ambas empresas ofrecen el mismo servicio, el de *car sharing*, es motivo suficiente para considerar que nos encontramos ante una vulneración de las que alude el artículo 7 de la Ley de Marcas. Existe un riesgo de confusión que se traduce en que un público razonablemente perspicaz considere que Car4u y Car4mi proceden de la misma empresa o de empresas vinculadas. Comparten un nombre excesivamente similar, ofrecen el mismo servicio e incluso Car4mi, como veíamos anteriormente, imita métodos de trabajo y estrategias de mercado a su competidora. En consecuencia, haciendo un análisis conjunto de todos los elementos que

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 497/2017, de 13 de septiembre, Fto. Jco. 2º. Estas directrices jurisprudenciales han sido reiteradas por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre otras, STS núm. 95/2014, de 11 de marzo, STS núm. 433/2013, de 28 de junio, STS núm. 119/2010, de 18 de marzo.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, [RJ 2010/327], Fto. Jco. 4º.

integran los nombres comerciales de ambas sociedades, debemos considerar que concurre el riesgo de confusión que precisa la Ley de Marcas.

2.7 ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?

Antes de entrar a valorar la posible defensa de Car4mi conviene aclarar que, dado que algunas de las acciones de Aussie LTD están dirigidas al Sr. García, no procede su resolución. Consiguientemente, sólo resolveremos las cuestiones referentes a la defensa de Car4mi.

En este contexto, no debemos de entrar a examinar el fondo del asunto en relación con el pacto de no competencia suscrito entre el Sr. García y Aussie LTD. El Sr. García no puede considerarse parte de Car4mi por el simple hecho de que conviva con la máxima accionista de la sociedad. Por tanto, no corresponde su análisis.

En lo referente a la inducción a la infracción contractual, consideramos que es el Sr. García el que debe de responder como inductor de la terminación regular del contrato entre RIS y Car4u, así como del resto de empresas parte de los convenios de colaboración. No se puede considerar a Car4mi como inductor de la actuación desleal dado que el Sr. García no es parte de la sociedad ni directa ni indirectamente. Car4mi ha sido un tercero ajeno a toda controversia que, como competidor de Car4u al trabajar en el mismo sector, ha obtenido una mayor demanda por su buen hacer.

En cualquier caso, podrían responder RIS y el resto de empresas con las que Car4u había suscrito convenios de colaboración. Es preciso aclarar que no sólo tiene responsabilidad el inductor, sino los sujetos inducidos, como cooperadores necesarios del acto desleal, pueden asimismo responder en concordancia con lo previsto en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que nos encontramos en un sistema de libre competencia donde “nadie tiene derecho a conservar su clientela o sus empleados, sino que éstos pueden perfectamente dirigirse a aquel que ofrezca mejores condiciones o

ejercer la actividad por cuenta propia”.⁶⁸ No se puede sostener que Car4mi esté realizando actos de competencia desleal por el simple hecho de atraer clientela dadas las condiciones más atractivas que ofrece.

En cuanto a la marca que solicita registrar Car4mi, no guarda una similitud suficiente con la marca opuesta que haga que aquella se prohíba, y tampoco es susceptible de generar riesgo de confusión alguno para los consumidores. La expresión “car” es *per se* muy utilizada para referirse a empresas que otorgan diferentes servicios relacionados con los coches, y por tanto Car4u no puede atribuirse el monopolio de la misma. Como tampoco puede atribuirse la exclusividad del empleo del número ordinal “4”. Continúa la marca con el pronombre personal “mi”, por lo que se deduce del juego de palabras que la traducción literal que pretende Car4mi es mi coche.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la siguiente sentencia en la que consideró la inexistencia de riesgo de confusión entre la marca “Toro” y la marca “Badtoro”. Señaló que generaba “una diferenciación gráfica y fonética respecto del signo ‘Toro’ suficiente para que, una apreciación global no advierta que el signo ‘Badtoro’ genere riesgo de confusión en el consumidor medio”.⁶⁹ Diferenciación que consideramos que claramente concurre en nuestro caso.

También se pronunció el Tribunal Supremo siguiendo estas directrices jurisprudenciales en la sentencia de 19 de enero de 2007, donde apreció la inexistencia de riesgo de confusión o asociación entre las marcas “torres y “la torre”, frente a la marca “torre muga”. Ambas marcas ofrecían productos correspondientes a mismas áreas comerciales, pero se alcanzó la evidencia de que para el público en general no podían resultar confundidas y, por consiguiente, la marca no ofrecía riesgo de confusión.⁷⁰

Como apuntábamos anteriormente, el Alto Tribunal exige, para la prohibición de acceso al Registro de una marca, “la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que

⁶⁸ *Op. cit.*, PETIT LAVALL, M^a Victoria.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 26/2017, de 18 de enero, Fto. Jco. 6^o.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007, [RJ 2007/468].

exista identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual [...] y b) que tenga por finalidad designar productos o servicios idénticos o similares [...]”.⁷¹

Si bien es cierto que, en el caso debatido, los servicios que realizan ambas partes son iguales, los elementos integrantes de la denominación difieren, según hemos explicado, y no son suficientes para causar confusión. Por tanto, no concurren las circunstancias que exige la jurisprudencia.

En definitiva, por los argumentos señalados, debemos concluir que no existe riesgo de confusión de la marca que exige el Tribunal Supremo para prohibir el acceso al Registro. El análisis conjunto de todos los elementos de ambas denominaciones permite afirmar la poca similitud entre los nombres comerciales analizados y, por consiguiente, la inexistencia de asociación por parte de un público razonablemente perspicaz.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004, [RJ 2004/6088], Fto. Jco. 3º.

3. CONCLUSIONES

PRIMERA. En relación con el incumplimiento contractual que se nos plantea en la primera pregunta, observamos que concurre la doctrina denominada *aliud pro alio*. No podemos obviar que el objeto de la compraventa es la propia sociedad. Sin embargo, no se concibe la sociedad en su conjunto sin los activos de esta.

En consecuencia, la inhabilidad en el objeto de la compraventa, es decir, los defectos en los vehículos han frustrado claramente la finalidad perseguida por el comprador. De manera que se imposibilita el servicio de *car sharing* pretendido con la compraventa, por lo que Aussie LTD podría resolver el contrato con base en el incumplimiento contractual del Sr. García.

SEGUNDA. Pese a las dudas que nos han surgido en la resolución del saneamiento por vicios ocultos, estimamos que debe responder el Sr. García.

Ni Aussie LTD debe ser considerado perito según lo dispuesto en el artículo 1484 del Código Civil, ni la realización de la *due diligence* debe exonerar de responsabilidad al vendedor. Además, como hemos examinado, se cumplen todos los requisitos que justifican la aplicación del saneamiento por vicios ocultos. Por tanto, Aussie LTD podrá optar entre la acción *quantum minoris* o la acción redhibitoria, así como exigir la consecuente indemnización por daños y perjuicios en caso de optar por la rescisión si se prueba que el Sr. García conocía los vicios en los vehículos.

TERCERA. Tras el estudio pormenorizado de la cláusula *rebus sic stantibus* y su evolución estos últimos años consideramos que, pese a la inseguridad jurídica que puede causar contravenir el principio de *pacta sunt servanda*, se debe aplicar con menor restricción tras la crisis socio económica derivada de la pandemia. Sin obviar que, como ha señalado el Tribunal Supremo en repetidas sentencias, no se puede emplear sistemáticamente en situaciones de crisis, sino valorar caso por caso la incidencia de dicha crisis en cada relación contractual.

En las dos preguntas que abordan esta cuestión creemos que se debe aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. No obstante, puesto que todavía son escasas las resoluciones

judiciales que tratan la cuestión y “dado que la pandemia ha desencadenado en un escenario novedoso, hasta que no haya un pronunciamiento al respecto del Tribunal Supremo, que previsiblemente tardará varios años, asentando la doctrina, seguirá siendo incierto si las pretensiones de los arrendatarios pueden prosperar, así como los requisitos concretos para ello”.⁷²

En cualquier caso, es innegable que uno de los objetivos genéricos de la justicia es adaptarse a la realidad social imperante. En este sentido, consideramos que herramientas jurídicas como la cláusula *rebus sic stantibus* pueden jugar un papel crucial ante la gran incertidumbre que experimenta la sociedad. Desgraciadamente, estamos inmersos en una situación que genera gran inseguridad jurídica y acontecimientos impredecibles. A tal efecto, creemos que la aludida cláusula puede ser vital para paliar las consecuencias de la pandemia, adaptar la justicia a la realidad social y solucionar conflictos insólitos con mayor rigor.

CUARTA. En relación con las cuestiones de competencia desleal que hemos examinado a lo largo del trabajo, concluimos que Car4mi debe responder por ello, a pesar de los argumentos a su favor que hemos precisado.

Resulta bastante evidente que Car4mi ha actuado de manera desleal a través del Sr. García, que se adueñó del *know-how* de la empresa competidora vulnerando el pacto de no competencia establecido. Además, la empresa se ha apropiado indebidamente del esfuerzo de Car4u, imitando el nombre, los métodos de negocio e incluso las campañas publicitarias.

⁷² *Op. Cit.*, COLINO, Javier.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1 Obras doctrinales

COLINO, Javier, “Aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en los arrendamientos de locales de negocio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 977/2021.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tomo 1, El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, Undécima Edición, 2016.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tomo 2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, Decimosegunda Edición, 2018.

FABRÉ, Joaquín, “La aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en los contratos de financiación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 972/2021.

GILI SALDAÑA, Marian, “Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías”, *InDret*, 2010.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, “La incidencia de la *Legal Due Diligence* (‘revisión legal’) en la contratación mercantil contemporánea”, *Revista de Derecho Mercantil* núm. 260/2006 parte Estudios.

LUJÁN ALCARAZ, José, “El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, 1997.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo 10, Madrid, 1910.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, “Ajustes unilaterales en las condiciones económicas por excesiva onerosidad sobrevenida”, *Revista de Justicia Laboral* número 31/2007, Valladolid, 2007.

NÚÑEZ MARTÍ, Amparo, “Vicios ocultos: desde el Derecho romano al Código Civil español”, en Rodríguez Montero, R. (coord.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Lisboa, 2009, Pgs. 2441-2458.

PETIT LAVALL, M^a Victoria, “La infracción contractual como conducta desleal”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 11/2011.

4.2 Referencias de Internet

IBÁÑEZ PUENTE, Celia, “Adopción inaudita parte de las medidas cautelares y su relación con la cláusula *rebus sic stantibus*”, *ILP Abogados*, 2021 (disponible en: <https://www.ilpabogados.com/adopcion-inaudita-parte-de-las-medidas-cautelares-y-su-relacion-con-la-clausula-rebus-sic-stantibus/>; última consulta: 26/12/2021).

PLANA PALUZIE, Álex, “Diferencia entre daño emergente y lucro cesante”, *Entre leyes y jurisprudencia*, (disponible en: <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2017/09/diferencia-entre-dano-emergente-y-lucro.html>); última consulta 14/12/2021).

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, [RJ 1984/3799].
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989, [RJ 1989/6927].
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 350/1993, de 7 de abril.
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998, [RJ 1998/2562].
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 129/2001, de 20 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 784/2002, de 31 de julio.
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004, [RJ 2004/6088].
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 211/2006, de 24 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007, [RJ 2007/468].
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, [RJ 2009,1444].
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, [RJ 2010/327].
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 35/2010, de 17 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 95/2010, de 25 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 888/2010, de 30 de diciembre.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 820/2012, de 17 de enero.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 822/2012, de 18 de enero.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 de junio.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2014, de 15 de octubre.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 317/2015, de 2 de junio.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 26/2017, de 18 de enero.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 497/2017, de 13 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 111/2018, de 5 de marzo.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5/2019, de 9 de enero.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 156/2020, de 6 de marzo.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 209/1998, de 21 de octubre.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 486/2005, de 4 de noviembre.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 372/2015, de 16 de octubre.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 351/2019, de 3 de junio.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 118/2020, de 3 de junio.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 317/2021, de 16 de septiembre.
Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 292/2006, de 6 de julio.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona núm. 1/2021, de 8 de enero.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia núm. 176/2021, de 1 de septiembre.

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm núm. 162/2020, de 7 de julio.