



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA, ESPECIALIDAD EN RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS

AUTOR: Marina García González
TUTOR: Carlos de Miguel Perales

Enero 2022

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo consiste en el análisis jurídico de las cuestiones planteadas a raíz de la venta de un porcentaje importante de las participaciones empresariales de una empresa de *car sharing*.

El estudio del caso se centra en los siguientes puntos:

- Posibilidad de resolución del contrato de compraventa de participaciones de la empresa en el supuesto de daños o defectos en los activos de la misma.
- Saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, así como la importancia y alcance a efectos jurídicos de la realización de una *due diligence*.
- La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y en concreto dentro del entorno jurídico marcado por la situación del Covid-19.
- Los acuerdos de confidencialidad en la compraventa de empresas.

Para realizar el siguiente dictamen se ha analizado la legislación aplicable a las cuestiones planteadas, así como un estudio de la jurisprudencia y de la doctrina científica de las mismas, con especial examen de la jurisprudencia más reciente al respecto.

Para cada una de las cuestiones analizadas se formulan las conclusiones al respecto en relación a las posibles acciones y argumentos jurídicos de las partes involucradas, para resumir todas ellas en una serie de conclusiones finales.

Palabras Clave: venta de participaciones empresariales, resolución de contratos, *due diligence*, saneamiento por vicios ocultos, cláusula *rebus sic stantibus*, Covid-19, pacto de no competencia.

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
ANTECEDENTES DE HECHO.....	5
CUESTIONES PLANTEADAS.....	7
ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.....	9
CONCLUSIONES.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	50

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a una supuesta consulta que gira en torno a la venta de una serie de participaciones de la empresa Car4u, S.L., -dedicada al *car sharing*- por parte de Aussie LTD, uno de los diez fondos de inversión más grandes del mundo. A raíz de esta compraventa, que, tras un proceso de due diligence exhaustivo, se firma por un precio de 3.500.000 de euros, surgen una serie de cuestiones a las que hay que dar respuesta.

En primer lugar, se abordará la posibilidad de resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García, que es la persona que vendió el paquete mayoritario de participaciones de la empresa Car4u.

Por otro lado, también se entrará a analizar la posibilidad de exigir al vendedor saneamiento por vicios ocultos. En este punto se va a tener en cuenta el hecho de que se realizara una exhaustiva due diligence y que Aussie LTD contratara a una serie de profesionales de empresas de servicios de primer nivel, que actuaron como asesores y las implicaciones jurídicas que conlleva estas circunstancias.

A su vez, parte importante de este informe se va a dedicar al análisis de la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con las consecuencias derivadas de la pandemia del COVID 19, en concreto en referencia al contrato de préstamo bancario así como a la suspensión del pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde gestionaban la compañía.

Por último, se tratará el tema de la aparición en el mercado de la compañía Car4mi, que comparte formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia con Car4u y los vínculos existentes con el Sr. García, todo esto en relación con la regulación del régimen de no competencia incluido en el contrato de compraventa.

ANTECEDENTES DE HECHO

El resumen de los hechos objeto del presente dictamen es el siguiente:

En el año 2010, D. Nicolás García constituye una empresa de car sharing en Madrid, Car4, S.L. (“Car4u”). Diez años después, en el año 2020, la empresa consigue ser número 1 en España, estando presente en las ciudades más importantes del país. Esto llama la atención del fondo de inversión de origen australiano Aussie LTD, que contacta con el Sr. García, transmitiéndole su interés por adquirir un paquete mayoritario de las participaciones de Car4u (en torno a un 80%).

Sobre Aussie LTD hay que saber que es uno de los fondos de inversión y realiza inversiones en empresas con actividades muy distintas. Cabe destacar que el ámbito del car sharing no resulta desconocido para Aussie LTD, ya que tiene participaciones en cuatro empresas de car sharing en distintas partes del mundo.

Se firma un acuerdo de confidencialidad entre el Sr. García y Aussie LTD, dándole acceso a ésta última a toda la información e instalaciones de Car4u en aras de la realización del proceso de due diligence antes de la compraventa de participaciones. Durante este proceso, Aussie LTD y sus asesores (todos ellos de empresas de servicios de primer nivel) detectan algunas contingencias en Car4u, lo que hace que el precio sea inferior.

Finalmente se firma un contrato de compraventa el 15 de febrero de 2020, por el cual Aussie LTD adquiere un 80% de las participaciones sociales de Car4u por un precio de 3.500.000 de euros, que se pagan ese mismo día. Al mismo tiempo, Car4u, con Aussie LTD como titular del 80% de las participaciones, toma un préstamo bancario por el que debe pagar intereses de forma mensual y repagar cuotas del principal dos veces al año.

Días después a esta adquisición, Aussie LTD descubre que un número importante de vehículos está averiado y requiere de reparaciones por un importe total de 300.000 euros. En plenas discusiones, estalla el Covid-19 y se declara el estado de alarma, paralizando por completo la actividad de Car4u.

Superada la pandemia, el negocio repunta. Sin embargo, meses más tarde Aussie LTD advierte la existencia de otra empresa con formas de trabajo, campañas publicitarias y estrategia de mercado muy similar a Car4u, provocándole pérdidas en su cartera de clientes. Sospechan fuertemente que D. Nicolás está detrás de esta empresa, teniendo éste un pacto de no competencia por 10 años.

CUESTIONES PLANTEADAS

En el presente informe se va a dar contestación a las siguientes preguntas formuladas:

1. ¿Puede Aussie LTD resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García por el hecho de que parte de los vehículos que forman parte de la flota de Car4u estén averiados?
 - a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie Ltd.? ¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD al vendedor?
 - b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría el Sr. García?

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

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

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

5. ¿Sería diferente la situación si lo que Car4u pretendiera suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde gestionaban

la compañía y al que no han podido acceder por estar localizado en una zona confinada durante un periodo de 5 meses?

- a. Argumentos a favor
- b. Argumentos en contra

6. [Tras la pandemia, el negocio de Car4u repunta, pero meses más tarde Aussie LTD descubre la existencia de “Car4mi”, empresa de idénticas características a Car4u. Tras diversas investigaciones descubre la participación en la misma del Sr. García a través de su actividad, y la de su pareja. Esta situación implica las cuestiones indicadas a continuación, que serán contestadas de forma relacionada].

¿Qué puede hacer Aussie LTD ante esta situación?

7. ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?

ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

- 1. ¿Puede Aussie LTD resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García por el hecho de que parte de los vehículos que forman parte de la flota de Car4u estén averiados?**
 - a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie LTD? ¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD al vendedor?**
 - b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Car4u?**

Respecto los argumentos a favor que desarrollaría Aussie LTD, en primer lugar, hay que aclarar el régimen jurídico aplicable a la compraventa de participaciones de una sociedad. Este aspecto es relevante a la hora de establecer el régimen de reclamaciones, así como los plazos para el cómputo de la prescripción.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 119/2020, de 20 de febrero, viene a confirmar la jurisprudencia en torno a la calificación de civil de la compraventa de participaciones de una sociedad. Así, en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado 1.4, recuerda la consolidación de la doctrina al respecto que establece la sentencia 242/2015, de 13 de mayo, “que interpreta el artículo 325 del Código de Comercio, en el sentido de exigir para la calificación de una compraventa como mercantil un doble elemento intencional del comprador: el propósito de la reventa de los géneros comprados y el ánimo de lucro, consistente en obtener un beneficio en la reventa”.

Artículo 325 del Código de Comercio:

“Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”.

Y, además, añade que, “en el caso concreto de un contrato de compraventa de acciones

sociales, como el de la Litis, la calificación del contrato como civil deriva asimismo de las características del propio objeto del contrato, que supone la venta parcial de la titularidad de una sociedad, excluido por la misma naturaleza de tal objeto de su consideración como mercantil”.

De esta manera, hay que establecer, a la luz de la jurisprudencia indicada, que el régimen jurídico de aplicación es el desarrollado por el Código Civil.

Se plantea la posibilidad de que Aussie LTD resuelva 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.

El artículo 1258 del Código Civil establece que: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.

Así pues, perfeccionado el contrato de compraventa, tanto Aussie LTD como el Sr. García están obligados al cumplimiento del mismo tanto en las cláusulas voluntariamente pactadas, como sometidos a las consecuencias que se derivan de la buena fe, el uso y la ley en relación al contrato formalizado.

A estos efectos, y como consecuencia derivada de la ley, debemos tener en cuenta que el artículo 1461 del Código Civil establece que: *“El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta”*.

Por otro lado, el artículo 1468 del Código Civil establece:

“El vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.

Todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato”.

Ante un incumplimiento contractual son varias las opciones legales con las que cuenta la parte afectada por el mismo, siendo las más relevantes el cumplimiento forzoso, la indemnización de daños y perjuicios, la pena convencional y la resolución del contrato.

La posibilidad de resolver el contrato se encuentra regulada en el artículo 1124 del Código Civil que establece la facultad de resolver las obligaciones en el caso de que uno de los obligados no cumpliera con lo que le incumbe. Por otro lado, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, y en ambos casos con el resarcimiento de daños y el abono de intereses.

Artículo 1124 del Código Civil:

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

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

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

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

Los requisitos que la jurisprudencia viene estableciendo para la aplicación del referido artículo 1124 del Código Civil son:

- I. Existencia de un vínculo contractual vigente del que surjan obligaciones recíprocas. Vínculo que en el presente caso existe, por cuanto se ha formalizado un contrato de compraventa de participaciones sociales entre Aussie LTD. y el Sr. García.
- II. Reciprocidad de las prestaciones estipuladas y exigibilidad de las mismas. Requisito

que se cumple, dado que el contrato de compraventa produce dos obligaciones recíprocas: la de entrega de la cosa y la de pago del precio.

- III. Que el demandante haya cumplido sus obligaciones. A estos efectos, Aussie LTD como demandante habría cumplido con su obligación al pago al Sr. García de las participaciones sociales objeto de la compraventa.
- IV. Incumplimiento grave por la parte demandada de sus obligaciones. En relación a este requisito, la jurisprudencia ha ido perfilando el mismo en el sentido de exigir que se trate del incumplimiento de una obligación esencial o ser esta de tal entidad que frustre las expectativas de la parte que cumplió.

Para poder aplicar la referida doctrina jurisprudencial a los efectos de resolver el contrato, entendemos que debería constar en el contrato de compraventa que los vehículos de la empresa formaban parte esencial del objeto del mismo, aspecto que no sucede en el presente caso, ya que, como indicaremos más adelante, el objeto del contrato es la compraventa de un porcentaje de las participaciones sociales de Car4u.

La norma general en lo referente a resolución de obligaciones recíprocas es que, para que una parte resuelva un contrato por incumplimiento de una obligación (o varias), el incumplimiento debe ser grave o sustancial. El incumplimiento debe impedir que el comprador reciba lo que esperaba. Y en este caso, el comprador ha recibido el 80% de las participaciones de la empresa, las cuales incluyen tanto el activo como el pasivo de la misma.

A estos efectos la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, como la STS de 11 de abril de 1995, STS de 17 de mayo de 1995, STS de 20 de abril de 2001, STS de 20 de noviembre de 2008 o la STS de 14 de enero de 2010, vienen a señalar que “cuando el vicio, el defecto o la carga que gravan la cosa vendida son de tal entidad o gravedad que la hacen inservible para su destino, produciéndose la total insatisfacción del comprador, quien ve frustrada la finalidad pretendida con el contrato, cabe ejercitar la acción de resolución del contrato de compraventa por incumplimiento total o esencial de la parte vendedora a tenor de los artículos 1124 y 1101 del Código Civil”.

Artículo 1101 del Código Civil:

“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Por tanto, la resolución del contrato ante un incumplimiento del mismo no siempre será la vía adecuada para la parte perjudicada por el mismo, ya que, tal y como viene señalando el Tribunal Supremo, no todo incumplimiento contractual es incumplimiento resolutorio. En este sentido, debe destacarse la STS de 18 de noviembre de 2013, donde se analiza el incumplimiento esencial y el incumplimiento de obligaciones con trascendencia resolutoria, otorgando a la primera una valoración subjetiva consistente en el grado de satisfacción, y a la segunda, una valoración objetiva referida a lo previsto estrictamente en el contrato. El criterio de esta sentencia se ha seguido igualmente por el TS en su STS de 29 de enero de 2014.

Así, según la referida jurisprudencia, “el *aliud pro alio* se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual (...). La prestación ofrecida es inhábil en relación con el objeto o inidónea para cumplir las finalidades o intereses del acreedor”.

Por tanto, son dos las notas que deben concurrir para que se considere que se ha entregado cosa distinta de la pactada para que ello comporte el incumplimiento del contrato, a saber: por un lado, la inhabilidad del objeto para el que se ha destinado, y, por otro, la insatisfacción del comprador, puesto que, cuando se acepta el objeto distinto, no puede después alegarse el incumplimiento del contrato.

De este modo, aunque Aussie LTD podría reclamar la resolución del contrato justificando que un amplio número de los vehículos estaban averiados, difícilmente la acción podrá prosperar teniendo en cuenta que no concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia.

Por un lado, no se ha entregado cosa distinta a la pactada, puesto que el objeto de la compraventa era el 80% de las participaciones sociales de Car4u, y no los activos de la misma dentro de los cuales estarían los vehículos.

A su vez, tampoco existe una inhabilidad del objeto de la compraventa, por el mismo razonamiento expuesto anteriormente. El objeto del contrato era un porcentaje de las participaciones sociales, y como ya se ha indicado las mismas incluyen tanto el activo como el pasivo de la empresa.

Debe tenerse en cuenta que el precio de la compraventa fue de 3.500.000 euros y el arreglo de los vehículos ascenderá de 300.000 euros, lo que supone un 8,57% del precio de la compraventa, teniendo en cuenta que, el arreglo de los vehículos es perfectamente cuantificable, lo más idóneo en este caso, teniendo en cuenta que la acción para resolver el contrato no reúne los requisitos establecidos por la mencionada jurisprudencia, sería que Aussie LTD reclamara una indemnización por daños y perjuicios justificada en la necesidad de reparación de los vehículos de la empresa como parte esencial del activo de la misma, que no solo implicó el gasto derivado de la reparación, sino también la potencial pérdida de ganancias durante el tiempo que los mismos no pudieron ponerse a disposición de la actividad de esta. La cuantificación, tanto del daño emergente, como del lucro cesante, se basaría en las cifras resultantes de los gastos de reparación para el daño emergente, como de la estimación de las ganancias obtenidas en caso de poder estar operativos los vehículos. Esta estimación podría obtenerse de los datos resultantes de la due diligence realizada, así como de un estudio de mercado en el sector realizado por un perito competente al efecto.

En cuanto a los *argumentos en contra que desarrollaría el Sr. García*, el principal argumento con relación a una acción de resolución contractual por parte de Aussie LTD es, como ya se ha adelantado, que no existe ningún tipo de incumplimiento contractual, porque el objeto de la misma no es otro que el 80% de las participaciones sociales de la misma.

Al adquirir un porcentaje de participaciones de la sociedad, Aussie LTD habría recibido tanto el activo, como el pasivo de estas. Y a estos efectos, para valorar el precio de las referidas participaciones sociales, realizó una exhaustiva due diligence, que tuvo como

resultado una minoración en el precio de estas. La causa de esta minoración no se indica expresamente en el supuesto planteado, donde se refiere a “algunas contingencias”, entre las que se podrían encontrar el estado de los vehículos. Pero, en cualquier caso, resultaría evidente que conocía perfectamente el alcance del pasivo de Car4u, no solo por el resultado de la due diligence, sino también por su conocimiento del negocio del car sharing habida cuenta de su participación en otras cuatro empresas del sector.

Para fundamentar su argumentación podría invocar la Sentencia del Tribunal Supremo de 852/2009 de 21 de diciembre. El supuesto de hecho de la mencionada sentencia es aplicable al caso ante el que nos encontramos dado que el objeto de la misma se basa en una acción de resolución del contrato de compraventa de acciones de una empresa.

En su Fundamento de Derecho segundo, la STS indica que *“la sociedad demandante quiso explotar un hotel y, de entre las varias opciones jurídicas para ello (compraventa, arrendamiento, usufructo, etc.) eligió una, que fue la adquisición de la sociedad que era propietaria de este. No pretenda ahora, convertir su negocio jurídico de compra de las acciones de una sociedad, en el negocio jurídico de compra de un inmueble que era, entre otras cosas, propiedad de la sociedad. Y ello es lo que ha hecho la sentencia recurrida: ha valorado el móvil, lo ha elevado a la categoría de causa y ha entendido que la compraventa no era de acciones, sino de un hotel, sin aclarar lo que pasaba con los demás elementos que no eran hotel. Y, salvo los casos excepcionales en que el móvil se integra en la función objetiva del negocio jurídico, caso del móvil causalizado, el móvil subjetivo es intrascendente para el derecho; así lo dijo expresamente y ahora se reitera, la sentencia de 1 de abril de 1998 en estos términos: “El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición: sentencias de 19 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, 28 de abril de 1993, 11 de abril de 1994 . ””*.

Así, y como ya indicamos anteriormente al analizar los requisitos establecidos por la jurisprudencia a la hora de aplicar el artículo 1124 del Código Civil, al ser el objeto del contrato de compraventa el 80% de las participaciones sociales de Car4u, y habiéndose cumplido la obligación de la entrega de las mismas a Aussie LTD, no puede ésta reclamar

ahora la resolución del mismo en base a la necesidad de reparación de una serie de vehículos pertenecientes al activo de la misma, ya que ello implicaría otorgar transcendencia jurídica al móvil subjetivo del negocio – en este caso los vehículos de Car4u- cuando no ha sido incorporado al mismo ni como cláusula, ni como condición.

Para *concluir* las cuestiones jurídicas planteadas, podemos indicar que:

I.- Considerada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la resolución de contratos por incumplimiento de los mismos, la acción de Aussie LTD, a estos efectos no podría prosperar toda vez que el objeto de la compraventa, el 80% de las participaciones sociales de Car4u ha sido entregado a Aussie LTD.

II.- Si bien Aussie LTD podría ejercitar una acción por daños y perjuicios derivada de la necesidad de reparación de un importante número de vehículos, el Sr. García podría alegar no solo que el objeto de la compraventa era el 80% de las acciones de Cart4u, lo que incluye tanto el activo, como el pasivo de la empresa, sino que se realizó una exhaustiva due diligence, así como el conocimiento del negocio por parte de Aussie LTD.

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

3. **Car4u se opone al saneamiento por vicios ocultos con base en que (i) Aussie LTD realizó una due diligence exhaustiva y (ii) en que Aussie LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 del Código Civil,**
 - a. **¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Car4u?**
 - b. **¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Aussie LTD?**

Se procede a responder a las dos preguntas sobre saneamiento por vicios ocultos para dar así una contestación homogénea, puesto que las dos preguntas versan sobre los mismos conceptos.

El régimen jurídico del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida se encuentra recogida en los artículos 1484-1499 del Código Civil.

Artículo 1484 del Código Civil:

“El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”.

Desde el punto de vista jurídico, por vicios ocultos deben entenderse como defectos ocultos en los artículos vendidos, si estos defectos los hacen inadecuados para el uso previsto, o si reducen este uso, de tal manera que, si el comprador los hubiera conocido, no los habría comprado o habría dado un precio más bajo. Por otro lado, el saneamiento es la obligación que tiene el vendedor de responder ante el comprador cuando éste último se ve desprovisto total o parcialmente de la posesión legal, pacífica y útil del objeto del contrato.

Las obligaciones de Don Nicolás – el vendedor – no se acaban con la entrega de la cosa. Éste tiene el deber de asegurar al comprador la posesión pacífica y útil de la misma. Como afirma Castán Tobeñas, el fin o causa de la venta para el comprador es adquirir la cosa para servirse de sus utilidades, en este caso la adquisición de las participaciones mayoritarias de la empresa Car4u. Por lo tanto, si después de la verificación de la entrega, el comprador del artículo se considera privado o no puede usarlo para sus propios fines, el propósito o finalidad dejará de lograrse.

De esta manera, nace la obligación de garantía, por la cual el vendedor tiene la obligación de facilitar al comprador la posesión pacífica y útil de la cosa y, en el caso de no cumplir este compromiso, tendrá que compensar al comprador a través de la indemnización de daños y perjuicios.

Hay que señalar que la posesión que se ve afectada en este caso es la posesión útil de la cosa. Esto es así porque lo que se adquiere a través de la compra de las participaciones de Car4u es la voluntad de explotar el negocio, o sea, el car sharing, que necesariamente se tiene que llevar a efecto mediante los coches y, según Aussie LTD están averiados y requieren de importantes reparaciones. El problema radica en no saber exactamente el número de coches que están afectados para así determinar si el negocio se ve afectado de tal manera que no se pueda llevar a cabo con normalidad.

A modo aclaratorio, hay que señalar que, para que proceda la acción de saneamiento por vicios ocultos, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo 777/2005, de 17 de octubre, deben concurrir los siguientes requisitos respecto de los vicios:

- I. Ser ocultos o encubiertos
- II. Debe ser grave
- III. Anteriores a la venta
- IV. La acción correspondiente ha de ejercitarse dentro del plazo legal

La obligación de saneamiento por vicios ocultos resulta a su vez aplicable, aunque el vendedor ignorase tales vicios – con excepción de que exista pacto en contrario de las

partes, el cual en este caso no existe. En este supuesto, el adquirente de la empresa, aquí Aussie LTD, puede optar entre desistir del contrato o rebajar el precio de compraventa. El desistimiento supondría la devolución del precio satisfecho, aunque, hay que tener en cuenta, que, si el transmitente actuó de mala fe, se podría reclamar una indemnización de daños y perjuicios.

En el caso en que el vendedor conociera los vicios ocultos, este habrá de restituir el precio y los gastos del contrato a través de una indemnización de daños y perjuicios. Si no los conocía, solo tendrá que restituir el precio y los gastos del contrato que hubiera pagado el comprador.

Hay que tener en cuenta que el plazo para ejercitar la acción de saneamiento por vicios ocultos es de seis meses desde la entrega del bien objeto de compraventa, de acuerdo con el artículo 1490 del Código Civil. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera 594/2008, de 12 de junio, en su Fundamento Jurídico Primero, transcurrido el plazo de seis meses no se puede ejercitar el derecho que alberga, dado que “a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende solo al hecho objetivo de la falta de ejercicio del plazo prefijado (...) y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica”.

Artículo 1490 del Código Civil:

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

A continuación, se procede a analizar los requisitos de aplicación de los vicios ocultos mencionados anteriormente, excluyendo, lógicamente el relativo al plazo para el ejercicio de la acción, que, como se ha dicho, es de seis meses.

- I. Los vicios han de ser graves: Aquí hay que determinar cuanta importancia tiene el vicio respecto a la cosa vendida. Y, precisamente, el objeto de la compraventa fueron las participaciones de la empresa Car4u y no los coches que posee la empresa. Pero si, desde otra perspectiva se entiende que al adquirir las

participaciones se obtiene con ello los activos de la empresa, en este caso, la flota de los vehículos que se utilizan para el negocio del car sharing, no se puede concluir que estas reparaciones se tengan que calificar necesariamente como un vicio de carácter grave. Esto es así porque Aussie LTD obtuvo el paquete de participaciones por un valor de 3.500.000 euros, lo que sitúa a la empresa en una posición de liquidez tal como para poder asumir el coste de las reparaciones que necesitan los vehículos, que ascienden a la cantidad de 300.000 euros.

- II. Los vicios han de ser ocultos: Por oculto hay que entender que el vicio no sea conocido por el comprador ni tampoco que éste pueda reconocerlo fácilmente. Si continuamos con la misma tesis, hay que decir que el comprador, Aussie LTD pudo conocer o no los defectos que tenían los coches, ya que no se especifica con claridad que problema existe. Pero lo cierto es que al haber realizado un exhaustivo proceso de due diligence en el que contaron con asesores de empresas de primer nivel, podemos entender que tuvieron acceso a toda la flota de los coches de Car4u y, en consecuencia, tuvieron oportunidad de conocer que existía un número de vehículos que presentaban averías y, en consecuencia, no se puede decir que en este caso existan vicios ocultos.
- III. Los vicios han de ser anteriores a la venta. No podemos saber con seguridad si las averías que presentan los coches existían en el momento de la compraventa de las participaciones o si por el contrario surgieron en un momento posterior.

Por todo lo anteriormente expuesto, en relación a si Aussie LTD puede exigir al vendedor el saneamiento de vicios ocultos, se puede concluir que no. Esto es así porque, fundamentalmente, el objeto de la compraventa es el 80% de las participaciones de Car4u y, por lo tanto, la finalidad se ha visto cumplida. Aussie LTD ha obtenido un paquete mayoritario de las participaciones de la empresa y en ningún caso, el hecho de que cierto número de vehículos esté averiado y requiera de reparaciones frustra la finalidad por la cual se realizó esta operación. Además, tal y como se ha indicado previamente, estas reparaciones en comparación con el precio total de la compraventa – 3.500.000 euros – supone una cantidad perfectamente asumible por el comprador.

En definitiva, no se cumplen los requisitos de los vicios ocultos para que se puedan reclamar por parte de Aussie LTD.

Igualmente, para dar respuesta a la pregunta formulada, Aussie LTD podría fundamentar su pretensión de exigir al vendedor saneamiento por vicios ocultos alegando que no se le está asegurando la posesión pacífica y útil de la cosa debido a que se ve imposibilitado de aplicarlo a los usos que le son propios, es decir, el negocio del car sharing, ya que los coches son el elemento principal de la actividad.

Si bien, hay que tener en cuenta que Aussie LTD realizó un proceso de due diligence para el cual Car4u le dio acceso a toda la información e instalaciones de la empresa. Además, Aussie LTD contrató a varios asesores de empresas de servicios de gran relevancia, por lo que estaba en posición de conocer todos los detalles de la empresa Car4u. De hecho, a raíz de este proceso, se identificaron una serie de contingencias que hicieron a Aussie LTD disminuir la oferta respecto al precio inicialmente ofrecido a D. Nicolás García.

Los procesos de compraventa como el que nos ocupa en este informe suelen ir acompañados de un proceso de due diligence. De esta manera, el potencial comprador puede llegar a conocer la verdad de las cosas, o, al menos, le sitúa en una posición en la que tiene la posibilidad de alcanzar dicho conocimiento.

El proceso de due diligence se puede definir como todo proceso de búsqueda de información realizado por un comprador potencial, en este caso Aussie LTD, tan pronto como sea posible, una vez hayan comenzado las negociaciones, para evaluar los riesgos e incertidumbres que pudiera tener la sociedad objeto de compraventa, o de sus activos, y de su situación económico-financiera, con la intención de obtener la información necesaria para formar su voluntad de adquirir la empresa, su precio, así como los términos del contrato. Vendría a significar la diligencia que todo empresario debería tener en cuenta en la adquisición de una sociedad para llevar a cabo un examen exhaustivo de la misma.

Como consecuencia de la realización del proceso de due diligence se pueden producir dos escenarios distintos:

En primer lugar, si el comprador desconoce, pero tuvo la opción de conocer a través de un proceso de due diligence. En este supuesto, las manifestaciones y garantías hacen que el riesgo de la posible contingencia se desplace sobre el vendedor.

En segundo lugar, si el comprador conoce de forma positiva la situación que posteriormente se quiere presentar como contingencia. En este caso, de haberse producido las correspondientes declaraciones y garantías por parte del vendedor, se debe entender que, dadas las declaraciones efectuadas, el vendedor se ha comprometido a neutralizar la contingencia.

En el caso que nos ocupa, se va a asumir que no se han producido estas manifestaciones y garantías, al no indicarse nada al respecto. Consecuentemente, el comprador, Aussie LTD se va a limitar únicamente a la protección obtenida a través del proceso de due diligence, se mantendría el régimen general de responsabilidad establecido en el Código Civil.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la acción de saneamiento por vicios ocultos no procede cuando el comprador sea un perito que por razón de su profesión y oficio debía fácilmente conocerlos, tal y como establece el artículo 1484 del Código Civil. Precisamente este punto es alegado por Car4u, oponiéndose así al saneamiento por vicios ocultos.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo 437/1984 de 6 de julio, podemos entender por perito *“no en el sentido de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales”*.

De esta manera, la empresa Aussie LTD se hizo ayudar por una serie de asesores de gran profesionalidad y, en consecuencia, actúa como perito y estaba en disposición de reconocer el vicio. Lo que se le demanda al perito es que entienda el vicio propio de la cosa objeto del contrato. En este sentido, hay que recordar que estos asesores contratados por Aussie LTD sí que identificaron otras contingencias, pero nada respecto a los vehículos averiados.

Pero también, podemos entender que la propia Aussie LTD es perito a efectos del artículo 1484 del Código Civil, y no sólo por el hecho de que se hizo ayudar de una serie de

profesionales. Esto es así porque esta empresa es altamente experta en el negocio del car sharing, ya que posee participaciones en otras cuatro empresas de ámbito internacional dedicadas al mismo sector. Por lo tanto, entendemos que conoce a la perfección las características del car sharing.

Así con todo, de la exposición de las preguntas 2 y 3 podemos extraer las siguientes *conclusiones*:

- I. Aussie LTD no puede exigir al vendedor saneamiento por daños y perjuicios ya que como comprador no se ve imposibilitado para realizar la finalidad objeto de la compraventa.
- II. Aussie LTD realizó una due diligence exhaustiva para conocer todos los detalles de Car4U. Como consecuencia de la due diligence, el precio pagado en la compraventa fue inferior al inicialmente ofrecido. Ello implica el conocimiento de los activos y pasivos de la empresa a los efectos de un posible acción de saneamiento por vicios ocultos.
- III. Aussie LTD es un perito conforme al artículo 1484 del Código Civil ya que:
 - a) Es experto en el sector del car sharing al contar con participaciones en otras cuatro empresas dedicadas a lo mismo.
 - b) En el proceso de due diligence se ayudó de diversos asesores de empresas de servicios de primer nivel.

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

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

Se procede a responder de forma conjunta las cuestiones planteadas al tratar ambas sobre la cláusula rebus sic stantibus, diferenciando claramente los argumentos a favor y en contra tanto de la cuestión relativa al contrato de préstamo como respecto a la suspensión del pago de las rentas de arrendamiento.

La jurisprudencia viene admitiendo como una de las excepciones al principio *pacta sunt servanda* el supuesto de que se produzca una alteración sobrevenida de las circunstancias o cláusula *rebus sic stantibus*.

A modo aclaratorio, la máxima del *pacta sunt servanda* supone que el contrato debe cumplirse en sus propios términos, y se encuentra regulado en el artículo 1901 del Código Civil, que hace referencia a las obligaciones que nacen de los contratos.

Artículo 1091 del Código Civil:

“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

La clausula *rebus sic stantibus* es una excepción de construcción jurisprudencial que tiene por finalidad la modificación del contrato encaminada a compensar el desequilibrio de las

prestaciones causado por dicha alteración sobrevenida. Hay que tener en cuenta además que la jurisprudencia de forma tradicional ha negado efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato a esa variación de las circunstancias, excepto en aquellos casos en los que no se pueda lograr de otra forma el equilibrio de las prestaciones.

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

Si bien, para que excepcionalmente la cláusula *rebus sic stantibus* provoque la resolución contractual será preciso acreditar ante todo que las circunstancias alegadas determinan una absoluta imposibilidad del cumplimiento pleno de las prestaciones contractuales.

Así con todo, para poder aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, se tienen que cumplir unos requisitos que podemos resumir en los siguientes, a cumplir de forma cumulativa:

- I. Ruptura del equilibrio de las prestaciones.
- II. Imprevisibilidad de esa ruptura.

En cuanto al contrato de préstamo bancario, aunque la regulación del préstamo contenida en el Código Civil presupone que el préstamo es un contrato real, que se perfecciona en el momento de la entrega de la cosa prestada (artículo 1740 del Código Civil), sin embargo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2020 afirma que, con carácter general, el contrato de préstamo bancario de dinero tiene carácter consensual, no real, teniendo lugar su consumación cuando el prestamista entrega el capital prestado, no cuando el prestatario paga la última de las cuotas adeudadas.

Artículo 1740 del Código Civil:

“Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama

comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

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

A favor de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, hay que decir que son varios los Juzgados que han confirmado esta visión, resolviendo sobre la aplicación de esta doctrina y la procedencia, incluso, del aplazamiento de pago de deudas bancarias. En este sentido, un Juzgado de Madrid, ha acordado aplazar un año el vencimiento de un préstamo suscrito por una empresa afectada por la crisis económica derivada de la pandemia, prohibiendo a las entidades prestamistas resolver el contrato, exigir su reembolso o ejecutar las garantías.

Una resolución muy relevante en esta materia es el auto número 155/2020, de 30 de abril, del Juzgado de 1ª Instancia número 60 de Madrid, que establece una senda clara en materia de préstamos bancarios cuando los deudores no pueden hacer frente al pago de los plazos. Este auto establece que la capacidad de reembolso había sido calculada en función de un plan de viabilidad basado en una actividad del grupo que podía variar, pero siempre de un escenario de normalidad, dentro de los patrones ordinarios. Si bien, la situación derivada del COVID 19 ha supuesto una situación excepcional sin precedentes, con una caída brusca de la demanda y consecuentemente, la paralización de la economía.

En consecuencia, el magistrado encargado del fallo ha considerado proporcionado una “necesaria adaptación de las instituciones a la realidad social del momento” y una evolución de la doctrina jurisprudencial favorable a una “aplicación normalizada” de la figura de la *rebus sic stantibus* “en cuanto la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”.

De esta manera, a la luz de las resoluciones recientes, se acredita que el COVID 19 y las

consecuencias que trae consigo, no se trata de un hecho que se pudo prever en el momento de la contratación del préstamo y que ha incidido de manera determinante en la capacidad de una de las partes, en este caso, la sociedad prestataria, para poder cumplir con las obligaciones pactadas, es decir, el primer pago de intereses el 1 de marzo y el pago de la primera cuota del principal el 30 de junio.

Así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 2505/2021, de 12 de julio, establece que la declaración del estado de alarma por la pandemia del Covid 19 supone una circunstancia absolutamente excepcional, imprevisible y extraordinariamente grave, que ha tenido un notorio impacto en todo ámbito de relaciones, incluidas las contractuales, al haber supuesto un cambio extraordinario y sobrevenido en las circunstancias tomadas en consideración en el momento de la firma del contrato.

En conclusión, este tipo de resoluciones judiciales menores, preparan el terreno a que los bancos tengan que hacer frente a los aplazamientos en sus créditos ante la situación excepcional y sobrevenida de dificultad producida por la crisis de la pandemia y de esta manera equilibrar la disparidad existente entre las partes contratantes.

La alteración de las circunstancias acaecida habilita al deudor, en este caso la empresa Car4u, para que solicite y obtenga una modificación de las disposiciones contractuales, de tal forma que pueda ejecutar sus obligaciones sin poner en riesgo su supervivencia.

En contra de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, hay que partir de la máxima que el contrato debe ser cumplido en sus propios términos – *pacta sunt servanda*. Es decir, habrá que atenerse al artículo 1091 del Código Civil.

Así con todo, hay que tener en cuenta que la situación de la pandemia de por sí no altera las obligaciones de las partes, de manera que habrá que atender a lo determinado por el contrato suscrito, pues es posible que en él se haya previsto imputar el riesgo para los supuestos imprevisibles e inevitables (artículo 1105 del Código Civil) a una de las partes, en cuyo caso habrá que acogerse a lo pactado.

Artículo 1105 del Código Civil:

“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Cabe recordar que las medidas que fueron adoptadas por el Gobierno para paliar los efectos económicos derivados de la pandemia no contemplaron ninguna medida aplicable a las sociedades; a diferencia de las personas físicas (artículo 16 del Real Decreto-Ley 11/2020), quienes sí pueden obtener la suspensión temporal de las obligaciones derivadas de los créditos sin garantía hipotecarias. Lo cual obviamente en este caso no aplica ya que fue la empresa Car4u la que toma un préstamo bancario para invertir en la compra de nuevos vehículos.

Consecuentemente, la situación derivada de la pandemia del COVID 19 no acarrea la suspensión de los efectos de un contrato de préstamo con una entidad bancaria, ni tampoco se ha adoptado por parte del Gobierno ninguna medida que facilite una moratoria del pago de la cuota de principal ni de los intereses.

Cabe recordar, que estos pagos deberían realizarse el 30 de junio, la primera cuota del principal y el 1 de marzo, el primer pago de los intereses y, por tanto, podemos afirmar que el presente contrato de préstamo es un contrato de corta duración. En este sentido, hay que decir que la Sentencia del Tribunal Supremo 156/2020, de 6 de marzo, entiende que la cláusula *rebus sic stantibus* no resulta aplicable a los contratos de corta duración, señalando que “el cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de 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. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y que no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato”.

Ahora bien, conviene hacer un breve análisis, a la luz de esta sentencia y la situación de la pandemia del COVID 19, para ver la posible aplicación o no de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de préstamo.

La Sentencia del Tribunal Supremo 820/2013, de 17 de enero, afirma que la cláusula *rebus sic stantibus* “trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o 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”.

Consecuentemente, se descarta la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de préstamo, pues la crisis inmobiliaria o el COVID 19, no afecta al fin ni a la onerosidad de los contratos de préstamo, que consisten en devolver el dinero que se entregó con los intereses pactados. Así pues, en el préstamo, la onerosidad de las prestaciones de las partes se ve afectada por el IPC, pero no por la anterior crisis económica iniciada en el 2008 o por la pandemia del COVID, por lo que se entiende que no cabe la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los préstamos, con independencia, eso sí, de que la duración del contrato de préstamo sea mayor o menor.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el cambio de circunstancias no puede ser imputable a una de las partes ni tampoco el deudor de la prestación puede encontrarse en mora. El Gobierno declara el Estado de alarma el 14 de marzo de 2020 y la empresa Car4u debía hacer frente al primer pago de intereses el 1 de marzo de 2020, por tanto, antes de la declaración del Estado de alarma. De esta manera, podemos afirmar que la empresa Car4u se encuentra en una situación de mora.

En cuanto a la suspensión del pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas, hay que decir que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, marcó el inicio de la suspensión general de actividades y de cierre al público de locales y establecimientos en todo el territorio. El 18 de marzo de 2020, entró en vigor el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que introdujo determinadas modificaciones en el Real Decreto 463/2020 orientadas a reforzar la protección de la salud pública y asegurar el funcionamiento de servicios públicos esenciales.

Por lo tanto, una de las primeras medidas de contención adoptadas por el Gobierno de

España para hacer frente a los efectos en la salud pública que trajo consigo la pandemia, fue decretar la suspensión de la apertura de locales y establecimientos de comercio minorista y de actividades que pudieran suponer un riesgo de contagio para la población, dejando a salvo las consecuencias esenciales y de primera necesidad, entre las cuales no se encuentra la actividad realizada por la empresa Car4u.

A favor de la suspensión del pago de las rentas, hay que iniciar afirmando que las medidas aprobadas por el Gobierno supusieron un duro golpe a la economía, sobre todo lo referido al sector servicios, sector en el que se encuentra la empresa Car4u.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el arrendatario de los locales y establecimientos afectados por la normativa reúne en su persona una doble condición frente al arrendador; por un lado, la de deudor del pago de la renta; y, por otro, la de acreedor para exigir que le mantenga en el goce del local en condiciones de servir para el uso convenido, tal y como establece el artículo 1554.3 del Código Civil (“mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato”).

Artículo 1554.3 del Código Civil:

“El arrendador está obligado:

3.º A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato”.

Por lo tanto, si resulta que tal uso o destino del local deviene temporalmente suspendido a consecuencia de un mandato legal como el del Real Decreto 463/2020, cabe entender que el arrendatario, durante el tiempo en el que por mandato legal se le impone el cierre o prohibición de apertura del local, no puede exigir a su arrendador el cumplimiento de la prestación, al impedirlo la ley.

Así con todo, desde la perspectiva del arrendatario (en este caso, la empresa Car4u) el arrendador no le está manteniendo en el goce pacífico del arrendamiento. Ciertamente, se trata de un incumplimiento no culposo, porque lo impone la norma y esto escapa de su

control, pero en definitiva se trata de un incumplimiento al no realizar el compromiso declarado en el artículo 1554.3 Código Civil.

Consecuentemente, y dado el carácter bilateral que tiene el contrato de arrendamiento, se puede afirmar que el arrendatario, Car4u, estaría facultado para oponerse al cumplimiento de su recíproca prestación del pago de la renta, si bien es cierto, única y exclusivamente mientras los 5 meses que permaneció cerrado, por imperativo legal, el edificio de oficinas de Car4u tenía arrendado.

Por otro lado, y con relación a lo anteriormente expuesto, la suspensión del pago de la renta de arrendamiento encontraría marco legal al amparo de la aplicación analógica del artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, al que para los locales remite al artículo 30 del mismo texto legal. Ambos preceptos regulan un supuesto de suspensión de la obligación del pago de la renta por parte del arrendatario y de suspensión del tiempo de duración del contrato, cuando el inmueble requiere la realización de obras de conservación que lo hagan inhabitable o completamente inhábil para el desarrollo de la actividad convenida.

Artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994:

“Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir del mismo, sin indemnización alguna.

La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del plazo del contrato y la suspensión de la obligación de pago de la renta”.

Artículo 30 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994:

“Lo dispuesto en los artículos 21, 22, 23 y 26 de esta ley será también aplicable a los arrendamientos que regula el presente Título. También lo será lo dispuesto en el artículo

19 desde el comienzo del arrendamiento”.

De esta manera, cuando el arrendador no puede mantener al arrendatario en el goce del inmueble mientras se produce una contingencia impeditiva de importante magnitud (obras de conservación), resulta equitativo y conforme a la reciprocidad de intereses y el principio conmutabilidad del contrato que queden igualmente en suspenso, durante el período de duración de aquella contingencia, tanto la obligación de pago de la renta como el tiempo de duración del contrato.

Por consiguiente, de este modo existe una relación de semejanza entre el supuesto previsto en los referidos preceptos y el que es objeto en el presente escrito, y ciertamente, se puede apreciar al respecto un vacío normativo que justifica el recurso analógico, sin que exista ninguna prohibición legal que lo imposibilite.

Además, de acuerdo con el Auto 2982/2021, de 11 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, el hecho de que el legislador haya intentado paliar a través del Real Decreto 15/2020, de 21 de abril, los efectos de la declaración del estado de alarma en los arrendamientos de locales de negocio, no impide a los arrendatarios solicitar el reequilibrio de las prestaciones a través de otras instituciones jurisprudenciales o legales como son la cláusula *rebus sic stantibus*, de antiguo y consolidado reconocimiento jurisprudencial.

En conclusión y de acuerdo con lo desarrollado hasta ahora, podemos afirmar que existe una vía que fundamenta la procedencia de la suspensión del pago de la renta por parte del arrendatario afectado por el Decreto Ley 463/2020. Por lo tanto, desde el día 14 de marzo de 2020 y los 5 meses siguientes en que el edificio de oficinas de la empresa Car4u permaneció en una zona confinada.

Respecto a los *argumentos en contra* de la suspensión del pago de la rentas de arrendamiento, si bien existe una situación en la que el arrendatario no puede pagar la renta del arrendamiento porque, debido al estado de alarma, se ha paralizado por completo su actividad y no ha obtenido ingresos, hay que tener en cuenta que la Ley de Arrendamientos Urbanos no prevé nada al respecto, en consecuencia hay que someterse a la regla general de

pacta sunt servanda, es decir, hay que estar a lo pactado, esto es, el pago de la renta.

Estamos ante una circunstancia sobrevenida fortuita, lo cual no es óbice para no cumplir las obligaciones contractuales, salvo que la prestación sea imposible.

La LAU no prevé en ningún momento alguna obligación para el arrendador de local de negocio en relación con una rebaja de la renta al arrendatario cuando éste no puede cumplir por caso fortuito. Esto es así porque no se produce una imposibilidad sobrevenida fortuita ya que se trata de entrega de dinero y ésta no deviene imposible. De esta forma, el riesgo recae y lo padece el arrendatario, es decir, la empresa Car4u.

Consecuentemente, podría aplicarse por analogía el artículo 1575 del Código Civil – referido a los arrendamientos rústicos – para proceder no a una suspensión, sino a una rebaja de la renta (“por pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo pacto especial en contrario. Se entendería por caso fortuito extraordinario: el incendio, la guerra, peste, la inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever”).

Artículo 1575 del Código Civil:

“El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos, por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever”.

Por consiguiente, lo que se pretende es que el arrendatario pueda reclamar al arrendador una rebaja en la renta en la misma proporción a la rebaja sufrida en sus ingresos. Por tanto, la solución no radica en la suspensión de la renta, sino en una rebaja. De esta forma, pasado

el COVID, la empresa Car4u volverá a deber la renta original pero no aquella renta original devengada en el período de pandemia, facilitando de esta manera la recuperación del deudor al repartir de manera justa los riesgos de esta circunstancia excepcional.

En consecuencia, pese a la conexión que puede asemejarse entre los presupuestos de la cláusula *rebus sic stantibus* y los extraordinarios e imprevisibles sucesos y contingencias de todo orden, sanitario, social y económico que derivan de la pandemia del COVID 19, la suspensión por completo del pago de la renta de arrendamiento durante el periodo de clausura obligatoria de locales y establecimientos, no tiene un claro encaje como medida conducente a reequilibrar la inestabilidad entre las prestaciones, que es precisamente el objetivo fundamental de la cláusula *rebus sic stantibus*. La cláusula *rebus sic stantibus* no resulta de aplicación ante la ausencia de una de las prestaciones, que es en el escenario que nos encontramos como consecuencia del Decreto Ley 463/2020.

Como *conclusiones* a las preguntas 4 y 5, podemos afirmar lo siguiente:

- I. De acuerdo con las resoluciones judiciales más recientes, se entiende que el COVID 19 y todas sus consecuencias, no es una situación que se pudo prever con anterioridad y esto ha supuesto un cambio extraordinario y sobrevenido en las circunstancias.
- II. Las medidas que fueron aprobadas por el Gobierno para paliar los efectos económicos derivados de la pandemia no contemplaron ninguna disposición aplicable a las sociedades. Consecuentemente, la situación derivada del coronavirus no acarrea la suspensión de los efectos de un contrato de préstamo con una entidad bancaria, pues la situación de pandemia vivida no afecta ni al fin ni a la onerosidad de los contratos de préstamo.
- III. Respecto a las rentas de arrendamiento de las oficinas, una de las primeras medidas de contención adoptadas por el Gobierno respecto al coronavirus fue decretar la suspensión de la apertura de locales y establecimientos establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Por tanto, existe una vía que fundamenta la procedencia de la suspensión del pago de la renta por parte del arrendatario afectado por el referido Decreto.

IV. Desde la perspectiva del arrendatario – Car4U – el arrendador no le está manteniendo en el goce pacífico del arrendamiento, de acuerdo con el artículo 1554.3 del Código Civil, lo que constituiría un argumento a favor de una quita en la renta durante el tiempo en el que no se ha podido acceder a las oficinas.

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

En primer lugar, debemos tener en consideración la cláusula contractual de no competencia recogida en el contrato de compraventa.

Ante el incumplimiento por parte de D. Nicolás de la cláusula contractual de no competencia, Aussie LTD podría reclamar una indemnización por vulneración de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil.

Artículo 1258 del Código Civil:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

En este caso, y a la luz del informe del investigador privado, así como del contenido del e-mail recibido por Aussie LTD, todo parece indicar que D. Nicolás ha incumplido con lo expresamente pactado en la cláusula contractual por la que se le prohibía 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.

Este incumplimiento podría alegarlo incluso en el caso de no haber sido expresamente incluido en el contrato, tal y como viene reconociendo el Tribunal Supremo, por vulneración del principio de buena fe al que se refiere el mencionado artículo 1258 del Código Civil. También cabe destacar, entre otras, la STS de 18 de mayo de 2012 y la STS de 9 de mayo de 2016, que se pronuncian de esta manera. Así la STS de 18 de mayo de 2012, en su Fundamento de Derecho 6º, al analizar la legalidad de los pactos de no competir indica: “...cuando los contratos regulan relaciones que comportan la transmisión de una empresa, clientela, know how, en los que la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una

imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado.

Incluso, de no estar expresamente pactadas, pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de lo que disponen los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio -así se establece, por ejemplo, en el artículo 2557 del Código Civil italiano según el que "[c]hi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta" (quién enajena la empresa tiene que abstenerse, por el período de cinco años de la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por el objeto, la ubicación u otras circunstancias sea idónea para desviar a la clientela de la empresa cedida).

Más aun, como apunta la moderna doctrina, en estos supuestos, la transmisión de la empresa supone mantener en el mercado la situación competitiva desplegada antes por el transmitente y a raíz de la transmisión por el adquirente, que en otro caso no habría adquirido y, por otro, permite que el transmitente, una vez transcurrido el tiempo pactado, pueda desembarcar en el mercado y competir con el adquirente, lo que permite calificarlas de cláusulas nada más aparentemente restrictivas que se revelan procompetitivas a medio y largo plazo.

El incumplimiento contractual, daría lugar a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a Aussie LTD en virtud de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil. De acuerdo con este artículo, “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el incumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Como se indica en el Fundamento de Derecho 6^a de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2016, igualmente aplicable al presente caso, que recoge la reclamación derivada del contrato de compraventa de acciones de la sociedad Aerlyper S.A., por el que D. Simón y Compañía Española de Técnica Aeronáutica S.A. (CETA, S.A.) vendieron a Velfer Consultores Dos S.L. y Servicios de Consultoría y Desarrollos Operacionales S.L., acciones equivalentes al 75% del capital social de Aerlyper, S.A en el que se incluía una

cláusula de exclusividad y no competencia que fue vulnerada por D. Simón:

“De lo expuesto, se deduce que en los contratos de transmisión de empresa el empresario transmitente tiene básicamente dos obligaciones: 1ª) Por un lado, una obligación de hacer, consistente en el deber de comunicar al adquirente los conocimientos e informaciones relativos a los procedimientos técnicos de producción y a las estructuras, sistemas y relaciones que configuran la organización comercial de la empresa, tales como los sistemas de ventas, las listas de clientes y proveedores, las estrategias comerciales en el mercado, las redes de distribución y comercialización, etc. 2ª) Por otro lado, una obligación de no hacer, que se materializa en la imposición al transmitente del deber de abstenerse de realizar una actividad competitiva en relación con la actividad empresarial transmitida. La finalidad de esta obligación de no hacer reside en impedir que el transmitente pueda atraer al adquirente la clientela adquirida hasta el momento de la cesión, obstaculizándole la obtención de la nueva clientela que la empresa transmitida está capacitada para captar en el momento de la transmisión; o si se prefiere, en posibilitar que el adquirente de la empresa, merced al negocio jurídico de transmisión, se coloque en condiciones de poder continuar la normal explotación de la empresa adquirida.”

Los requisitos para el resarcimiento son, tal y como indican Luis Díez Picazo y Antonio Gullón¹, recogiendo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010:

- a) Prueba de su existencia
- b) Nexo causal
- c) Criterio de la imputación

Así, a la vista de lo anteriormente expuesto, Aussie LTD debería valorar los daños y perjuicios derivados de la conducta de D. Nicolás, considerando no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante, ya que tal y como establece el artículo 1106 del Código Civil, “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que

¹ Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Madrid. 2017. Ed. Tecnos. Vol. II pág. 148.

hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

En relación con el daño resarcible, el artículo 1107 del Código Civil diferencia entre el deudor de buena fe y el doloso, de modo que, *“los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”*.

En el supuesto objeto del presente informe nos encontramos ante un comportamiento doloso por parte de D. Nicolás, y por tanto debería responder de todos los daños que conocidamente se deriven de su falta de cumplimiento de la obligación contractual de no operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un período de al menos 10 años, así como utilizar el *know-how* de Car4u sin su permiso. A estos efectos, el dolo implica un incumplimiento consciente y voluntario de la obligación, en el caso que nos ocupa, de abstenerse de 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, sin que sea necesaria la intención de causar perjuicio.

El dolo debe ser probado por la parte que lo alega, y en este sentido Aussie LTD podría recurrir al correo electrónico remitido por la Directora de RIS en el que se evidencia que el Sr. García era totalmente consciente en el cumplimiento de su obligación.

Igualmente, Aussie LTD podría demandar a Car4mi por competencia desleal conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, según el cual, se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales.

Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal:

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

Esta legislación de secretos empresariales no es otra que la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. A efectos de esta Ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) Tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley de Secretos Empresariales, la utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.

Artículo 3.2 de la Ley de Secretos Empresariales:

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

A su vez el apartado 3 del artículo 3 considera asimismo ilícitas, la obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial cuando la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto

empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior.

Artículo 3.3 de la Ley de Secretos Empresariales:

“La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran asimismo ilícitas cuando la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior”.

Frente a estas prácticas de utilización y revelación de secretos empresariales, Aussie LTD podrá ejercitar las acciones civiles establecidas en el artículo 9 de la Ley de Secretos Empresariales, y entre ellas, entiendo que son aplicables al presente caso: la declaración de la violación del secreto empresarial, la cesación o, en su caso, la prohibición de los actos de violación del secreto empresarial, así como la indemnización de los daños y perjuicios, y la publicación o difusión completa o parcial de la sentencia.

Artículo 9 de la Ley de Secretos Empresariales:

“1. Contra los actos de violación de secretos empresariales podrán, en especial, solicitarse:

- a) La declaración de la violación del secreto empresarial.*
- b) La cesación o, en su caso, la prohibición de los actos de violación del secreto empresarial.*
- c) La prohibición de fabricar, ofrecer, comercializar o utilizar mercancías infractoras o de su importación, exportación o almacenamiento con dichos fines.*
- d) La aprehensión de las mercancías infractoras, incluida la recuperación de las que se encuentren en el mercado, y de los medios destinados únicamente a su producción, siempre que tal recuperación no menoscabe la protección del secreto comercial en cuestión, con una de las siguientes finalidades: su modificación para eliminar las características que*

determinen que las mercancías sean infractoras, o que los medios estén destinados únicamente a su producción, su destrucción o su entrega a entidades benéficas.

e) La remoción, que comprende la entrega al demandante de la totalidad o parte de los documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos y cualesquiera otros soportes que contengan el secreto empresarial, y en su caso su destrucción total o parcial.

f) La atribución en propiedad de las mercancías infractoras al demandante, en cuyo caso el valor de las mercancías entregadas podrá imputarse al importe de la indemnización de daños y perjuicios debida, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del infractor en lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria que exceda del referido valor. Si el valor de las mercancías excede del importe de la indemnización, el demandante deberá compensarlo a la otra parte.

g) La indemnización de los daños y perjuicios, si ha intervenido dolo o culpa del infractor, que será adecuada respecto de la lesión realmente sufrida como consecuencia de la violación del secreto empresarial.

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

2. Las medidas adoptadas en virtud de las letras d), e) y h) del apartado anterior se ejecutarán a expensas del infractor, salvo que por excepción haya motivos para que deba ser de otro modo, y no restringen el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ostentar el demandante.

3. Para determinar las medidas que se acuerden por virtud de las acciones del apartado 1, se tendrá en cuenta su proporcionalidad y las circunstancias del caso, y entre ellas el valor y otras características del secreto empresarial en cuestión, las medidas adoptadas para su protección, el comportamiento del infractor, las consecuencias de la violación del secreto empresarial, la probabilidad de que el infractor persista en la violación, los intereses legítimos de las partes, las consecuencias que podría tener para las partes que se estimen o no las acciones ejercitadas, los intereses legítimos de terceros, el interés público y la salvaguarda de los derechos fundamentales.

A los efectos de la publicación o difusión de la sentencia, los jueces y tribunales también tendrán en cuenta si la información relativa al infractor permitiría identificar a una

persona física y, de ser así, si se justifica la publicación de dicha información, atendiendo, en particular, al posible perjuicio que esa medida pudiera ocasionar a la intimidad y reputación del infractor condenado.

4. Cuando la sentencia limite la duración de la cesación y prohibición que ordene, dicha duración deberá ser suficiente para eliminar cualquier ventaja competitiva o económica que el infractor hubiera podido extraer de la violación del secreto empresarial.

5. Las medidas de cesación y prohibición dejarán de tener efecto, a instancia de parte, cuando la información en cuestión deje de constituir un secreto empresarial por causas que no puedan atribuirse directa o indirectamente al infractor condenado.

6. En los supuestos de las letras a) a f) del apartado 1, la sentencia fijará, si así hubiera sido solicitado por el actor, la cuantía líquida de una indemnización coercitiva a favor del demandante, adecuada a las circunstancias, por día transcurrido hasta que se produzca el cumplimiento de la sentencia. Su importe se acumulará al que corresponda percibir al demandante con carácter general. Al solicitar la ejecución se podrá pedir que se entienda ampliada a los sucesivos incumplimientos, en los términos previstos en el artículo 578 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

7. A petición de la parte demandada, cuando sea un tercer adquirente de buena fe, las medidas objeto de las acciones del apartado 1 podrán sustituirse por el pago a favor de la parte demandante de una indemnización pecuniaria, siempre que ésta resulte razonablemente satisfactoria y la ejecución de aquellas medidas hubiera de causar a la parte demandada un perjuicio desproporcionado. La indemnización pecuniaria que sustituya a la cesación o prohibición no excederá del importe que habría habido que pagar al titular del secreto empresarial por la concesión de una licencia que habría permitido utilizarlo durante el período en el que su utilización hubiera podido prohibirse”.

7. ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?

En relación con la posible defensa de Car4mi frente a las acciones que Aussie LTD pudiera adoptar por el incumplimiento de la cláusula de no competencia y confidencialidad, así como por infracción de la Ley de Secretos Empresariales, las mismas serían aquellas enfocadas a demostrar que no existe ningún tipo de relación entre la empresa Car4mi y el Sr. García, así como que no ha obtenido, ni utilizado en el desarrollo de su actividad ningún secreto empresarial.

En primer lugar, Car4mi no tiene ningún tipo de vinculación con D. Nicolás, ni a nivel de participación de este en la propiedad de la empresa, ni tampoco a nivel laboral. Aspecto este que podrá demostrar mediante la exhibición de la correspondiente escritura de constitución de esta, como mediante los Tc2 en los que figuran los empleados a su cargo.

Por otro lado, la defensa de Car4mi estaría basada en desvirtuar las posibles pruebas que pudiera aportar Aussie LTD. En primer lugar, la prueba documental y testifical que pueda aportar Aussie LTD, mediante el informe del investigador privado, carecería de valor probatorio alguno, toda vez que se basa en la presunta convivencia de D. Nicolás y la principal accionista de Car4mi. Es evidente que, para llegar a esa conclusión, el investigador ha tendido que vulnerar el derecho constitucional a la intimidad de D. Nicolás y Doña Beatriz, por lo que no puede ser tomado en cuenta.

A este respecto, y en relación al alcance de este derecho fundamental frente al uso generalizado de las nuevas tecnologías, sentencias como la 799/2010, de 10 de diciembre, 634/2017, de 23 de noviembre o 461/2019, de 24 de septiembre, vienen a decir que el deseo natural del ser humano de vivir sin tener que soportar injerencias ajenas que no sean queridas, dentro del ámbito considerado como propio o personal, se reconoce, no sólo como una condición imprescindible para una mínima calidad de vida, especialmente, en momentos en que los avances tecnológicos facilitan extraordinariamente las intromisiones sin conocimiento del titular, sino también como una garantía del desarrollo de la personalidad de cada individuo en su relación con los semejantes.

De esta manera, es cada persona quien tiene el derecho a controlar la información personal sobre ella misma, controlando su propia existencia como considere, pudiendo prohibir a los demás de llevar a cabo intromisiones en su esfera de privacidad, tal y como establece la sentencia 1233/2008.

Hay que recordar que han de concurrir una serie de presupuestos para que, según la jurisprudencia constitucional, sea legítima cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, y esto viene fundamentalmente determinado por el cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad. Para saber si una determinada medida supone una restricción de un derecho fundamental, hay que comprobar si se dan los siguientes requisitos:

- Juicio de idoneidad
- Juicio de necesidad
- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la Ley de Seguridad Privada, en su artículo 48 apartado 3º prohíbe investigar la vida íntima de las personas que se lleve a cabo en sus domicilios u otros lugares reservados.

Artículo 48.3 de la Ley de Seguridad Privada:

“En ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos”.

Así, la reciente sentencia del Tribunal Supremo 851/2021, de 9 de diciembre, al igual que la STS 278/2021, de 10 de mayo, establece dos requisitos para que la investigación privada no implique una intromisión ilegítima en la intimidad y la propia imagen: la existencia de habilitación legal y proporcionalidad. Y en cuanto a la proporcionalidad, indica que: *“constituye un límite legal que las pesquisas no tengan lugar en domicilios o lugares*

reservados”.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, no existiría ni habilitación legal, ni proporcionalidad en la actuación investigadora, y por tanto la misma quedaría invalidada.

Por otro lado, no existe ningún tipo de secreto empresarial en el desarrollo de una empresa de *car sharing* dado que es un tipo de negocio implantado por un gran número de compañías y el sistema de funcionamiento es totalmente similar en todas ellas.

De esta manera, no existe, a estos efectos un *know-how* que pudiera haberse desvelado de forma ilegítima en el sentido requerido por la Ley de Secretos Empresariales, ya que éste ha sido definido por la jurisprudencia como el “conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación”. Así queda establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005.

De esta forma, no existiendo por tanto ese necesario conocimiento secreto que otorgaría a Aussie LTD una ventaja sobre sus competidores en el negocio del *car sharing* no ha existido revelación de secreto empresarial alguno, y por tanto no procedería la estimación de las reclamaciones que pudiera formular a Car4mi.

A su vez, Car4mi podría alegar la vulneración por parte de Aussie LTD de lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia, toda vez que la cláusula de no competencia por el plazo de 10 años podría considerarse como abusiva.

La no competencia en adquisiciones de empresa no se encuentra regulada en la normativa española, pero se suele aplicar por analogía el plazo máximo de dos años contemplado para los contratos de agencia o de hasta tres años, tomando como referencia la Decisión de la Comisión Europea de 1 de septiembre de 2000 (caso Clayton Dubilier & Rise/Italtel).

Por otro lado, la jurisprudencia menor viene considerando igualmente abusivo el plazo de 10 años, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 350/2015 de 4 de diciembre, que recoge la fundamentación de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de fecha 9 de mayo de 2008, consideró que *“impedir al demandado desplegar su actividad profesional, por sí mismo o a través de una sociedad, por el plazo de 10 años que contempla el contrato, implicaría una inadmisibles restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el artículo 35 de la Constitución, del que es reflejo el artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que dicho pacto vulnera el orden público, determinando la nulidad de la cláusula, al menos, en lo que excediera de dos años (artículo 1255 del Código Civil en relación con el límite establecido en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores), lo que conduce a la desestimación de la demanda al no constar que la sociedad constituida por el demandado comenzara su actividad antes de expirar el mencionado plazo.”*

Como *conclusión* a las cuestiones formuladas en relación a los apartados 6 y 7 del presente informe, podemos indicar que:

I) Aussie LTD podría iniciar acciones contra D. Nicolás por la vulneración del cumplimiento de la cláusula de no competencia en el sector del *car sharing* por el plazo de 10 años, y en consecuencia reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

II) Igualmente Aussie LTD podría reclamar a D. Nicolás la compensación por daños y perjuicios establecida en el art. 9 de la Ley de Secretos Empresariales.

III) Car4mi podrá alegar su ausencia de vinculación empresarial con D. Nicolás. Así como el hecho de que las presuntas pruebas aportadas por Aussie LTD no pueden ser tomadas en consideración dado que las mismas se han obtenido vulnerando su derecho a la intimidad.

IV) D. Nicolás, en caso de reclamación por Aussie LTD, podrá alegar la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia, toda vez que la cláusula de no competencia por el plazo de 10 años podría considerarse como abusiva.

CONCLUSIONES

Del estudio de las cuestiones analizadas se formulan las siguientes conclusiones:

I.- Considerada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la resolución de contratos por incumplimiento de los mismos, la acción de Aussie LTD contra al Sr. García, basada en que gran parte de los vehículos se encontraban averiados no podría prosperar. La relevancia del importe del arreglo de los vehículos no es esencial en el conjunto del importe de la operación.

II.- Si bien Aussie LTD podría ejercitar una acción por daños y perjuicios derivada de la necesidad de reparación de un importante número de vehículos, el Sr. García podría alegar no solo que el objeto de la compraventa era el 80% de las acciones de Cart4u, lo que incluye tanto el activo, como el pasivo de la empresa, sino que se realizó una exhaustiva *due diligence*, así como el conocimiento del negocio por parte de Aussie LTD.

III.- Aussie LTD no puede exigir al vendedor saneamiento por daños y perjuicios ya que como comprador no se ve imposibilitado para realizar la finalidad objeto de la compraventa.

IV.- Aussie LTD realizó una *due diligence* exhaustiva para conocer todos los detalles de Car4U. Como consecuencia de la *due diligence*, el precio pagado en la compraventa fue inferior al inicialmente ofrecido. Por otro lado, Aussie LTD es un perito conforme al artículo 1484 del Código Civil, lo que implica que una acción por saneamiento de daños y perjuicios no pueda prosperar.

V.- Las medidas que aprobadas por el Gobierno para paliar los efectos económicos derivados de la pandemia del COVID 19, no contemplaron ninguna disposición aplicable a Car4U en relación a su préstamo ni a su contrato de alquiler de oficina.

VI.- Se descarta la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de préstamo pues la situación de pandemia vivida no afecta ni al fin ni a la onerosidad de los contratos de préstamo.

VII.- Existe una vía que fundamenta la procedencia de la suspensión del pago de la renta por parte del arrendatario afectado por el Decreto 463/2020. Igualmente se podría argumentar a favor de una quita en la renta durante el período en el que no se ha podido acceder al mismo.

VIII.- Aussie LTD podría iniciar acciones contra D. Nicolás por la vulneración del cumplimiento de la cláusula de no competencia en el sector del *car sharing* por el plazo de 10 años, y en consecuencia reclamar una indemnización por daños y perjuicios. Igualmente Aussie LTD podría reclamar a D. Nicolás la compensación por daños y perjuicios establecida en el art. 9 de la Ley de Secretos Empresariales.

IX.- Car4mi podrá alegar su ausencia de vinculación empresarial con D. Nicolás. Así como el hecho de que las presuntas pruebas aportadas por Aussie LTD no pueden ser tomadas en consideración dado que las mismas se han obtenido vulnerando su derecho a la intimidad. D. Nicolás, en caso de reclamación por Aussie LTD, podrá alegar la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia, toda vez que la cláusula de no competencia por el plazo de 10 años podría considerarse como abusiva.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

José Castán Tobeñas. (2008). Derecho civil español, común y foral. Madrid. Ed. Reus.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. (2017). Sistema de Derecho Civil. Madrid. Ed. Tecnos.

Fuentes jurisprudenciales

Sentencia del Tribunal Supremo, 437/1984, de 6 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo, 693/1990, de 19 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 606/1991, de 4 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo, 78/1993, de 28 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo, 110/1994, de 11 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo, 470/1998, de 1 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo, 1048/2000, del 15 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 777/2005, de 17 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 785/2005, de 21 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 1233/2008, de 16 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo, 594/2008, de 12 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo, 1059/2008, de 20 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 859/2009, de 14 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo, 852/2009, de 21 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 130/2010, de 23 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo, 799/2010, de 10 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 294/2012, de 18 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo, 820/2013, de 17 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo, 242/2015, de 13 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo, 303/2016, de 9 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo, 634/2017, de 23 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 461/2019, de 24 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, 119/2020, de 20 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo, 156/2020, de 6 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo, 389/2020, de 10 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo, 278/2021, de 10 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo, 851/2021, de 9 de diciembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, 146/2020, de 9 de marzo.

Auto número 155/2020, de 30 de abril, del Juzgado de 1ª Instancia número 60 de Madrid.

Auto 2982/2021, de 11 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 2505/2021, de 12 de julio.

Fuentes normativas

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

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

Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

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

Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020.

Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Decisión de la Comisión Europea de 1 de septiembre de 2000.