



ICADE

Caso práctico para el Trabajo de Fin de Master

Master universitario en Acceso a la Abogacía

Especialidad relaciones jurídico privadas

Curso 2021/2022

Autor:

Alicia Ruiz Barrilero

Director:

José Antonio Calleja

Facultad de Derecho. Universidad Pontificia de Comillas

Enero 2022

INDICE

BLOQUE I: Resolución contractual y saneamiento por vicios ocultos.	2
Antecedentes de hecho.....	2
1. Resolución por incumplimiento.....	2
1.1. Requisitos del incumplimiento del contrato.....	3
a) Argumentos a favor de Aussie LTD: Frustración del fin del contrato.....	3
b) Argumentos a favor de Don. Nicolás: Inexistencia de dolo.....	5
1.2. Interpretación literal del contenido del contrato.....	6
1.3. Buena Fe contractual.....	7
a) Argumentos a favor de Aussie LTD.....	7
b) Argumentos a favor de Don. Nicolás.....	8
1.4. Manifestaciones y Garantías.....	9
1.5. El Proceso de due diligence.....	11
a) Argumentos a favor de Aussie LTD.....	12
b) Argumentos a favor de Don. Nicolás.....	13
1.6. Daños y perjuicios.....	16
Conclusiones.....	18
2. Saneamiento por vicios ocultos.....	18
a) Argumentos a favor de la procedencia del saneamiento por vicios ocultos.....	18
b) Argumentos en contra de la procedencia del saneamiento por vicios ocultos.....	20
2.1. Oposición de Don. Nicolás 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.....	21
a) Argumentos a favor de Don. Nicolás.....	22
b) Argumentos a favor de Aussie LTD.....	23
Conclusiones.....	24
BLOQUE II: Cláusula Rebus Sic Stantibus.....	26
Antecedentes de hecho.....	26
1. Aplicación de la cláusula rebus sic stantibus al contrato de préstamo.....	27
a) Argumentos a favor.....	28
b) Argumentos en contra.....	34
Conclusiones.....	36
2. Aplicación de la cláusula rebus sic stantibus al contrato de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde se gestionaba la compañía.....	36
a) Argumentos a favor.....	36
b) Argumentos en contra.....	40
Conclusiones.....	41
BLOQUE III: Pacto de no competencia post contractual.....	43
Antecedentes de Hecho.....	43
1. Pacto de no competencia post-contractual, infracción del derecho de marca y actos de competencia desleal.....	44
a) Argumentos a favor de Aussie LTD.....	46
b) Defensa de Car4mi.....	53
Conclusiones.....	56
BIBLIOGRAFÍA.....	57

BLOQUE I: Resolución contractual y saneamiento por vicios ocultos.

Antecedentes de hecho.

El día 15 de febrero de 2021, Don Nicolás García en nombre y representación de la empresa Car4u, y la empresa Aussie LTD, tras un largo proceso de negociación y haber realizado una *due diligence* exhaustiva, llegaron a un acuerdo por el cual firmaron un contrato de compraventa sujeto a derecho español común. En virtud de dicho contrato, Aussie LTD, uno de los diez fondos de inversión más grandes del mundo, adquirió las participaciones sociales representativas de un 80% del capital social de Car4u, empresa de *carsharing* número uno en España en el año 2020, por un precio de 3.500.000 de euros que fueron pagados ese mismo día.

Pocos días después de adquirir las participaciones sociales, Aussie LTD descubre que un porcentaje bastante alto de vehículos está averiado y requiere reparaciones por un importe total de 300.000 euros. Dadas las circunstancias, Aussie LTD se plantea resolver el contrato de compraventa firmado el 15 de febrero de 2021, alegando el incumplimiento de Don Nicolás García.

A continuación, estudiaremos cada una de las cuestiones que afectan a la posible resolución del contrato por incumplimiento de manera unitaria, analizando los argumentos a favor y en contra de cada una de las partes.

1. Resolución por incumplimiento.

La resolución es un tipo de ineficacia sobrevenida de los contratos que en su formación carecían de defectos o vicios. El artículo 1124 del Código Civil (en adelante “CC”) establece la posibilidad de resolver las obligaciones recíprocas cuando uno de los obligados no cumpliere con lo que le incumbe, así sostiene que:

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

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible...”¹

De este modo, el artículo 1124 CC faculta al perjudicado para escoger entre exigir el cumplimiento de las obligaciones o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios y abono de los intereses en ambos casos. Es decir, el perjudicado podrá optar entre plantear una acción redhibitoria o una acción *quantum minoris*.

Para la resolución del contrato por incumplimiento de la parte vendedora, deberán darse los requisitos y circunstancias que estudiaremos a continuación.

1.1. Requisitos del incumplimiento del contrato.

a) Argumentos a favor de Aussie LTD: Frustración del fin del contrato

En primer lugar, habrá de tenerse en cuenta a la hora de analizar la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento, si el incumplimiento contractual afecta a un activo esencial de la empresa y por tanto afecta negativamente a la causa del mismo. En este caso, podemos determinar que la causa del contrato, entendida como la causa fundamental por la que un contratante se obliga frente al otro, es la explotación de la empresa Car4u. De modo que los vehículos pueden considerarse un activo esencial necesario para la consecución del fin del contrato.

En este sentido, la jurisprudencia se ha manifestado en relación a la necesidad de la frustración del fin del contrato como requisito para la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la parte vendedora en el siguiente sentido: “*La jurisprudencia más reciente (SSTS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011,4530); 10 de*

¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

septiembre de 2013 (RJ 2013,2266) y 21 de marzo de 2012 (RJ 2012,5128) y, 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4594)) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) en el sentido de entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 (2.b)), cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda, entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado que se hallaba al estipularse el contrato (artículo 1468 CC) y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC , en relación con el artículo 1445 CC).”²

De este modo, el incumplimiento en que se funde la resolución del contrato ha de ser grave y esencial y se entiende como tal cuando la conducta del vendedor de lugar a la frustración del fin del contrato de modo que el comprador no pueda ya lograr las aspiraciones en virtud de las cuales acordó la compra de la cosa. Además, establece que entre las expectativas lógicas del comprador se encuentra el hecho de recibir la cosa en la forma en la que se hubiera estipulado en el contrato y en el estado que estaba en el momento de la compraventa.

En este caso, Aussie LTD deberá alegar que el hecho de que gran parte de los vehículos que forman la flota de Car4u estén averiados, puede considerarse como un vicio en un activo esencial de la compraventa, al frustrar las averías en gran parte de la flota de los vehículos que conforman la flota de Car4u el fin del contrato. De forma que se trata de un vicio grave y esencial en el consentimiento prestado por el comprador, en tanto que frustra la finalidad del contrato. Es decir, impide la explotación de la empresa objeto de la compraventa en las condiciones normales en las que Car4u la compró.

² TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 684/2013 de 5 de noviembre de 2013.

Asimismo, que en el caso de haber conocido dicha contingencia, o bien no hubiera adquirido el 80% de las participaciones de la empresa, o bien hubiera exigido una disminución del precio de adquisición de dichas participaciones.

Todo ello procederá, siempre y cuando la contingencia fuera anterior al 15 de febrero de 2021, fecha de firma del contrato, y Aussie LTD no la hubiera podido conocer, por los medios que más tarde analizaremos.

En cuanto al dolo, este existirá cuando el silencio del vendedor respecto de las circunstancias en base a las cuales, se pretende resolver el contrato merezca la calificación de “maniquinación insidiosa”, es decir, de dolo omisivo, o cuando el vendedor haya realizado manifestaciones garantizando la idoneidad de lo vendido para la explotación de la empresa contrarias a la verdad.³ En este sentido, Aussie LTD deberá demostrar que Don. Nicolás, consciente de las averías en gran parte de los vehículos que conforman la flota de Car4u, le ocultó deliberadamente dicha circunstancia, obrando de forma dolosa.

b) Argumentos a favor de Don. Nicolás: Inexistencia de dolo.

Como anteriormente hemos mencionado, para poder resolver el contrato por incumplimiento del vendedor, deberá existir dolo y el mismo deberá de ser probado por la parte que lo alega. En este sentido ha establecido la Audiencia Provincial de Barcelona que *“El dolo, como vicio del consentimiento, presupone el empleo, por uno de los contratantes, de engaño, maniobra o maquinación, intencionadamente, con el fin de producir en el otro un conocimiento equivocado o una representación mental errónea sobre la situación verdadera.”*⁴ En este caso, Don. Nicolás debería haber ocultado intencionadamente el hecho de que parte de su flota de vehículos estaba averiada. En este sentido, Don. Nicolás deberá argumentar que desconocía la circunstancia de que gran parte de los vehículos de Car4u estaban averiados, de forma que no se lo ocultó

³ Alfaro, Jesús *“La compraventa de empresas (v): Patología y remedios frente al incumplimiento”*, Agosto, 2021. (Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-v-patologia-y-remedios-frente-al-incumplimiento>)

⁴ AP de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia de 5 enero 2000

intencionadamente al comprador, dado que el tampoco la conocía, por tanto, no puedo obrar dolosamente.

Otro de los requisitos que exige el dolo, es el de que, en el caso concreto, la ocultación de dicha información haya sido determinante en la declaración de voluntad del comprador. De modo que, *“Presupone el dolo, entre otros requisitos, el de ser determinante de la declaración de voluntad de la otra parte o del contenido de la misma (el dolo provoca, normalmente, un error, el llamado error doloso).”*⁵ En este caso, Don. Nicolás, deberá alegar, que el buen estado de los vehículos de la flota de Car4u, no era un activo esencial en el contrato de compraventa y que en caso de existir dicho dolo, no se trataría de un dolo esencial que haya sido determinante en la declaración de voluntad de Aussie LTD, sino que dicha declaración de voluntad se basa en todo el conjunto de elementos de conforman la sociedad objeto de la compraventa y que de este modo, incluso en el caso de existir dolo, dicho dolo no afecta a un activo esencial de la compraventa, por lo que no existe un error grave y esencial.

1.2. Interpretación literal del contenido del contrato

En este contexto, establece el artículo 1281 CC la importancia de estar a lo dispuesto en el contrato y al sentido literal de sus cláusulas:

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

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

La literalidad de lo establecido en el contrato (*in claris non fit interpretatio*), prevalece al resto de criterios de interpretación de los contratos. De forma, que cuando sus términos son claros, no cabe interpretación posible. En relación con el artículo 1281

⁵ AP de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia de 5 enero 2000

CC, sostiene la jurisprudencia que *“en orden a las reglas interpretativas de los contratos el primer criterio a tener en cuenta es el literal recogido en el párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil (LEG 1889,27) que, caso de resultar suficiente para determinar el contenido y efectos de aquéllos, excluye la posibilidad de acudir con éxito a otras reglas de interpretación contenidas igualmente en el Código Civil, tal y como nos recuerdan, entre otras, las SSTs 2-11-1983 , 19-01-1990 , 7-07-1995 , 2-09-1996 , en las que se señala que las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289 del CC constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango prioritario y preferencial la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal.”*⁶

De modo que, siempre y cuando del contrato compraventa de la empresa Car4u, pueda desprenderse claramente cual era la intención de los contratantes, las consecuencias deberán ser las que las partes hubieran establecido en dicho contrato.

1.3. Buena Fe contractual

a) Argumentos a favor de Aussie LTD

Como argumento a favor de la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor, Aussie LTD podrá alegar también la transgresión de la buena fe contractual por parte de Don. Nicolás, el artículo 7.1 CC establece que:

“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.”.

Asimismo, el artículo 1258 establece las bases de la buena fe contractual:

⁶ AP de Islas Baleares (Sección 5ª) Sentencia num. 162/2016 de 14 junio.

“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.”

Por tanto, Aussie LTD deberá alegar que confió en la buena fe del vendedor, y en que las manifestaciones que este realizó en el contrato de compraventa de la empresa eran veraces y se ajustaban a la realidad de Car4u. Aussie LTD deberá probar, una vez más para alegar la transgresión de la buena fe por parte del vendedor, que Don. Nicolás no le informó de las contingencias existentes en la flota de vehículos de la empresa, actuando por tanto de mala fe, al ocultar deliberadamente información al comprador, que Don. Nicolás conocía y que las contingencias ocultadas por parte del vendedor existían antes del 15 de febrero de 2020.

b) Argumentos a favor de Don. Nicolás

En sentido contrario, en relación con la buena fe contractual, establece la STS de 17 de noviembre de 2006 que, *“no puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (artículos 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información de los vendedores que venga a coincidir con la que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contraparte un comportamiento diligente lo que no ocurre, desde luego, cuando se trate de circunstancias o de condiciones que estén en contradicción o supongan modificación o alteración de hecho de cuanto se refleje en los Registros o Archivos”*⁷. En el supuesto en el que nos encontramos puede también entenderse que no era obligación del vendedor informar al comprador de las averías en parte de la flota de vehículos de Car4u, en caso de que la parte vendedora fuera consciente de las mismas.

Además, dicha buena fe entraña también el deber del comprador de actuar diligentemente, teniendo en cuenta que tuvo la oportunidad de llevar a cabo una *due*

⁷ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 1139/2006 de 17 noviembre de 2006.

diligence exhaustiva y que pudo revisar toda la información y las instalaciones de la empresa que pretendía comprar antes de acordar el precio de compra y firmar el contrato de compraventa.

1.4. Manifestaciones y Garantías

Asimismo, uno de los aspectos más importantes a negociar en el contrato de compraventa son las responsabilidades de comprador y vendedor, las cuales se expresan en la cláusula de Manifestaciones y Garantías. En la práctica es habitual, incorporar en el contrato de compraventa de una empresa una cláusula de Manifestaciones y Garantías mediante la cual el comprador se asegure de la veracidad de lo que compra y se prevea la responsabilidad del vendedor ante cualquier activo o pasivo contingente. El comprador deberá asegurarse durante el proceso de negociación del contrato de que en caso de aparecer contingencias que hubieran tenido su origen antes del acuerdo de compraventa, el vendedor responderá por las mismas.

Por lo tanto, la finalidad de las Manifestaciones y Garantías es, en las realizadas por el vendedor, evitar los daños que eventualmente pueda sufrir el comprador por vicio en el consentimiento derivado de la falsedad de las declaraciones de aquel o de la ocultación de información relevante para la formación de la voluntad del comprador durante el proceso de negociación de la compraventa. En este mismo contexto el comprador realiza también, determinadas declaraciones, cuyo objetivo será acreditar que lleva a cabo la operación de compraventa confiando en la veracidad de las Manifestaciones y Garantías realizadas por el vendedor.

En este mismo sentido, en la práctica, se suelen regular en el contrato de compraventa unas garantías que aseguran el cumplimiento del contrato en los términos pactados durante un periodo de tiempo. De esta forma es habitual, que el comprador tome como garantía la retención de parte de precio, la constitución de una depósito en garantía, la prestación de una fianza o un aval bancario a primer requerimiento, por ejemplo. Así, el comprador podrá recurrir directamente a esas garantías para el ejercicio de sus derechos. En palabras de Jesús Alfaro: *“Así, la presencia de representations & warranties en el contrato indica, según la mejor doctrina, que las partes han preferido*

la aplicación de los remedios generales para el incumplimiento a las normas sobre error, dolo o acciones edilicias.”⁸ Por tanto, deberá estarse también en este extremo a lo establecido en el contrato, y en caso de incumplimiento deberá acudir en primer lugar a la ejecución de las garantías acordadas por las partes en el contrato de compraventa.

Así, teniendo en cuenta la importancia de la cláusula de Manifestaciones y Garantías, lo esencial, radica en la adecuada regulación en el contrato, primero del mecanismo de reclamación, y después de la aplicación de las garantías dadas en función de la veracidad de lo declarado. Es decir, habrá de regular minuciosamente cómo actuar ante eventuales consecuencias producidas por falsedades o inexactitudes que puedan generar un determinado daño para el comprador.

Deberíamos atenernos por tanto en el presente caso a lo dispuesto en las Manifestaciones y Garantías que se hubieren establecido en el contrato de compraventa de la empresa Car4u. En el caso de que Don. Nicolás, conociendo que gran parte de los vehículos de la flota estaban averiados, hubiese manifestado la inexistencia de contingencias que afectasen a los activos que componen la empresa o garantizado el buen estado de los mismos, debe entenderse que Don. Nicolás ocultó deliberadamente la existencia de dicha contingencia y, por tanto, obró dolosamente.

Asimismo, debería haberse previsto en las garantías ofrecidas por el vendedor las consecuencias, en caso de futuras contingencias que hubieran tenido su origen antes de la fecha de firma del contrato. Asumiendo que, en origen, el comprador puede no disponer de toda la información precisa para evaluar la operación de la compraventa de una empresa y, por otra parte, que la incertidumbre sobre la transacción pretendida puede estar más que justificada. Es responsabilidad, en este caso de Aussie LTD, tratar de acotar los riesgos que ambas circunstancias, desconocimiento e incertidumbre, pueden generar para el buen fin de la misma. Una vez más podemos concluir que, en este caso las partes deberán estar a lo establecido en el contrato y las consecuencias deberán ser las

⁸ Jesús Alfaro, “*La compraventa de empresas (v): Patología y remedios frente al incumplimiento*”, Agosto, 2021. (Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-v-patologia-y-remedios-frente-al-incumplimiento>.)

establecidas en el mismo. Siempre y cuando las partes hubieran actuado de buena fe a la hora de realizar sus manifestaciones y estas hubieran sido veraces.

Así, la jurisprudencia mantiene en un caso similar, respecto a la importancia de las manifestaciones y garantías y establecidas en el contrato que, *“lo relevante para determinar el incumplimiento que se denuncia, no es la posibilidad que tuvo la actora de conocer cual era la verdadera situación administrativa de la obra ejecutada al momento de formalizarse el contrato, sino si las codemandadas cumplieron con la obligación voluntariamente asumida a tal efecto en el contrato, en concreto, al contenido de la estipulación séptima literalmente transcrita en el apartado 10.4) del Fundamento anterior y en la que expresamente se contempla que “la revisión por parte de la Compradora y sus asesores de la información y documentos a los que han tenido acceso durante las negociaciones, no exonera ni limita de ningún modo las Manifestaciones y Garantías de las vendedoras a favor de la Compradora, ni limitará o excluirá el derecho de ésta a percibir una indemnización, de acuerdo con lo establecido en esta Cláusula”*⁹.

Es decir, que a la hora de analizar la procedencia o no de la acción redhibitoria deberá atenderse, independientemente de si la compradora pudo conocer el vicio o no, a lo establecido en el contrato de compraventa. En el caso de que en el presente contrato se hubiera establecido también que el acceso a la información y a las instalaciones de Car4u durante el proceso de *due diligence* no daría lugar a la exoneración de la responsabilidad del vendedor, prosperará la acción redhibitoria y podrá resolverse el contrato de compraventa alegando el incumplimiento de la parte vendedora.

1.5.El Proceso de *due diligence*

Otro elemento importante que ha de tenerse en cuenta en el proceso de compraventa de una Sociedad es el proceso de *due diligence*. En virtud de la ejecución de ese proceso de investigación el vendedor deberá facilitar al comprador toda aquella información relativa a la empresa que éste le solicite. Cuanto mayor sea el rigor del

⁹ AP de Islas Baleares (Sección 5ª) Sentencia num. 162/2016 de 14 junio de 2016.

trabajo de revisión, mejor conocimiento se tendrá de lo que se pretende adquirir y menores riesgos asumirá el comprador al reducir el desconocimiento y la incertidumbre iniciales.

No obstante, la ejecución del proceso de *due diligence*, no supone la liberalización de responsabilidades para el vendedor. La finalidad del proceso de *due diligence* no es la de la exoneración, sino la de atenuar, los riesgos inherentes a la adquisición. En definitiva, el proceso de *due diligence*, aun siendo siempre conveniente para las dos partes, no garantiza al comprador la exactitud y veracidad de lo que adquiere, ni al vendedor, que, con la revisión llevada a cabo por el comprador, se libere de toda responsabilidad por hechos anteriores a la fecha de firma del contrato de compraventa.

En ese contexto, es cierto que un profundo proceso de investigación acerca de la empresa llevado a cabo por cuenta del comprador y con el alcance definido por este, debería suponer la atenuación de las responsabilidades del vendedor por los defectos que pudieran encontrarse en la cosa vendida. Es decir, si el comprador, derivado de una exhaustiva revisión ha podido, razonablemente, satisfacerse de la realidad de la empresa que quiere adquirir, su posición es de menor inseguridad y, en consecuencia, de menor vulnerabilidad. Por tanto, la revisión llevada a cabo en el proceso de *due diligence*, ayuda a un mejor conocimiento de la realidad y a disminuir los riesgos e incertidumbres de la operación, pero no a eliminarlos por completo, como han establecido los tribunales: *“Es cierto, y así lo ha señalado la jurisprudencia, citada por la apelante, que cita incluso una sentencia de esta propia Sala, que el hecho de que el comprador haya realizado una due diligence de la sociedad que adquiere no exime al vendedor de responder de aquellas contingencias previstas en el propio contrato en virtud de cláusulas de garantía como la que ahora nos ocupa”*¹⁰

a) Argumentos a favor de Aussie LTD.

Por tanto, para resolver el contrato en base a las averías de gran parte de los vehículos de la flota de Car4u, Aussie LTD deberá probar que a pesar de haber realizado la *due diligence* diligentemente y de haber comprobado el buen estado de los vehículos,

¹⁰ AP de Barcelona (Sección 1ª) Sentencia num. 226/2015 de 29 mayo de 2015.

no pudieron conocer los vicios existentes porque el vendedor intencionadamente se los ocultó. Deberá demostrar que cumplió con sus obligaciones como parte compradora y que a pesar de haber tenido la oportunidad de realizar la *due diligence*, dicha contingencia no estaba prevista en el contrato y afloró después de dicho procedimiento. En consecuencia, deberá responder Don. Nicolás, dado que, de ninguna forma razonable podría haber conocido Aussie LTD la contingencia en base a la cual pretende resolver el contrato.

b) Argumentos a favor de Don. Nicolás.

Como hemos estudiado anteriormente, el principal objetivo de este proceso de *due diligence*, es conocer en profundidad aquello que es objeto de adquisición, mediante una revisión exhaustiva de todas las áreas de negocio que componen la empresa objeto de la compraventa y por lo tanto, el resultado de dicha *due diligence* será determinante en el proceso de negociación de la compraventa de la empresa, en los requerimientos de garantías adicionales para poder llevarla a buen término, así como en el propio cierre de la transacción de la compraventa.

Por tanto, la realización de la *due diligence* reduce claramente el riesgo de la transacción de compraventa de la empresa, y aporta al comprador una evaluación independiente, objetiva, y detallada del negocio, revisando muy especialmente la existencia de pasivos ocultos o contingencias en todas y cada una de las áreas objeto de la revisión. Así, constituye una obligación del comprador llevar a cabo la *due diligence* de forma diligente. De modo que, en caso de aparecer futuras contingencias, pueda demostrar que, a pesar de haber desplegado toda la diligencia exigible al comprador, no pudo haberlas conocido, y poder así reclamar por ellas.

En el presente caso, Aussie LTD, el comprador, tuvo la oportunidad de llevar a cabo una *due diligence* exhaustiva, lo cual aminora las responsabilidades del vendedor, al entrar en juego el deber de diligencia del comprador. Teniendo en cuenta que Aussie LTD tuvo acceso a toda la información y las instalaciones de Car4u, puede entenderse que el comprador debería haber comprobado el buen estado de los vehículos, sobre todo si consideraba que se trataba de un activo esencial de la empresa y que su mal estado

frustra la causa del contrato. Por tanto, a pesar de haber tenido dicha oportunidad, no empleó la diligencia debida y en caso de haber sido más cauteloso durante el proceso de Due Diligence, Aussie LTD habría podido conocer el hecho de que gran parte de la flota de Car4u estaba averiada, y haber ofrecido un precio menor por el 80% de las participaciones que adquirió.

De modo que Don. Nicolás, deberá alegar que a pesar de haberse fundado el contrato de compraventa en una creencia inexacta de la realidad de los activos que conformaban la empresa que compraba, dicho error era excusable, al no haber cumplido Aussie LTD sus obligaciones como comprador.

Como exige la jurisprudencia, el error que dé lugar a la resolución del contrato por incumplimiento, ha de ser inexcusable, de modo que la parte compradora deberá demostrar que no actuó de manera negligente *“A mayor abundamiento, aunque el Código Civil no exige que el error vicio sea excusable, sí lo hace la jurisprudencia, que lo examina no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva -, para tomar en consideración la conducta de quien lo sufre (...) Por ello, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar finalmente ignoró. La sentencia 791/2000, de 26 de julio, señaló que la función básica del requisito de la excusabilidad del error consiste en " impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente”*¹¹

Por tanto, aunque dicha contingencia existiese antes de la formalización del contrato de compraventa de las participaciones de Car4u, no podría pretenderse la resolución del contrato cuando hubiera podido conocerse en caso de haber actuado el comprador con la diligencia debida, teniendo también en cuenta que tuvo acceso tanto a toda la información relevante como a las instalaciones de Car4u. No se trataría en ese caso de una responsabilidad del vendedor, sino del comprador, que no ejerció la diligencia

¹¹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 230/2011 de 30 marzo de 2011

suficiente durante el proceso de formación de la voluntad. Es decir, el incumplimiento de sus obligaciones por parte del comprador, eximiría de responsabilidad al vendedor.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que en el proceso de *due diligence*, Aussie LTD contó con diversos asesores, todos ellos de empresas de primer nivel. De hecho, durante dicho proceso, Aussie LTD y sus asesores tuvieron conocimiento de algunas contingencias como resultado de las cuales el precio que ofrecieron a D. Nicolas García por las participaciones de Car4u fue inferior al que en un principio pensaban ofrecer, pero la *due diligence* no se realizó con la suficiente precisión como para conocer todas las contingencias que afectaban a los activos de la Empresa.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de enero del 2000, trata un caso similar al que se analiza en el presente trabajo. Así, se desestima la demanda al considerar que en el momento de formalización del contrato la parte compradora tenía conocimiento de las contingencias en base a las cuales luego pretende resolver el contrato, dado que dichas contingencias se tuvieron en cuenta en la determinación del precio. Por tanto, no puede considerarse que exista un consentimiento viciado. dicha sentencia mantiene que *“Resulta del relato de hechos expuesto que, cuando las partes fijaron definitivamente el precio de venta de las acciones, las compradoras tenían conocimiento de los contratos de distribución que se indican en la demanda y de la mayoría de las reclamaciones judiciales formuladas contra Importadora de Cosméticos, SA. La voluntad de las compradoras, en orden a la determinación del precio (dato objetivo que han señalado como resultado del dolo incidental), no puede considerarse viciada, sino formada conscientemente, en contemplación de la realidad. De ahí que la demanda deba ser desestimada, ahora por razones de fondo.”*¹²

En este caso, podrá alegar también Don. Nicolás, que Aussie LTD ya conocía que gran parte de la flota de vehículos estaban averiados y no reclamo una disminución del precio en base a dichas contingencias.

¹² AP de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia de 5 enero del 2000.

En este mismo sentido, ha de tenerse en cuenta en primer lugar, que el sector del *carsharing* era conocido para la empresa Aussie LTD, quien ya tenía participaciones en cuatro empresas de *carsharing* en diferentes ciudades. De ello, se desprende que no era la primera vez que Aussie LTD participaba en la negociación de un contrato de compraventa de este tipo y que conocía el sector, lo cual supone que se le pueda exigir un mayor nivel de diligencia y que su error sea aun menos excusable. De este modo, podría considerarse que la empresa compradora reúne la condición de perito que establece el artículo 1484 CC y que exime al vendedor de responsabilidad, al entenderse que podría haber conocido dicha contingencia fácilmente. Asimismo, los asesores con los que la parte compradora contó para la realización del proceso de Due Diligence, pueden considerarse también peritos en virtud del citado artículo, como más tarde analizaremos, en relación con la acción de saneamiento por vicios ocultos.

1.6. Daños y perjuicios

En relación con la indemnización por daños y perjuicios que solicita Aussie LTD, el Artículo 1101 CC prevé la obligación de indemnizar de los daños y perjuicios causados a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad:

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

El artículo 1106 CC establece los elementos que componen dicha indemnización:

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

También la jurisprudencia se ha manifestado en relación a esta obligación de indemnización, los elementos de la comprenden, el daño emergente y el lucro cesante, y al modo en que ha de cuantificarse dicha indemnización. De este modo, establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 que, *"Según el art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir (...) Como consecuencia de ello se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el período futuro objeto de reclamación, permitan un cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007)"*¹³

Por lo tanto, la indemnización comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante. Por un lado, en concepto de daño emergente Aussie LTD podrá reclamar el importe total al que ascienden las reparaciones de los vehículos averiados de la flota de Car4u, trescientos mil euros. Por otro lado, en concepto de lucro cesante podrá reclamar las ganancias que hubiera dejado de obtener como consecuencia de las averías en los vehículos, es decir, la ganancia que hubiera obtenido en caso de no existir dicha contingencia durante el tiempo en el que los vehículos estaban siendo reparados, tiempo durante el cual los vehículos hubieran estado circulando y generando beneficios a la empresa. Como establece la jurisprudencia corresponderá a Aussie LTD la carga de ofrecer datos que mediante la proyección que ellos hubieran hecho del futuro, permitan realizar un cálculo del lucro cesante, determinado y que refleje la realidad.

Asimismo, Aussie LTD deberá probar que el daño es consecuencia del incumplimiento del contrato por parte de Don. Nicolás. De modo que como establece el artículo 1101 CC concurra el requisito de dolo, negligencia o que de algún modo Don. Nicolás hubiera participado en la causación del daño. Es decir, deberá probar el nexo causal entre el incumplimiento de Don. Nicolás y los daños originados a Aussie LTD.

¹³ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 799/2009 de 16 de diciembre de 2009.

Conclusiones

En conclusión, la acción redhibitoria solo prosperará en relación con la resolución del contrato de compraventa del 80% de las participaciones de la empresa Car4u, en la medida en la que Aussie LTD sea capaz de probar que existe dolo y por tanto, transgresión de la buena fe contractual por parte de Don. Nicolás García, quien conociendo la existencia de una contingencia, la cual deberá probarse que frustra el fin del contrato, se la ocultó deliberadamente durante el proceso de negociación de la compraventa produciendo así un error en el consentimiento de la parte compradora, quien en caso de haber sido consciente de dicha contingencia, o bien no hubiera comprado las participaciones objeto del contrato o bien hubiera exigido una reducción en el precio que pago por las mismas.

Asimismo, la parte compradora, sobre quien recae la carga de la prueba, deberá demostrar que de ninguna forma hubiera podido conocer dicha contingencia durante el proceso de Due Diligence y que cumplió con sus obligaciones como compradora. Además como hemos mencionado anteriormente, será determinante lo que las partes hayan establecido en la cláusula de Manifestaciones y Garantías del contrato.

2. Saneamiento por vicios ocultos

a) Argumentos a favor de la procedencia del saneamiento por vicios ocultos.

El artículo 1484 CC, prevé el saneamiento por vicios ocultos, y establece que:

“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.”

Con el fin de mantener la función económica de la figura de compraventa, el citado artículo atribuye al vendedor el riesgo de la existencia de vicios en la cosa vendida y faculta al comprador a optar, en caso de que la misma estuviere viciada, por el ejercicio de la acción redhibitoria o de la “*quanti minoris*”.

De modo que Aussie LTD podría exigir el saneamiento por vicios ocultos a Don. Nicolás en virtud del artículo 1484 CC fundamentando su pretensión en que, el hecho de que gran parte de la flota de los vehículos estuvieran averiados, es un defecto oculto en la cosa vendida y que dicho defecto afecta de tal modo a las posibilidades de explotación de la empresa que en caso de haber conocido dicho defecto, Aussie LTD o bien no habría comprado el 80% de las participaciones de Car4u, o bien, habría ofrecido por ellas un precio inferior. Aussie LTD, deberá argumentar que la causa del contrato era la explotación de Car4u, para la cual la flota de vehículos y su buen estado es imprescindible. Y que, por tanto, el vicio oculto frustra el fin del contrato.

La jurisprudencia ha definido los requisitos para la aplicación del artículo 1484 CC, y los resume en los siguientes: *“Tres son los requisitos a los que los arts. 1484 y ss. del Código Civil subordinan la responsabilidad del vendedor por los vicios de la cosa vendida: el vicio ha de ser grave, ha de ser oculto y ha de preexistir al tiempo de la celebración del contrato. Por vicio ha de entenderse «una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad» (sentencia del Tribunal Supremo de 31 enero 1970 [RJ 1970, 370]), careciendo aquélla de las cualidades necesarias para realizar una determinada prestación (sentencia del Tribunal Supremo de 10 septiembre 1996 [RJ 1996, 6556]), con su consiguiente inutilidad para satisfacer el interés del comprador en la celebración del contrato.”*¹⁴

Por lo tanto, en primer lugar, el defecto ha de ser grave, en el sentido de que carezca de las cualidades necesarias para realizar la prestación por la cual el comprador la adquiere, de modo que frustre la finalidad del contrato. En segundo lugar, el vicio ha de ser oculto, entendiendo como tal que el comprador no la hubiera podido conocer ni aun habiendo desplegado la máxima diligencia. Por último, el vicio debe preexistir en el

¹⁴ AP de Alicante (Sección 7ª) Sentencia num. 44/2000 de 12 abril del 2000.

momento en que se celebra el contrato, de lo que se deduce también, que ha de ser anterior a la firma del contrato.

De este modo, para exigir el saneamiento por vicios ocultos del artículo 1484 CC, Aussie LTD deberá alegar, primero que el defecto era anterior al 15 de febrero de 2020. Segundo, que se trataba de un vicio oculto, es decir, que Don. Nicolás conocía la contingencia y se la ocultó intencionadamente y que de ninguna manera Aussie LTD la hubiera podido conocer durante el proceso de Due Diligence. Es decir, que no se trataba de un defecto manifiesto o que estaba a la vista. Asimismo, Aussie LTD, deberá probar todos estos hechos al ser él quien alega la existencia del vicio y por tanto, sobre quien recae la carga de la prueba.

b) Argumentos en contra de la procedencia del saneamiento por vicios ocultos.

Sin embargo, ha de tenerse también en cuenta el objeto del contrato de compraventa. En este sentido ha establecido la jurisprudencia lo siguiente: *“El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1484 impone al vendedor, se proyecta directamente a la cosa específica enajenada, que adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador.”*. Así, *“la primera condición exigida para que resulte aplicable esa regla legal es que la cosa vendida esté viciada, esto es, que exista un vicio o defecto y que lo tenga ella.”*¹⁵ En el presente supuesto, el objeto de la compraventa no son los vehículos que luego resultan estar averiados ni los activos de la empresa Car4u, sino el 80% de las participaciones de la empresa.

Aunque la compra de participaciones de una sociedad o compra indirecta de la empresa conlleva la compra del patrimonio que la integra, y pueda asimilarse a la transmisión de la sociedad en sí, no existe en dichas transacciones un cambio en la propiedad de los activos de la empresa que seguirán siendo propiedad de la misma persona jurídica, como ha establecido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de marzo de 2011, que dice lo siguiente, *“Es cierto que, en un sentido económico, la enajenación de todas las acciones de una sociedad implica la del patrimonio de la misma,*

¹⁵ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 230/2011 de 30 marzo de 2011

dada la conexión evidente - en los planos objetivo y subjetivo - entre el precio de aquellas y el valor de éste. Se habla en tales casos de una transmisión indirecta de la empresa, sin desplazamiento posesorio ni dominical de los bienes que la integran, que siguen perteneciendo a la misma persona jurídica. Sin embargo, esa visión económica no basta para tratar la venta de acciones con una norma que está prevista para resolver anomalías surgidas en el funcionamiento de la de cosas específicas. Ni siquiera, aunque se considere que lo que se vende con las acciones es la empresa, en cuanto objeto jurídico unitario.”¹⁶.

Por lo tanto, el hecho de que en sentido económico se trate de operaciones cuya consecuencia es similar no tiene relevancia a efectos de la aplicación del artículo 1484 CC que operará únicamente cuando los vicios se encuentren en la cosa vendida, en este caso, la opción prosperaría únicamente en el supuesto de existir un vicio en las participaciones compradas por Aussie LTD, sin embargo, no operará en el supuesto que estamos analizando. Como se ha mencionado anteriormente para la aplicación del saneamiento por vicios ocultos, los mismos deben afectar a la cosa vendida, objeto del contrato de compraventa. Dado que, en este caso, el vicio no afecta a la cosa específica vendida, las participaciones, no será aplicable el saneamiento por vicios ocultos.

Además, en este caso, el objeto de la compra no son la totalidad de las participaciones de la empresa, de forma que se pueda entender que lo que se vende a través de las mismas es la empresa en sí, sino que Aussie LTD adquiere únicamente el 80% de las participaciones. El hecho de que solo se adquiera parte de las participaciones de Car4u, confirma el hecho de que las participaciones son una cosa distinta de la empresa en sí misma o sus activos, y que por tanto el vicio no se encuentra en la cosa vendida, lo que imposibilita la aplicación del saneamiento por vicios ocultos del artículo 1484 CC.

2.1. Oposición de Don. Nicolás 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.

¹⁶ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 230/2011 de 30 marzo de 2011

a) Argumentos a favor de Don. Nicolás

Como se ha mencionado anteriormente, en relación con la procedencia o no de la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor, uno de los elementos más importantes de la compraventa y del proceso de negociación de la misma es el proceso de *due diligence*, que contribuye a aminorar la incertidumbre y los riesgos que asume la parte compradora debido a su desconocimiento de la sociedad que pretende comprar. Dicho proceso, constituye cuando así se haya acordado por las partes y la parte compradora haya tenido acceso a la información relativa a la empresa, una obligación del comprador. Todo ello aplica también en relación con el saneamiento por vicios ocultos.

De este modo, Don. Nicolás, deberá alegar que durante el proceso de *due diligence*, Aussie LTD tuvo acceso a toda la información, así como a las instalaciones de la empresa y que pudo conocer la contingencia en base a la cual exige el saneamiento por vicios ocultos en caso de haber cumplido con sus obligaciones y haber desplegado la diligencia debida. No será de aplicación el saneamiento por vicios ocultos en este caso dado que el presunto vicio oculto se trataba de un defecto manifiesto, que el comprador podría haber conocido, siendo este uno de los requisitos para la procedencia del saneamiento por vicios ocultos, que el vicio sea oculto.

Asimismo, como también hemos hecho mención anteriormente, puede considerarse que tanto Aussie LTD, quien ya tenía participaciones en otras 4 empresas de *carsharing* en diferentes ciudades, como sus asesores, todos ellos empresas de servicios de primer nivel, podrían considerarse peritos, que por razón de su oficio o profesión deberían haber conocido el defecto. En este contexto, la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de 12 de abril del 2000, hace referencia a los elementos que determinan la condición de perito en aplicación de artículo 1484 CC y establece que: *“la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984 (RJ 1984, 3799) precisa que la expresión «perito», a que se refiere el art. 1484 del Código Civil, hay que entenderla, «no en el sentido técnico 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 (...) Con ello, se puede afirmar que se consagra, pues, una responsabilidad objetiva del vendedor que se sustancia en la*

*sujeción de aquél a las consecuencias derivadas del ejercicio, por parte del comprador, de las denominadas acciones edilicias, las cuales se dirigen, bien a la rescisión del contrato, bien a la reducción proporcional del precio.*¹⁷

Podemos concluir que tanto Aussie LTD, quien ya conocía el sector del *carsharing* como sus asesores, al tratarse de empresas de servicios de primer nivel, dedicadas al estudio de empresas y análisis de posibles contingencias en las mismas, pueden considerarse personas que por su actividad profesional tienen cualidades para conocer las características determinadas de la cosa objeto de compraventa y que como tal, perfectamente podrían haber conocido el vicio, es decir las averías en gran parte de los vehículos que conforman la flota de Car4u, hecho que deberían haber comprobado durante el proceso de *due diligence*, más aún si consideraban que era un activo esencial en la compraventa que frustra el fin del contrato. Por ello, es claro que existía una responsabilidad objetiva del comprador que exime al vendedor de su responsabilidad y por tanto, excluye la posibilidad de exigir el saneamiento por vicios ocultos.

En conclusión, no procede en este caso la aplicación del artículo 1484 del CC en primer lugar porque el vicio oculto, no esta en la cosa específica objeto de compraventa, las participaciones. En segundo lugar, porque se trataba de un defecto manifiesto que Aussie LTD podría haber conocido durante el proceso de Due Diligence en el cual tuvo acceso a toda la información y las instalaciones de la empresa objeto del contrato. En tercer lugar, porque puede considerarse que Aussie LTD es un perito, que por razón de su actividad debería haber conocido la existencia del vicio. No se cumplen por tanto, ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 1484 y reiterados por la jurisprudencia que se exigen para la aplicación del saneamiento por vicios ocultos. Se trata en este caso de un incumplimiento por parte del comprador que exime de responsabilidad al vendedor de la empresa Car4u.

b) Argumentos a favor de Aussie LTD

¹⁷ AP de Alicante (Sección 7ª) Sentencia num. 44/2000 de 12 abril del 2000.

Por el contrario, Aussie LTD en contra de la oposición al saneamiento por vicios ocultos de Car4u, deberá argumentar, que a pesar de haber tenido acceso a la información y a las instalaciones de Car4u, el vendedor ocultó deliberadamente las averías en gran parte de los vehículos de la flota de Car4u, de modo que nunca tuvo acceso a dicha información y por lo tanto, de ninguna manera podría haber conocido el vicio antes de la fecha de firma del contrato.

Deberá argumentar que, en ejercicio de sus obligaciones, trató de conocer cual era el estado actual de los vehículos, dado que lo consideraba un activo esencial de la empresa y determinante para el buen fin del contrato. Sin embargo, durante el proceso de negociación Don. Nicolás García, no permitió la comprobación del buen estado de los vehículos, alegando y manifestando en el contrato la ausencia de defectos o vicios. En conclusión deberá probar que cumplió con sus obligaciones como comprador, que a lo largo del análisis hemos mencionado, y que desplegó la diligencia debida.

Asimismo, deberá oponerse a su condición de perito, para lo que podrá argumentar, que a pesar de tener participaciones en otras empresas de *carsharing* es un sector que desconoce, dado que se trata de un fondo de inversión muy grande, que compra empresas de diversos sectores y por tanto, no es experto ni conoce a fondo ninguno de ellos. Es decir, que su objeto social es simplemente la inversión y la compra y venta de empresas, lo cual no supone un conocimiento del sector de las empresas que compra.

Conclusiones

En definitiva, lo más probable sería que los tribunales fallasen en contra de la aplicación del artículo 1484 de CC, dado que como anteriormente hemos señalado, en primer lugar, el vicio no se encuentra en la cosa objeto de compraventa, el 80% de las participaciones de Car4u, sino en los activos de la empresa. A pesar de que en sentido económico la compra de las participaciones de una empresa tenga como finalidad la transmisión del patrimonio de la misma, en sentido jurídico, siguen siendo elementos diferenciados y por tanto un defecto en un elemento del patrimonio de la empresa no posibilita la aplicación de la figura del saneamiento por vicios ocultos, cuando lo que se haya comprado sean las participaciones de la misma.

En segundo lugar, porque Aussie LTD pudo realizar una Due Diligence exhaustiva para la que tuvo acceso a toda la información e instalaciones de Car4u, por lo que será complicado demostrar que se trataba de un vicio verdaderamente oculto, que de ninguna manera pudo conocer.

En tercer y último lugar, porque como hemos estudiado, la jurisprudencia considera perito en el sentido del artículo 1484 CC a las personas que por su actividad profesional tienen cualidades para conocer las características determinadas de la cosa objeto de compraventa, lo cual puede entenderse que concurre en este caso, teniendo en cuenta las características de Aussie LTD así como, las de los asesores que participaron en el proceso de Due Diligence de la empresa.

BLOQUE II: Cláusula Rebus Sic Stantibus

Antecedentes de hecho

Para la compra de la empresa Car4u, el mismo día de la compraventa con Aussie LTD ya como titular del 80% de las participaciones de la empresa, se solicita un préstamo bancario para invertir en la compra de nuevos vehículos. Conforme a este préstamo, Car4u debía pagar intereses de forma mensual y repagar cuotas del principal en junio y en diciembre. De modo que tenía que hacer frente al primer pago de los intereses el día 1 de marzo de 2020 y al primer pago de la cuota principal el 30 de junio de 2020.

En el contexto anteriormente analizado, se declara el día 15 de marzo de 2020 el Estado de Alarma en todo el territorio nacional debido a la llegada de la pandemia del Covid-19 a España. En consecuencia, la actividad de Car4u se detiene prácticamente por completo, lo que obliga a la empresa a incluir a la mayoría de sus empleados en los correspondientes Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y supone una drástica reducción en los ingresos de la empresa Car4u.

Debido a la paralización de la actividad de la empresa, Car4u deja de tener la liquidez suficiente para hacer frente a los pagos debidos en el préstamo bancario que obtuvo el día que Aussie LTD compró el 80% de las participaciones sociales de la empresa. Para evitar incumplir con dichas obligaciones y sus respectivas consecuencias, Car4u presenta ante los juzgados una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* para suspender durante un año el pago de los intereses devengados así como las cuotas del principal pagaderas en agosto y diciembre de 2020, invocando la *cláusula rebus sic stantibus*.

La cláusula *rebus sic stantibus* es un mecanismo, de elaboración doctrinal que tradicionalmente ha aceptado la jurisprudencia, que permite la revisión de las obligaciones adquiridas por medio de un contrato, cuando por circunstancias sobrevenidas y completamente fuera del poder de actuación de las partes, se rompe el equilibrio económico del contrato y su cumplimiento deviene imposible o demasiado gravoso para una de las partes del contrato. Se trata de un mecanismo, que permite el restablecimiento de dicho equilibrio económico en las prestaciones.

La cláusula *rebus sic stantibus*, ha de aplicarse cautelosamente y sobre las siguientes premisas: La alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento de las prestaciones establecidas en el contrato en relación con las que concurrían al tiempo de su celebración; que la desproporción entre las prestaciones de las partes sea exorbitante de forma que verdaderamente derrumben la posibilidad de hacer efectivo el contrato; que las circunstancias que hayan provocado dicho desequilibrio fueran totalmente imprevisibles y estuvieran fuera del control de las partes contratantes.

Otro de los requisitos para la aplicación de esta cláusula es que se trate de un contrato a largo plazo o de tracto sucesivo y de ejecución diferida. Asimismo su alegación ha de ser clara y precisa y habrá que demostrar la verdadera concurrencia de todos los requisitos anteriormente mencionados.

Asimismo, una vez más será indispensable un análisis de los términos del contrato. En palabras de Javier Avilés García, catedrático de derecho civil de la universidad de Oviedo, *“Si lo que se busca es explicar el problema de la rebus (sustantivamente anclado en el requisito de imprevisibilidad), partiendo del propio contrato y sus elementos, lo verdaderamente trascendente consiste en determinar qué es lo que realmente han querido acordar las partes, para, a continuación, sopesar qué es lo que no han querido acordar (o no hayan podido o querido prever), y, finalmente, cómo se han repartido los riesgos ante el cambio de circunstancias objetivas y subjetivas acontecidas, para lo que la pauta de interpretación lógico-gramatical y sistemática explicada con antelación parece muy importante tenerla en cuenta.”*¹⁸ Por lo tanto, una vez más, deberá atenderse también a lo que las partes hubieran establecido y lo que ellas hubieran querido acordar, de forma que pueda deducirse como las partes deseaban repartir los riesgos ante un cambio en las circunstancias que afectan al mismo, al firmar el contrato de compraventa

1. Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato de préstamo

¹⁸ Avilés García, Javier *“Cláusula «rebus sic stantibus» precovid- 19: cierre y apertura de una nueva encrucijada jurisprudencial. Comentario a la STS 156/ 2020, de 6 de marzo (RJ 2020, 879)”*, Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.115/ 2021, Editorial Civitas, SA, pág. 6.

a) Argumentos a favor

La doctrina jurisprudencial reconocía tradicionalmente la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* de manera muy restrictiva. Por el contrario en los últimos años y con ocasión de la crisis económica de 2008 su aplicación ha ido aumentando. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, matiza la doctrina anterior, al mantener que entiende que se debe abandonar dicha tendencia y dotar a la figura de una configuración más normalizada. Así establece el Tribunal lo siguiente: *“en torno a la valoración del régimen de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, debe señalarse que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula "peligrosa" y de admisión "cautelosa", con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles"; caso de la sentencia de esta Sala, de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997, 665), que es tomada como referente por la Audiencia Provincial.*

Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 (RJ 2013, 1819) y 18 de enero de 2013 (RJ 2013, 1604) (núms. 820 y 822/2012, respectivamente) en donde se reconoce que 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, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o

*el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil).*¹⁹

Este cambio de interpretación jurisprudencial, supone que se establezca con carácter general que la crisis económica puede ser considerada como un fenómeno de la economía capaz de generar una grave mutación de las circunstancias y por tanto alterar las bases sobre las que se había establecido la relación contractual. Ello conllevó, en la práctica, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos a largo plazo concertados antes de la crisis económica, pero que han dado lugar a relaciones jurídicas duraderas, cuyas obligaciones se habían de prestar durante la misma. No obstante, una vez sentada la base general habrá que analizar si en el contrato concreto que se analiza, la crisis económica ha tenido una incidencia real, lo cual podrá entenderse cuando el cambio operado por dicha circunstancia conlleve una imposibilidad económica de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato o la falta del carácter retributivo de la prestación.

En este caso podría asimilarse la situación de crisis económica a la creada por la pandemia del Covid-19, dado que la aparición de la pandemia ha supuesto una clara transformación en todos los ámbitos de la sociedad. La situación de gravedad producida en el país y el mundo entero por la existencia de la pandemia de coronavirus, evidentemente, ha producido situaciones de incumplimiento en la celebración de los contratos. Este cambio en las circunstancias se plasma muchas veces como una causa de fuerza mayor, pero, sobre todo, con las características de imprevisible e inesperada que vienen a modificar las circunstancias iniciales del contrato y que atempera y modula esos incumplimientos por razón de las circunstancias sobrevenidas.

De la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 se pueden sacar las siguientes conclusiones: que la base económica es el parámetro utilizado para medir la excesiva onerosidad; que dicha excesiva onerosidad se apreciará cuando el incremento de los costes de la prestación por los cambios en las circunstancias, lleve a un reiterado resultado de pérdidas o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio; y

¹⁹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 333/2014 de 30 junio de 2014

que, en ambos casos dicho resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que deriva del contrato en cuestión.

Por lo tanto, se desprende de la jurisprudencia que, a través de la doctrina de la base del negocio jurídico, se ha de contrastar principalmente los efectos del cambio de las circunstancias respecto de la finalidad del contrato y de la conmutatividad o el equilibrio de las prestaciones asumidas en virtud del mismo. De esta forma, el contraste de la base objetiva del negocio nos permite concluir que el cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando, se frustra o se vuelve inalcanzable la finalidad económica primordial del contrato y la proporción o el equilibrio entre las prestaciones desaparece.

Ante una pandemia como la del coronavirus y su efecto expansivo, que ha tenido claros efectos negativos en la economía, la base del negocio desaparece con la aparición de la pandemia en el marco contractual entre las partes. De modo que, el incumplidor no incumple con la intención de alterar la base del negocio, sino que se ve afectado por la pandemia del coronavirus, la cual le impide cumplir con su obligación, siendo sin embargo su intención cumplir con las obligaciones asumidas en virtud del contrato cuando dicha circunstancia desaparezca o cuando sea capaz de hacer frente a la misma.

Por tanto, en el caso que analizamos para poder alegar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al contrato de préstamo obtenido el día de la compraventa de Car4u, deberá mantenerse que dada la imposibilidad de generar beneficio que ha supuesto la irrupción de la crisis del coronavirus, el hecho de tener que hacer frente a los pagos asumidos en virtud del contrato de préstamo supondría un reiterado resultado de pérdidas o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio para Car4u.

De este modo, deberá probarse que el resultado negativo o la desaparición de dichos beneficios es consecuencia directa de tener que hacer frente a esos pagos, es decir, de la relación económica que deriva del contrato de préstamo. Aunque la desaparición de los beneficios no se daba únicamente al hecho de tener que hacer frente a los pagos del contrato de préstamo, sino también a la incapacidad de desarrollar su actividad, podemos

determinar, que el hecho de hacer frente a dichos pagos agravaría aún más la situación de falta de liquidez de la empresa Car4u.

De esta misma sentencia se desprende también lo siguiente: que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no supone una ruptura del *pacta sunt servanda*, ni de la estabilidad o el mantenimiento de los contratos, porque quienes quedan afectados por el virus que modifica las circunstancias en su relación con lo pactado, querían cumplirlo, pero la imprevisibilidad y ajenidad de la pandemia, les impide hacerlo. Por tanto, puede entenderse que en este caso la pandemia del coronavirus se trata de una circunstancia sobrevenida, que se encuentra fuera de lo pactado y que se genera sin intervenir culpa de las partes. Por lo tanto, las circunstancias que dieron sentido a la finalidad del contrato cambian profundamente. Así, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, es que las prestaciones o las obligaciones asumidas en virtud de dicho contrato puedan ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.

En este mismo contexto, es importante determinar también si el cambio en las circunstancias se encuentra dentro del “riesgo normal inherente derivado del contrato” que las partes conocen y asumen en el momento de asumir las obligaciones del contrato. Ha de entenderse, que la existencia de una pandemia por coronavirus no puede asociarse a un riesgo inherente a los contratos por su carácter de imprevisible y su excepcional manifestación ante la intensidad del mismo. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de abril de 2015, señala que, a la hora de aplicar la *cláusula rebus sic stantibus* es preciso atender a los criterios a tomar en consideración para su aplicación por cambio de circunstancias. En ella introduce el concepto de lo que se denominó el “riesgo normal inherente o derivado del contrato”, que define como “*Los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, ya por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato*”. En este caso, no puede entenderse que la pandemia del coronavirus entre dentro del riesgo normal derivado del contrato al tratarse de una situación claramente imprevisible e inevitable y fuera del ámbito de control de las partes, que de ninguna manera podrían haber imaginado que la relación contractual se vería afectada por una circunstancia como tal y que de ninguna forma pudieron impedirle ni preverla.

No obstante, otras sentencias han considerado que una situación de crisis económica, no puede introducirse en el vínculo contractual para alterar las condiciones del contrato. *“De manera específica, respecto de la crisis financiera como hecho determinante para la aplicación de la cláusula, esta sala ha declarado, en la sentencia 742/2014, de 11 diciembre (RJ 2014, 6374) , "que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable". En la misma línea, la sentencia 64/2015, de 24 febrero (RJ 2015, 1409) , afirmó que "del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula "rebus sic stantibus" a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate". Por su parte, la sentencia 237/2015, de 30 abril (RJ 2015, 1363) , se apoya en la doctrina de la sala que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla "rebus" a quien se ve afectado por la crisis económica, "previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas". ”²⁰*

Sin embargo, como antes hemos analizado, se destaca el carácter de imprevisible o inevitable como elemento de base para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. De ello se deduce que, una pandemia, sí que es, sin embargo, una situación imprevisible o inevitable a diferencia de una crisis económica o financiera que puede considerarse como un riesgo previsible. Se podrá por tanto recurrir a la aplicación de dicha cláusula cuando exista un nexo objetivo entre la propagación del coronavirus y la posibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas en virtud del contrato por la parte que la solicita.

En el caso de la pandemia concurren las siguientes circunstancias: se trata de una situación radicalmente ajena a lo pactado entre las partes; no hay culpa por la parte afectada por la pandemia; la modificación de las circunstancias resulta de forma sobrevenida e inesperada; se trata de un riesgo imposible de prever; su incidencia es grave y relevante en todos los ámbitos de la sociedad; se manifiesta como una inusitada beligerancia en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones pactadas conforme se

²⁰ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 214/2019 de 5 abril de 2019.

había acordado; la parte afectada actuó de buena fe y no colaboró en la imposibilidad de cumplir conforme a lo pactado.

En relación con este último requisito, se ha manifestado la jurisprudencia entorno a la relación entre la buena fe y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En este sentido, establece el Tribunal Supremo que “*la doctrina sobre la cláusula rebus sic stantibus se funda en el art. 1258 CC*”²¹. No será de aplicación por tanto cuando la parte que la alega, de mala fe, haya contribuido a la imposibilidad de llevar a cabo las prestaciones en los términos en los que se pactaron. Si lo será cuando la parte que lo alega haya actuado de buena fe y el evento modificador de las circunstancias sea ajeno a ambas partes, cuya intención es cumplir con sus obligaciones, pero se ven incapacitadas para hacerlo debido a dicho cambio en las circunstancias.

Asimismo es importante remarcar que, en este caso, el deudor no alega la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en atención a la perspectiva de su posible liberación, no pretende aprovechar la situación para incumplir con las obligaciones que había asumido en virtud del contrato. Lo que el deudor pretende es cumplir con las prestaciones en los términos acordados cuando los efectos de la circunstancia desaparezcan y sea capaz de cumplir con sus obligaciones.

Por tanto, como hemos ido analizando, sería posible la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato de préstamo asumido por Car4u el día 15 de febrero de 2020, por los siguientes motivos: en primer lugar, porque la pandemia del coronavirus era en aquel momento una circunstancia completamente imprevisible, que posteriormente afecta a la finalidad del contrato; en segundo lugar, porque dicha circunstancia es completamente ajena a las partes, que ni contribuyen a su irrupción en el marco contractual, ni la hubieran podido evitar de modo alguno, encontrándose completamente fuera de su ámbito de control; en tercer lugar, porque afecta claramente a la base del negocio jurídico, dado que afecta de manera grave al modelo de negocio de la parte que alega la aplicación de la *rebus sic stantibus* y a los resultados que esperaba obtener en una situación de normalidad; Por último, porque quien la alega lo hace de buena fe, de

²¹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 336/2009 de 21 mayo de 2009.

modo que su intención no era incumplir sino que por la irrupción de la pandemia el cumplimiento de las obligaciones ha devenido imposible.

b) Argumentos en contra

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha de realizarse como ha establecido la jurisprudencia cautelosamente y únicamente en casos excepcionales. Dado que lo contrario supondría la vulneración del principio de autonomía de la voluntad de las partes que contiene el artículo 1255 CC, que establece lo siguiente:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

Así, el principio de autonomía de la voluntad que se contiene en dicho artículo, reconoce la potencialidad normativa de lo establecido por las partes, de modo que la libertad contractual constituye la base del derecho de obligaciones. Por tanto, desde el momento en el que dos o más personas consienten en obligarse, quedan obligadas al cumplimiento de lo pactado. Este principio, recibe también el nombre de *pacta sunt servanda* e implica que el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del contrato, no puede dejarse al arbitrio de las partes contratantes, de modo que estas no pueden desligarse unilateralmente del contrato. De este modo, lo acordado libre y voluntariamente por las partes, tendrá fuerza de ley entre las mismas, como establece la *lex contractus* del artículo 1091 CC:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

Ha de tenerse en cuenta además, que en el contrato de préstamo a diferencia del contrato de arrendamiento, por ejemplo, no existe un sinalagma contractual, dado que el prestamista cumple con su obligación al inicio del contrato, en el momento en el que el mismo se perfecciona. Así durante la ejecución del contrato la única obligación que

subsiste es la del prestatario de devolución del préstamo, de modo que el riesgo debería ser asumido únicamente por este último.

De este modo, y como antes hemos analizado, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, dado que supone una excepción a los principios de seguridad jurídica y de *pacta sunt servanda* ha de aplicarse de manera restrictiva.

Además, en el ámbito del contrato de préstamo, será difícil la aplicación de la misma debido a las dos siguientes razones: La primera, porque su aplicación parece adecuada en los casos en que ambas partes son, a la vez, acreedores y deudores de una prestación, de modo que para una de ellas resulte excesivamente oneroso el cumplimiento de la suya según lo pactado. Sin embargo, no ocurre así en el caso de los préstamos, ya que el prestamista ha cumplido íntegramente su obligación desde el momento inicial y es el prestatario el que queda obligado a devolver el préstamo y sus intereses en los plazos pactados; La segunda, porque en un contrato de tan larga duración como suele ser el contrato de préstamo no resulta imprevisible, que en un momento dado, las circunstancias económicas del prestatario cambien de forma que le pueda resultar muy difícil, o incluso imposible el cumplimiento. En este caso, lo imprevisible es la propia pandemia. Sin embargo, siempre cabe el empeoramiento de la situación económica por otras causas que tampoco se contemplaron en el momento de contraer la obligación.²²

Por tanto, en el contrato de préstamo no existe sinalagma, de modo que no puede producirse el requisito de claro desequilibrio entre las prestaciones de las partes. Así, todo el riesgo deberá ser asumido por el deudor y se excluye la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de préstamo. Como mantiene Ángel Carrasco, el deudor financiero no puede prevalerse de esta regla, porque no es la *rebus* sino el Derecho Concursal quien debe ocuparse de las situaciones en las que el deudor no puede hacer frente al pago regular por insolvencia. De modo que, en deudas de esta clase podrían ser relevantes a efectos de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* la alteración exponencial de los tipos de interés o una severa inflación o deflación de la moneda. Pero las ventas mayores o menores que el deudor financiero hubiera obtenido en su negocio

²² Salas Carceller, Antonio “Cláusula *rebus sic stantibus* y préstamos hipotecarios”, LaLey 8466/2021, Actualidad Civil, Nº 7, Sección Derecho de los contratos / Debate jurídico, Julio-Agosto 2021, Wolters Kluwer. Pp. 3 y 4.

no afectan al núcleo del riesgo que es propio del contrato de préstamo y que, como tal, el prestamista debería compartir.²³

Conclusiones

En un principio, podría considerarse que la pandemia del Covid-19 es una circunstancia inevitable e imprevisible que irrumpe en el marco contractual, sin intervenir culpa de las partes y que se dan el resto de los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Sin embargo, lo más probable es que los tribunales no fallasen a favor de su aplicación en el caso del contrato de préstamo, debido principalmente a que no existe un sinalagma contractual, sino que el prestamista ha cumplido ya con su obligación.

2. Aplicación de la cláusula rebus sic stantibus al contrato de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde se gestionaba la compañía

a) Argumentos a favor.

En palabras de Javier Colino, podríamos definir la cláusula *rebus sic stantibus* de la siguiente forma: *“En esencia, la Rebus es una doctrina que permite la modificación, o incluso resolución del contrato, cuando se produce una ruptura del equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes, como consecuencia de un cambio significativo de las circunstancias concurrentes en el momento de su ejecución. La Rebus, por tanto, supone una flexibilización y factor mitigador del principio de pacta sunt servanda que, debido a la ausencia en nuestro derecho positivo de una disposición legal sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, se ha convertido en una herramienta muy popular entre los arrendatarios para paliar los efectos de la pandemia.”*²⁴

²³Carrasco Perera, Ángel: “Cláusula *rebus sic stantibus* y préstamos hipotecarios”, La Ley 8466/2021, Actualidad Civil, Nº 7, Sección Derecho de los contratos / Debate jurídico, Julio-Agosto 2021, Wolters Kluwer. Pág. 7.

²⁴ Colino, Javier y Moya, Marian: “Aplicación de la doctrina “*rebus sic stantibus*” en los arrendamientos de locales de negocios.” Actualidad Jurídica Aranzadi num. 977/2021, Ed. Aranzadi, S.A.U.

Como venimos diciendo, no puede negarse que la crisis creada por la pandemia del Covid-19 ha creado un cambio en las circunstancias económicas y sociales que es de todo punto, imprevisible y extraordinario. Sin embargo para la correcta aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, deberá atenderse en cada caso a si dicho cambio ha provocado verdaderamente una alteración del equilibrio contractual y si dicho riesgo ha sido asignado, explícita o implícitamente, a alguna de las partes en el contrato.

Todavía son pocas las resoluciones judiciales que tratan esta cuestión. Sin embargo, los tribunales menores vienen aceptando las pretensiones de los arrendatarios, ordenando reducciones de la renta aplicable, así como concediendo remedios temporales a través de medidas cautelares que han admitido, reducciones de la renta, aplazamientos de pago o la fijación de una renta provisional.

Asimismo, la Ley 15/2020 de 15 de abril de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo²⁵ impone, en beneficio únicamente de algunos arrendatarios una moratoria en el pago de las rentas, recurriendo como explica en el preámbulo II de su exposición de motivos a una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*.

“Como consecuencia de las medidas excepcionales adoptadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, muchas actividades económicas se han visto obligadas a suspender su actividad o a reducir drásticamente la misma.

En virtud de lo anterior, la falta de ingresos o la minoración de los mismos durante el periodo que dure el estado de alarma puede dar lugar a la incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago de renta de locales en alquiler que pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades.

²⁵ Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

A falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas, salvo en lo referido en su artículo 26, relativo a la habitabilidad de la vivienda derivada de la ejecución de obras, que puede ser aplicable a los locales de negocio vía artículo 30 de esta Ley.

Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves.

Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula «rebus sic stantibus», de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.

Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales”.

Aunque a lo largo del preámbulo aparecen mezcladas diversas cuestiones jurídicas, como hemos mencionado anteriormente, parece que el legislador se inclina por establecer una “regulación específica en línea con la cláusula rebus sic stantibus, de elaboración jurisprudencial”.

En este sentido el Real Decreto 15/2020 de 15 de abril, establece en su artículo 1, apartado primero que,

“La persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, o de industria, que cumpla los requisitos

previstos en el artículo 3, podrá solicitar de la persona arrendadora, cuando esta sea una empresa o entidad pública de vivienda, o un gran tenedor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m², en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, la moratoria establecida en el apartado 2 de este artículo, que deberá ser aceptada por el arrendador siempre que no se hubiera alcanzado ya un acuerdo entre ambas partes de moratoria o reducción de la renta.”

De este modo, se podrá solicitar al arrendador una moratoria en el pago de la renta que se aplicará de manera inmediata y afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma y sus prorrogas. Las siguientes mensualidades serán prorrogables una a una, si el plazo inicial o fuera suficiente para paliar el efecto del Covid-19 con el límite máximo de 4 mensualidades. La moratoria de la renta arrendaticia se aplicará en las condiciones establecidas en el párrafo segundo de dicho artículo. Todo ello siempre y cuando el arrendador fuese un “gran tenedor” a los efectos de la presente ley, es decir, una persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos o una superficie de más de 1500 m², excluyendo garajes y trasteros.

Asimismo, para la aplicación de la moratoria deberán cumplirse los requisitos del artículo tres, entre los que establece que solo podrán acceder a las medidas previstas en dicho decreto-ley, los autónomos o pymes. Por tanto, no será de aplicación a la empresa Car4u.

Sin embargo, de dicho decreto-ley puede desprenderse la intención del legislador de conceder, como consecuencia de la crisis creada por la pandemia del Covid-19, una solución que se asemeja a la cláusula *rebus sic stantibus*. Además, como hemos estudiado

anteriormente los tribunales, aunque menores, ya han fallado a favor de arrendatarios concediendo a los mismos, moratorias o reducción de la renta arrendaticia. Por tanto, en un principio podría considerarse que posiblemente fallasen en el mismo sentido en este caso.

b) Argumentos en contra.

En la mayoría de los casos se ha estudiado la aplicación de la *rebus* en contratos de arrendamientos de locales comerciales, en los cuales podría tener sentido dada la imposibilidad de llevar a cabo la actividad comercial y por tanto, la frustración de la finalidad del contrato. Sin embargo, en el caso ante el que nos encontramos, el contrato de arrendamiento versa sobre el edificio de oficinas desde el que se gestionaba la compañía.

Como venimos estudiando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no podrá llevarse a cabo de manera generalizada, de forma que, habrá que analizar la concurrencia de los requisitos en cada caso concreto. En este caso, aún siendo cierto que las oficinas desde las que Car4u gestionaba su negocio se encontraban en un territorio confinado y por tanto, los trabajadores no podían acceder a las mismas, ello no implica directamente que se haya generado un desequilibrio económico entre las partes.

La empresa Car4u, es una empresa que presta servicios de *carsharing*, de modo que dicho servicio no se presta directamente en las oficinas que tuvieron que permanecer cerradas, la actividad que en las mismas se desarrollaba era la gestión de dicho servicio, que bien pudieron continuar gestionando desde sus respectivas viviendas. Lo que impidió la explotación normal de la empresa y la disminución de la actividad de Car4u, fue el hecho de que la población estuviese confinada, de forma que el servicio prestado dejó de ser necesario y por tanto demandado durante el tiempo en que la población tuvo que permanecer en sus casas.

De este modo, la imposibilidad de acceder a las oficinas no impide al arrendador seguir gestionando su negocio, al poder realizar las mismas funciones mediante el

teletrabajo. Así, como ya hemos mencionado, el descenso de los ingresos de Car4u, se debe a una circunstancia ajena al arrendador de las oficinas desde las que la empresa gestiona su actividad y en consecuencia, a las condiciones iniciales en las que se pactó el contrato de arrendamiento. Por tanto, la circunstancia modificativa, no afecta directamente a la finalidad del contrato, es decir, Car4u, puede seguir desarrollando su actividad. Es por ello que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no parece ser el mejor remedio para el presente caso, dado que lo que se conseguiría no es el reequilibrio contractual, sino la disminución de los costes para una de las partes, que ha visto afectada su capacidad económica por causas ajenas a la otra parte del contrato, el arrendador.

Asimismo, otra de las razones por las que la cláusula *rebus sic stantibus* no es la solución más adecuada a los contratos afectados por la crisis del coronavirus, son sus efectos. Dicha cláusula se invoca en la creencia de que con su aplicación se fomentará la renegociación de los contratos. Sin embargo, la eficacia del poder de negociar puede verse afectada si se impone el cumplimiento a la parte afectada por el cambio de circunstancias mientras no se llegue a acuerdo, siendo este el momento más crítico para ella. Es decir, la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* no puede por sí sola justificar la suspensión del cumplimiento de la prestación de la parte afectada por el cambio de circunstancias.

Además aunque con la cláusula *rebus sic stantibus* se busque una solución negociada entre las partes y se pretenda evitar con ello el recurso a los tribunales, lo cierto es que es poco probable que dicho objetivo se consiga, pues, la *rebus* es una regla general que necesita una concreción jurisprudencial adaptada a las circunstancias específicas de la pandemia. Por tanto, el recurso indiscriminado a la cláusula *rebus sic stantibus* como solución a un problema que afecta a multitud de contratos, será precisamente el contrario al deseado, es decir, un colapso de los tribunales.²⁶

Conclusiones

²⁶ Gregoraci, Beatriz “Covid 19 y Derecho de contratos”, Julio, 2020. (Disponible en: <https://almacenderecho.org/covid-19-y-derecho-de-contratos>)

De este modo, aunque se haya venido aplicando en algunos casos la *cláusula rebus sic stantibus* a los contratos de arrendamiento de locales de negocio, se trata en todos ellos de locales en los que se desarrolla la propia actividad de la empresa, por ejemplo, locales comerciales, restaurantes, hoteles, etc.

En este caso, sin embargo, la pandemia del Covid 19 y la imposibilidad de acceder a las oficinas desde las que Car4u desarrolla su actividad, no le impide continuar desarrollando la actividad. En consecuencia, no se crea un desequilibrio contractual entre las partes, ni se frustra el fin del contrato. Por lo tanto, lo más probable será que no prospere la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al no concurrir los requisitos que venimos estudiando en el presente supuesto de hecho.

BLOQUE III: Pacto de no competencia post contractual.

Antecedentes de Hecho.

Al finalizar la pandemia, el negocio de Car4u repunta con fuerza. Sin embargo, meses más tarde Aussie LTD conoce la existencia de una nueva de compañía de *carsharing*, llamada “Car4mi” y que comparte las mismas formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado de “Car4u”. La irrupción de esta empresa de la competencia supone una clara disminución de la actividad de “Car4u”, al pasarse numerosos clientes, incluidas algunas empresas con las que había suscrito un contrato de colaboración a la empresa “Car4mi”.

Tras varias averiguaciones, descubren que la titularidad de la empresa “Car4mi” es Dña. Beatriz Madariaga, quien acudió a la firma del contrato de compraventa del 80% de las participaciones de “Car4u” como acompañante de Don. Nicolás García. Ante esta situación Aussie LTD decide contratar un investigador privado, el cual descubre que Dña. Beatriz y Don. Nicolás conviven al menos, desde el inicio de la pandemia.

Aussie LTD comprueba el revisa el contrato de compraventa para comprobar el régimen de no competencia establecido en el mismo y constata, que se estableció una obligación expresa, que prohibía a D. Nicolás, operar por si mismo o mediante terceros en el mercado de *carsharing* durante al menos 10 años, así como utilizar el know how de “Car4u” sin autorización expresa.

Asimismo, Aussie LTD recibe por error un email de la Directora de la empresa RIS (Ramiro Investments S.A.), empresa con la cual “Car4u” tenía suscrito el convenio de colaboración más importante, pensando que escribía a “Car4mi”, empresa con la que iba a empezar su colaboración, que decía lo siguiente:

“Querido Nicolás:

Ha sido un placer conversar contigo durante estos meses para entender el funcionamiento del negocio de car sharing. Teniendo en cuenta lo que nos cuentas respecto de los problemas que arrastra Car4u, hemos decidido empezar a colaborar con

vuestra compañía. Saluda a Beatriz de mi parte y dile que me pondré en contacto con ella próximamente para formalizar lo que sea necesario.

Un abrazo,

Jimena ”

1. Pacto de no competencia post-contractual, infracción del derecho de marca y actos de competencia desleal.

El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, prohíbe el establecimiento de acuerdos que puedan producir el efecto de impedir o restringir la competencia. Así, establece lo siguiente:

“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...”²⁷

No obstante, la defensa de una empresa, que puede verse claramente perjudicada ante la salida de la misma de quienes hayan accedido a información relevante de su negocio o hayan estado, por ejemplo, en contacto con sus clientes, justifica la adopción de medidas de protección, como el establecimiento de un pacto de no concurrencia. Claro está, que el ejercicio de la actividad profesional provoca unas relaciones entre los socios y sus clientes y entre los propios socios y la sociedad que justifican que se limite la posibilidad de operar en el mismo mercado generando una conducta competitiva con la sociedad que se ha abandonado aprovechando el *know how* obtenido de esta.

Respecto al pacto de no competencia post-contractual, ha establecido la jurisprudencia 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,*

²⁷ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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 distraer 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.

3.- Y conforme a lo ya dicho, esta obligación de no hacer no tiene que estar expresamente pactada, ya que es exigible conforme a los arts. 1.258 CC y 57 CCom”²⁸

De modo que en los contratos de transmisión de empresa, como el caso de contrato de compraventa de la empresa Car4u, además de la obligación de transmitir el *know how* de la sociedad que se transmite, constituye una obligación del vendedor el abstenerse de realizar una actividad competitiva en relación con la actividad de la empresa que se ha transmitido. La obligación de no hacer impuesta a la parte vendedora, Don. Nicolás en este caso, tiene como finalidad permitir que el adquirente pueda explotar la empresa en las condiciones en las que la adquirió. Además, mantiene la jurisprudencia que dicha obligación, no viene impuesta únicamente por el acuerdo de no competencia establecida por las partes en el contrato, sino que es exigible conforme a la buena fe.

En este sentido, teniendo en cuenta la legitimidad de proteger los intereses de la empresa, será necesario encontrar una solución que permita el equilibrio entre la defensa de los intereses de la empresa y los del socio o trabajador afectado. La no competencia post-contractual podrá establecerse, como en este caso, como una obligación contractual,

²⁸ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 303/2016 de 9 de mayo de 2016

por lo que su incumplimiento conllevaría la correspondiente indemnización por daños y perjuicios y la responsabilidad que las partes hubieran acordado en el propio contrato.

a) Argumentos a favor de Aussie LTD

En virtud del incumplimiento del pacto de no competencia post-contractual establecido en el contrato de compraventa del 80% de las participaciones de la empresa Car4u, por parte de Don. Nicolás, Aussie LTD podrá interponer una demanda de juicio ordinario, en la que se solicite la indemnización por los daños y perjuicios pactados, la responsabilidad que se hubiera establecido en el contrato y el cese de la actividad competitiva, basada en los fundamentos que estudiaremos a continuación.

Como hemos mencionado anteriormente en algunos casos los pactos de no competencia post-contractual quedan justificados por la necesidad de proteger los intereses de la sociedad. Por tanto, en consonancia con lo establecido por la jurisprudencia *“En ocasiones el tráfico mercantil impone o aconseja ciertas restricciones a la competencia, en cuyo caso las cláusulas de inhibición, de estar incorporadas a contratos cuyo objeto principal no sea restringir, impedir o falsear la competencia, que constituya restricciones accesorias del comercio, más o menos necesarias o simplemente útiles o convenientes, por lo que se alude su validez cuando están suficientemente justificadas y sirven a la finalidad perseguida en un contrato lícito”*²⁹, la obligación de no competir establecida en el contrato de compraventa de la empresa Car4u a Don. Nicolás García queda justificada.

La finalidad del pacto de no competencia queda claramente justificada, dado que el objeto de la cláusula establecida en dicho contrato no es restringir o impedir la competencia, sino que sirve, claramente a la finalidad perseguida por el contrato que entendemos es la explotación de la empresa Car4u, para lo cual es imprescindible, el *know*

²⁹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 301/2012 de 18 de mayo de 2012.

how de la empresa así como la relación con los clientes y los proveedores de la sociedad, que deben ser protegidos, al menos, por un periodo de tiempo razonable.

Asimismo, establece la misma sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 que, *“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 pro competitivas a medio y largo plazo.”* Se entiende por tanto que la finalidad de la compraventa es la transmisión de la sociedad con la situación competitiva en la que se compró.

En este mismo sentido, continua diciendo el Tribunal Supremo, *“En el presente caso, pese a que no se trata de la venta de una empresa sino de la de un importante paquete de participaciones por quien hasta fechas recientes había sido gerente de la empresa explotada por la sociedad cuyas participaciones enajenaba y trataba con clientes y proveedores, el pacto de no competir se enmarca dentro de un contrato cuya finalidad no es restringir la competencia. En este contexto la cláusula de inhibición está justificada salvo que por su duración, su ámbito geográfico y su contenido excediese de lo razonablemente útil o conveniente para garantizar que el valor de las participaciones no se viera deteriorado por la actuación del transmitente.”*³⁰ Por tanto, la necesidad de proteger los intereses de la sociedad a través de un pacto de no concurrencia, es inherente a la propia finalidad del contrato, lo mismo en el caso de la obtención del 80% de las participaciones.

Del análisis de la sentencia de 18 de mayo de 2012 podemos deducir que un pacto de no competencia como el del caso que analizamos no es contrario al artículo 1 de la ley de defensa de la competencia, dado que no restringe la competencia. Siempre y cuando su duración, territorialidad y su contenido sean necesarios para que el valor de las participaciones que obtuvo Aussie LTD no se vea deteriorado por la actuación de Don.

³⁰ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 301/2012 de 18 de mayo de 2012

Nicolás. Es evidente, que en este caso, y teniendo en cuenta que la actividad competitiva se realiza, días más tarde de la transmisión de la empresa, el hecho de que Don. Nicolás actué en el mismo mercado que la empresa Car4u directa o indirectamente, a través de Doña Beatriz, es claramente perjudicial para el valor de las participaciones de la empresa Car4u. Ello queda demostrado por el hecho de que uno de los clientes más importantes con los que la sociedad tenía suscrito un convenio de colaboración, vaya ahora a pasar a colaborar con la empresa competidora. Se trata por tanto, de un pacto razonable y completamente de acuerdo con la finalidad del contrato de compraventa del 80% de las participaciones de la empresa “Car4u”, cuyo quebranto queda demostrado que produce graves perjuicios a la empresa transmitida y su posición competitiva en el momento de la transmisión.

Asimismo, del mensaje de Doña Jimena, se desprende el hecho de que el pacto de no competencia ya se había incumplido incluso antes de su firma. En el mismo, Doña Jimena hace referencia a los meses anteriores de conversaciones. De este modo, queda demostrado que Don. Nicolás obró dolosamente, al estar, por un lado comprometiéndose a no competir con la sociedad cuyas participaciones estaba transmitiendo a Aussie LTD, y por otro, conversando con clientes para competir con la sociedad transmitida inmediatamente después de su transmisión.

Dicha conducta podría considerarse incluso más antijurídica que la mera quiebra del pacto de no competencia post-contractual. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2016, analiza un caso similar y remitiéndose a la Sentencia de la misma Sala de 12 de mayo de 2012 alcanza la siguiente conclusión: *“Y si, como sucede en este caso, las conductas que vulneran el deber de abstención concurrencial no tuvieron lugar en el plazo previsto en la cláusula de prohibición de competencia expresamente pactada, sino que se desarrollaron durante el tiempo en que el Sr. Simón todavía trabajaba en Aerlyper, S.A., como se desprende inequívocamente de los hechos relatados en el primer fundamento jurídico, su comisión es, si cabe, más antijurídica.”*³¹

Así, la concurrencia de dolo incidental en el presente caso es indudable. Ello teniendo en cuenta en primer lugar, que los compradores esperaban que el vendedor se

³¹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 303/2016 de 9 de mayo de 2016

dedicará en exclusiva a su actividad en la sociedad cuyas participaciones se transmitieron y que sus esfuerzos comerciales fueron determinantes para fijar el precio de venta que pagaron por las participaciones de la sociedad. En segundo lugar, porque si los compradores se preocuparon de incluir una cláusula de no competencia post-contractual, es porque consideraron que la competencia por parte del demandado reducía el valor de las participaciones que adquirieron, así que se dan todos los requisitos para aplicar el vicio del consentimiento del dolo. Lo que conllevaría, no la anulación de la compraventa, pero sí una reducción del precio de la compraventa en virtud del y 1270 CC.³²

Por otro lado, en virtud de la Ley de Marcas³³, Aussie LTD podrá interponer también una acción por violación de sus derechos marcarios. El artículo 6.1 de la Ley de Marcas, recoge como prohibiciones relativas al registro de marcas, las siguientes:

“1. No podrán registrarse como marcas los signos:

- a) Que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos.*
- b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.”*

En este caso, la similitud entre las marcas “Car4u” y “Car4mi” es evidente. Ambas marcas estas compuestas por 3 palabras: comienzan con la palabra “car”, seguidas del numero 4 como diminutivo de la palabra “for” y terminan respectivamente con las palabras “u” y “mi”, las cuales se refieren ambas a un pronombre que a pesar de ser diferente evoca lo mismo. Podría traducirse al español como “coche para ti” o “coche para mi” . La diferencia por tanto entre ambas marcas sería únicamente de una letra, que

³² Jesús Alfaro “*Transmisión de empresa y prohibición de competencia del vendedor*”, Mayo de 2016. (disponible en: <https://almacenederecho.org/casos-transmision-empresa-prohibicion-competencia-del-vendedor>)

³³ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

evidentemente no otorga a la nueva marca el carácter distintivo suficiente respecto de la anterior.

Asimismo, ambas empresas se dedican al sector del *carsharing* y por tanto, la actividad que desarrollan ambas empresas es idéntica. Todo ello lleva a que exista un claro riesgo de confusión entre las marcas, así como de asociación con la marca anterior, teniendo también en cuenta que Don. Nicolás García, quien constituyó la sociedad Car4u, opera ahora a través de Car4mi. Vulnera por tanto claramente, el derecho de exclusividad conferido por la ley de marcas al titular de la marca anterior, es decir, a Aussie LTD, al entender que la marca se transmitió también con la transmisión de las participaciones de la sociedad.

El artículo 6.2 de esta misma ley, establece los requisitos para que una marca pueda considerarse marca anterior:

“2. Por marcas anteriores se entenderá a los efectos del apartado 1:

a) Las marcas registradas cuya solicitud de registro tenga una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud objeto de examen, y que pertenezcan a las siguientes categorías: i) marcas españolas; ii) marcas que hayan sido objeto de un registro internacional que surta efectos en España; iii) marcas de la Unión Europea (en adelante marcas de la Unión).

b) Las marcas de la Unión registradas que, con arreglo a su Reglamento, reivindiquen válidamente la antigüedad de una de las marcas mencionadas en los puntos i) y ii) de la letra a), aun cuando esta última marca haya sido objeto de renuncia o se haya extinguido

c) Las solicitudes de marca a las que hacen referencia las letras a) y b), a condición de que sean finalmente registradas.

d) Las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean "notoriamente conocidas" en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París.”

Por lo tanto, Aussie LTD deberá probar que la marca “Car4u” es una marca registrada cuyo titular es la sociedad Car4u, que es como establece el artículo 34 de la Ley de Marcas, el hecho generador del derecho exclusivo sobre la misma del titular. Dicho artículo permite al titular de la marca registrada para *“prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con productos o servicios”* cuando el signo sea idéntico o similar y se utilice para designar productos o servicios idénticos o similares, siempre y cuando exista un riesgo de confusión o asociación entre ambas marcas.

De este modo, en virtud del artículo 41 de la Ley de Marcas el titular de la marca registrada cuyo derecho se haya lesionado, es decir, la empresa “Car4u” en este caso podrá reclamar en la vía civil: la indemnización por los daños y perjuicios causados, el cese en el uso de la marca y la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Competencia Desleal³⁴ *“Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.”* Asimismo, establece que *“El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.”* En este sentido, puede entenderse que el uso de una marca tan semejante, teniendo en cuenta también la relación de sus socios con la empresa Car4u, constituye un acto de confusión y por tanto un acto de competencia desleal.

Conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 29 de septiembre de 1998, asunto C-39/97 Canon, apartado 29 *“constituye un riesgo de confusión en el sentido de la letra b) del apartado 1 del Art. 4 de la Directiva el riesgo de que el público pueda creer que los correspondientes productos o servicios proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente”*. Queda claro por tanto que se trata en este caso, además de una vulneración del derecho de marca,

³⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

de un acto desleal, al crear generar que el público, así como los clientes y los proveedores puedan entender que se trata de la misma empresa o de una empresa vinculada.

Dicha confusión como antes hemos mencionado puede darse también porque los servicios ofertados por ambas empresas son idénticos. La impresión producida por el uso de una marca tan similar, la vinculación de los socios de la nueva empresa Car4mi con la sociedad Car4u y el hecho de que desarrollen la misma actividad puede infundir en el público la creencia de que los servicios ofertados por Car4mi proceden de la empresa Car4u o, sino de la misma empresa, de una económicamente vinculada a esta.

Asimismo puede entenderse que existe un enriquecimiento injusto por parte de la empresa Car4mi, en perjuicio de la empresa Car4u, al beneficiarse de una marca muy similar a suya, aprovechándose así de la reputación de la empresa Car4u. La jurisprudencia ha establecido como requisitos que deben darse para la existencia de enriquecimiento injusto los siguientes: que se haya disfrutado injustamente de un aumento en el patrimonio o una ventaja patrimonial; que se haya producido como consecuencia de lo anterior un empobrecimiento por la otra parte que sea apreciable; que no exista ninguna causa justificable para el aumento patrimonial, es decir, que no existe ningún vínculo contractual; que no exista ninguna norma o ley que exceptúe la aplicación de este precepto.³⁵

De este modo la empresa Car4u podrá solicitar que se declare el comportamiento desleal de la empresa Car4mi, que se le condene al cese de su actividad como consecuencia de los actos de competencia desleal y a la restitución del daño patrimonial causado por el enriquecimiento injusto.

En conclusión, en el caso de la transmisión de la empresa “Car4u”, queda claramente justificada la obligación de no competencia post-contractual impuesta a Don. Nicolás en el contrato de compraventa de la Sociedad, al no poder entenderse que restrinja la competencia y servir a la finalidad primordial del contrato. Dicha obligación, como

³⁵ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) sentencia núm. 1016/2006 de 6 de octubre de 2006.

hemos estudiado, viene impuesta además de por el acuerdo entre las partes, por el principio de buena fe contractual, establecido en el artículo 1258 CC.

Asimismo, es evidente que la semejanza entre las marcas “Car4u” y “Car4mi” genera un grave riesgo de confusión entre el público, así como un claro riesgo de asociación entre ambas marcas. De modo que la sociedad “Car4u” podrá reclamar también la vulneración de su derecho exclusivo de marca. Además constituye un acto de competencia desleal, por lo que podrá reclamar la declaración de los actos de “Car4mi”, el cese de su actividad y la restitución de los daños económicos causados.

De este modo, Aussie LTD podrá reclamar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en virtud del incumplimiento contractual por parte de Don. Nicolás. Asimismo, podrá reclamar la responsabilidad que hubieran acordado las partes como consecuencia del incumplimiento del pacto de no competencia. Por otro lado, podrá reclamar, como hemos establecido, el cese en el uso de la marca “Car4mi”, la indemnización de los daños y perjuicios causados por dicha vulneración de su derecho de marcas y la adopción de las medidas que sean necesarias para impedir que dicha violación continúe. Por último, como ya hemos estudiado podrá reclamar, en virtud de la acción de enriquecimiento injusto, el cese de la actividad de Car4mi, la restitución del perjuicio causado y la declaración de los actos como actos de competencia desleal.

b) Defensa de Car4mi

Como hemos mencionado anteriormente el pacto de no competencia, para no ser contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ha de ser razonable y no ha de tener como finalidad la restricción de la competencia. Para que se den dichos requisitos, el pacto ha de ser determinado, tanto territorial como temporalmente. Asimismo, deberán establecerse los sujetos que quedan vinculados a dicho pacto.

En este caso, el pacto de no competencia se establece para una duración de diez años, lo cual puede entenderse manifiestamente excesivo y por tanto, contrario a la Ley de Defensa de la Competencia. En este contexto, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 9 de mayo de 2008, considera que el plazo de 10 años es excesivo para

el pacto de competencia. Así, vincula dichos pactos y su vigencia con la necesidad de respetar el artículo 35.1 de la Constitución Española, que prevé la libertad en el trabajo:

*“ Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. ”*³⁶

Dicha sentencia mantiene que, *“Por lo demás, 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 (RCL 1978,2836), del que es reflejo el artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), 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 (LEG 1889, 27) 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”*³⁷.

De este modo, Car4mi deberá alegar que la imposición de la obligación de no competencia por el periodo de 10 años restringe la libertad de trabajo de Don. Nicolás y que es claramente excesivo, por lo que deberá solicitar que se declare la nulidad de la cláusula de no competencia por lo menos en lo que excede del plazo razonable.

Asimismo, habrá de atenderse al ámbito territorial o geográfico del pacto de no competencia de modo que de no haberlo establecido expresamente en el contrato, se entenderá que la obligación de no competencia se refiere únicamente al mercado en el que opera la empresa Car4u. De este modo en el caso de que la nueva sociedad opere en

³⁶ Constitución Española.

³⁷ AP de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia de 9 de mayo de 2008.

un mercado distinto, en el que Car4u nunca hubiera operado, no será aplicable el pacto de no competencia. Además en el caso de no haberse establecido, también se podrá solicitar la nulidad de la cláusula de no competencia.

A efectos de la validez de la cláusula de no competencia es relevante también indicar los sujetos obligados en virtud de la misma. De modo que, en este caso, a no ser que se hubiera establecido expresamente en el contrato, únicamente estaría vinculado a la obligación de no competir con Car4u, Don. Nicolás, quien firmó el contrato de compraventa que contenía dicha obligación. Sin embargo, Doña Beatriz, independientemente de que conviviera desde el inicio de la pandemia con Don. Nicolás, no está expresamente vinculada al pacto de no competencia que él asumió, que no podría serle de aplicación únicamente por el hecho de haber convivido durante unos meses con Don. Nicolás.

Por tanto, la empresa Car4mi en su defensa deberá alegar, que el pacto de no competencia no se encuentra delimitado territorialmente y que su duración es manifiestamente excesiva como ha establecido la jurisprudencia. Por lo tanto, deberá solicitar la declaración de nulidad de dicho pacto.

Asimismo deberá mantener la empresa Car4mi, que independientemente de la nulidad o no de dicho pacto, el único sujeto obligado a no competir en virtud del mismo sería Don. Nicolás. Doña Beatriz, sin embargo, no está sujeta al pacto de competencia y debería poder seguir desarrollando la actividad de la empresa “Car4mi”. Todo ello, siempre y cuando no se hubiese establecido en el pacto de no competencia la extensión a personas relacionadas con la empresa “Car4u” o sus socios.

En relación con la infracción del derecho de marca y de los actos de competencia desleal, la empresa “Car4mi” deberá tratar de demostrar que no existe dicho riesgo de confusión entre ambos signos distintivos y que por tanto ni se infringe el derecho de marca, ni hay un acto de confusión, ni enriquecimiento injusto por el aprovechamiento de la reputación ajena. En la medida en que sea capaz de demostrar que no existe riesgo de confusión a pesar de las similitudes entre ambas marcas su defensa prosperará o no. Sin

embargo, en este caso, dicho riesgo de confusión o de asociación es bastante evidente, por lo que será complicado evitar la condena.

Conclusiones

En conclusión, en primer lugar y en relación con el pacto de no competencia post-contractual, lo más probable es que no se declare su nulidad. Ello se debe a que de acuerdo con la jurisprudencia la inclusión de estos pactos en el contrato de transmisión de una sociedad o de la mayor parte de sus participaciones, como es el caso, responde a la finalidad del propio contrato, se entiende así, justificado y razonable. Además el hecho de ser su temporalidad excesiva, no ha de suponer la nulidad del pacto por completo, si no únicamente la nulidad del pacto para el tiempo que exceda los dos o tres años, que la jurisprudencia ha considerado como razonables. Lo más probable en este caso, será que prospere la acción de Car4u solicitando la indemnización por los daños y perjuicios causados, así como el cese de la actividad competitiva por parte de Don. Nicolás.

En segundo lugar, en relación con la similitud entre las marcas Car4u y Car4mi, como hemos analizado dicha analogía entre los nombres de ambas sociedades, supone además de una infracción del derecho exclusivo de marca, supone un acto de confusión y de enriquecimiento injusto, por tanto un acto de competencia desleal. En este sentido, siempre y cuando Car4mi no sea capaz de desvirtuar el riesgo de confusión o asociación alegado por Aussie LTD, lo más probable será también en este caso que prospere la acción de Aussie LTD.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación.

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

Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

Constitución Española

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

2. Jurisprudencia

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 684/2013 de 5 de noviembre de 2013.

AP de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia de 5 enero 2000.

AP de Islas Baleares (Sección 5ª) Sentencia num. 162/2016 de 14 junio de 2016.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 1139/2006 de 17 noviembre de 2006.

AP de Barcelona (Sección 1ª) Sentencia num. 226/2015 de 29 mayo de 2015.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 230/2011 de 30 marzo de 2011.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 799/2009 de 16 de diciembre de 2009.

AP de Alicante (Sección 7ª) Sentencia num. 44/2000 de 12 abril del 2000.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 333/2014 de 30 junio de 2014.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 214/2019 de 5 abril de 2019.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 336/2009 de 21 mayo de 2009.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 303/2016 de 9 de mayo de 2016.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 301/2012 de 18 de mayo de 2012.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) sentencia núm. 1016/2006 de 6 de octubre de 2006.

AP de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia de 9 de mayo de 2008.

3. Artículos doctrinales

Avilés García, Javier “*Cláusula «rebus sic stantibus» precovid- 19: cierre y apertura de una nueva encrucijada jurisprudencial. Comentario a la STS 156/ 2020, de 6 de marzo (RJ 2020, 879)*”, Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.115/ 2021, Editorial Civitas, SA, pág. 6.

Salas Carceller, Antonio “*Cláusula rebus sic stantibus y préstamos hipotecarios*”, LaLey 8466/2021, Actualidad Civil, Nº 7, Sección Derecho de los contratos / Debate jurídico, Julio-Agosto 2021, Wolters Kluwer. Pp. 3 y 4.

Carrasco Perera, Ángel: “*Cláusula rebus sic stantibus y préstamos hipotecarios*”, La Ley 8466/2021, Actualidad Civil, Nº 7, Sección Derecho de los contratos / Debate jurídico, Julio-Agosto 2021, Wolters Kluwer. Pág. 7.

Colino, Javier y Moya, Marian: “*Aplicación de la doctrina “rebus sic stantibus” en los arrendamientos de locales de negocios.*” Actualidad Jurídica Aranzadi num. 977/2021, Ed. Aranzadi, S.A.U.

4. Recursos de Internet.

Gregoraci, Beatriz “*Covid 19 y Derecho de contratos*”, Julio, 2020. (Disponible en: <https://almacenederecho.org/covid-19-y-derecho-de-contratos>).

Alfaro, Jesús “*Transmisión de empresa y prohibición de competencia del vendedor*”, Mayo de 2016. (disponible en: <https://almacenederecho.org/casos-transmision-empresa-prohibicion-competencia-del-vendedor>).

Alfaro, Jesús “*La compraventa de empresas (v): Patología y remedios frente al incumplimiento*”, Agosto, 2021. (Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-v-patologia-y-remedios-frente-al-incumplimiento>)