



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía
Especialidad Relaciones Jurídico-Privadas

Autora: D^a Gabriella Zara Rozalén

Tutor: Prof. D. José Antonio Calleja Alija

Curso académico: 2021-2022

Facultad de Derecho. Universidad Pontificia de Comillas

Madrid

Enero 2022

ÍNDICE DE CONTENIDO

GLOSARIO DE ABREVIATURAS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. Adquisición de empresa.....	8
1. Introducción.....	8
2. Concepto de compraventa de empresas “ <i>share deal</i> ”.....	8
3. Causa contractual. Resolución por incumplimiento.....	9
4. Objeto contractual. Saneamiento por vicios ocultos.....	14
5. Daños exigibles.....	17
6. <i>Due diligence</i> . Asignación de riesgos de la transacción.....	19
6.1. <i>Due diligence</i>	19
6.2. Argumentos de las partes respecto a la realización del <i>due diligence</i>	20
a) Argumentos favorables para D. Nicolás.....	20
a.1) <i>Que Aussie LTD no hizo due diligence</i>	20
a.2) <i>Que Aussie LTD sí hizo due diligence, pero no fue óptimo</i>	21
a.3) <i>Que Aussie LTD sí hizo un due diligence y que además es un perito profesional</i>	21
b) Argumento favorable para Aussie LTD. Que Aussie LTD realizó un <i>due diligence</i> óptimo y aún así fue imposible prever los vicios ocultos en los vehículos debido a una ocultación dolosa del vendedor. Error en el consentimiento. Nulidad simple o anulabilidad.....	22
6.3. Argumentos de las partes respecto a la asignación de riesgos de la transacción.....	24
a) Argumentos favorables para D. Nicolás.....	24
a.1) <i>Que se haya adaptado el contrato incluyendo la contingencia encontrada en los vehículos como una cláusula de manifestaciones y garantías</i>	24
a.2) <i>Que el vendedor haya expuesto las averías de los vehículos en una carta de revelación de información</i>	25
a.3) <i>Que se haya dado tratamiento a la contingencia mediante ajuste de precio de la transacción</i>	26
b) Argumentos favorables para Aussie LTD.....	26

b.1) Que se haya pactado una cláusula indemnizatoria a favor de Aussie LTD.....	26
b.2) Que lo manifestado y garantizado por parte de Car4U resulte inexacto, falso o incompleto. Incumplimiento contractual.....	26
CAPÍTULO II. Cláusula <i>rebus sic stantibus</i>.....	29
1. Introducción.....	29
2. Suspensión de los pagos debidos por el contrato préstamo bancario sobre la base de la doctrina <i>rebus sic stantibus</i>.....	29
2.1. Concepto, evolución jurisprudencial y efectos de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i>.....	29
2.2. Aplicación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> al caso concreto.....	32
a) Requisito 1º. Relaciones obligaciones de carácter continuo o tracto sucesivo.....	33
b) Requisito 2º. Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de la ejecución del contrato en relación con las concurrentes en el momento de su celebración.....	33
c) Requisito 3º. Deben ser circunstancias sobrevenidas, que ocurren después del establecimiento de la obligación y antes de su ejecución.....	35
d) Requisito 4º. Que surjan circunstancias completamente imprevisibles. No se evalúa si las partes las habían previsto, sino más bien si podían preverlas.....	36
e) Requisito 5º. Esas circunstancias deben ocasionar una desproporción exorbitante, de tal intensidad conviertan la obligación en excesivamente onerosa, provocando una alteración anormal que destruye el equilibrio contractual.....	38
f) Requisito 6º. Que el riesgo o circunstancia sobrevenida no haya sido aceptado por las partes o no sea inherente a la naturaleza del contrato elegido por las partes.....	39
g) Requisito 7º. Que careciese de otro medio para remediar el perjuicio.....	41
3. Suspensión del pago de las rentas de arrendamiento de oficinas sobre la base de la doctrina de la fuerza mayor.....	42
3.1. Concepto de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda.....	42
3.2. Concepto y efectos de la doctrina de la fuerza mayor. Aplicación al caso concreto. Argumentos a favor.....	43
3.3. Argumentos en contra de la aplicación de la fuerza mayor.....	47

CAPÍTULO III. Pacto de no competencia, competencia desleal y marcas.....	48
1.Introducción.....	48
2. Posibles actuaciones de Aussie LTD.....	49
2.1. Actuaciones de Aussie LTD respecto del pacto de no competencia.....	49
a) Pacto de no competencia en el contrato de compraventa de acciones y participaciones.....	49
<i>a.1) Vía de acción quanti minoris.....</i>	<i>51</i>
<i>a.2) Vía de incumplimiento contractual.....</i>	<i>53</i>
b) Pacto de no competencia en contrato entre socios de Car4U.....	55
c) Pacto de no competencia en contrato de gestor de Ca4U.....	57
2.2. Actuaciones de Aussie LTD respecto a la legislación de competencia desleal.....	57
a) Análisis de conductas desleales.....	57
<i>a.1) Actos de confusión (art. 6 LCD).....</i>	<i>58</i>
<i>a.2) Inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD).....</i>	<i>60</i>
<i>a.3) Violación de secretos (art. 13 LCD).....</i>	<i>62</i>
b) Acciones disponibles en la LCD.....	63
2.3. Actuaciones de Car4U respecto a infracción de marca.....	64
3. Posible defensa de Car4Mi / D. Nicolás.....	66
3.1. Posible defensa frente a las acciones relativas al pacto de no competencia.....	66
3.2. Posible defensa frente a las acciones relativas a competencia desleal.....	68
3.3. Posible defensa frente a las acciones relativas a infracción marcaria.....	69
 CONCLUSIONES FINALES.....	 70
 RELACIÓN DE FUENTES UTILIZADAS.....	 72

GLOSARIO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
ET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LCD	Ley de Competencia Desleal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGP	Ley General de Publicidad
LM	Ley de Marcas
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSE	Ley de Secretos Empresariales
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SJdo	Sentencia del Juzgado
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es dar respuesta a una serie de cuestiones planteadas en cuanto a distintos problemas que surgen dentro de un negocio jurídico.

El presente informe consta de tres capítulos. El **Capítulo I** pretende dar tratamiento a todas las preguntas relacionadas con la compraventa de acciones y participaciones de Car4U, S.L., celebrada entre D. Nicolás García y Aussie LTD. En el **Capítulo II** se expondrán las respuestas que tienen que ver con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de préstamo bancario y con la invocación de la doctrina de fuerza mayor a un contrato de arrendamiento de oficinas. El **Capítulo III** estará dedicado, por su parte, al análisis de la problemática que surge gracias a la aparición de una empresa competitiva en el mercado, dentro del cual, se abordarán temas como los pactos de no competencia, la competencia desleal y el derecho marcario.

Fundamentalmente, se ha buscado que el enfoque del presente informe sea lo más práctico posible, analizando los intereses de las partes de manera que se toquen diversos temas que puedan llegar a ser útiles para las mismas. Necesariamente, se han desarrollado conceptos teóricos y se ha recopilado la jurisprudencia y doctrina más relevante aplicable al caso que nos ocupa, no obstante, este documento conforma una mera guía de las materias analizadas y no pretende conformar un análisis completamente exhaustivo de éstas.

En cada una de las cuestiones desarrollaremos argumentos convenientes para los dos sujetos principales del presente caso, D. Nicolás y Aussie LTD. De esta manera, se podrá obtener una percepción más completa a nivel jurídico. Al final de este trabajo se realizarán una serie de conclusiones finales las cuales servirán como recopilación y síntesis de todos los razonamientos alcanzados.

CAPÍTULO I. Adquisición de empresa.

1. Introducción.

Aussie LTD, uno de los diez fondos de inversión más grandes del mundo, impulsado por su interés en la industria del *car sharing*, ha decidido invertir en diversas empresas del sector en la última década y, más recientemente, en la mercantil Car4U S.L. (en lo sucesivo, Car4U), adquiriendo mediante un contrato de compraventa de empresas “*share deal*”, un 80% de las participaciones de la misma. La compra de Car4U implicó previamente la puesta en marcha y desarrollo de un proceso de *due diligence* exhaustivo por parte de Aussie LTD, durante el cual se identificaron algunas contingencias en la empresa transmitida y cuyo resultado tuvo repercusión en la fijación del precio finalmente ofrecido a Aussie LTD, según figura a continuación en el siguiente resumen de la transacción realizada entre Aussie LTD (parte compradora) y D. Nicolás (parte vendedora):

- Aussie LTD compra las acciones representativas del 80% del capital social de Car4U.
- Precio: 3.500.000 euros.
- Fecha de la compraventa y fecha de pago del precio: 15 de febrero de 2020.

El problema que plantea este primer bloque es el siguiente: Transcurridos unos días después de la celebración de la compraventa, Aussie LTD descubre que la mayoría de los vehículos destinados a ser explotados mediante *car sharing* está averiado y se requieren reparaciones que alcanzan los 300.000 euros.

NOTA: En la disputa que se nos plantea, durante el due diligence se identificaron algunas contingencias iniciales que redujeron el precio de la compraventa. Posteriormente al cierre, la parte compradora descubre unas averías en los vehículos. A modo aclaratorio, advertimos que trataremos la contingencia de los vehículos como una “nueva contingencia”, entendiendo que es distinta a las contingencias identificadas a priori.

2. Concepto de compraventa de empresas “*share deal*”.

Lo primero que tenemos que comprender es el concepto básico del contrato de compraventa de empresas. En sentido amplio, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una

cosa y la otra a pagarla en dinero, según establecen los arts. 1.445 y ss. del CC. La compraventa de empresa es entonces un contrato en que la parte vendedora se obliga a entregar una *empresa* (en sentido amplio, pues ya veremos que habría que hacer precisiones entre compraventa de empresa en su totalidad y compraventa de acciones y participaciones) y la parte compradora a pagar por un precio. Como no existe en la legislación española una regulación especial de los procesos de adquisición de empresas, en tal materia se acude al CC o al CCom, cuando se trata de una adquisición de empresa por compraventa. Pero aún más, también se debe acudir al contrato celebrado entre las partes si existiera, como es el caso. Se trata de un contrato atípico y la base y regulación propia del proceso de transmisión de la empresa Car4U, que se ampara en el principio de autonomía de la voluntad de las partes (regulada en el art. 1.255 CC) y la libertad de forma que presiden el derecho de obligaciones y contratos español.

Esencialmente, existen dos mecanismos tradicionales para adquirir o comprar una empresa. Por un lado, tenemos un mecanismo indirecto, que consiste en la adquisición de acciones de la sociedad titular de la empresa (“*share deal*”) bien mediante la adquisición de las acciones representativas del 100% del capital social o bien mediante la adquisición de un paquete suficiente de acciones que otorgue al adquirente el control de la sociedad, entendiéndolo como el control mayoritario en la toma de decisiones o acuerdos sociales. Como breve aclaratoria, en el caso presente, Aussie LTD compra un número de acciones que representan el 80% del capital social de Car4U, obteniendo así el poder o control de capital, pues la cuota de capital social que ostenta es más que suficiente para superar todas las mayorías exigidas legalmente para la adopción de acuerdos en una Sociedad Limitada, tal y como se recoge en los arts. 198 y ss. LSC. En segunda instancia, nos encontramos con las compraventas de empresas directas, que se producen por adquirir los activos y pasivos relativos a las mismas (“*asset deal*”). Ahora bien, el caso que nos ocupa se trata de un contrato de compraventa de acciones o “*share purchase agreement*” / “*share deal*”, y será muy importante que nos enfoquemos en él a partir de ahora.

3. Causa contractual. Resolución por incumplimiento.

Debemos saber que los contratos tienen tres elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa. Comenzaremos por la causa. Ésta se encuentra regulada en el art. 1.274 CC, que explica que en los contratos onerosos (como son los contratos de compraventa) se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.

Asimismo, la jurisprudencia del TS (STS 458/2009, de 21 diciembre y STS 1 de abril 1998), ha reiterado que la causa del contrato de compraventa tiene un significado o sentido objetivo. En los contratos

de compraventa de acciones, la causa es la intención del comprador de adquirir y del vendedor de transmitir la empresa mediante la compraventa de acciones a cambio de un precio. El fin común - también llamado intención o subjetividad - perseguido por ambas partes mediante el negocio jurídico, ha sido concebido por la jurisprudencia como un móvil. Un móvil que consiste en una mera “realidad extranegocial”, o sea, un motivo o subjetividad que impulsa al comprador a adquirir las acciones y a la otra parte a venderlas y que no forma parte, en principio, de la causa del contrato. Aún así, se ha apreciado la posibilidad de incluir el móvil dentro de la causa del contrato si las partes así lo desean, en concordancia con lo que habíamos mencionado sobre la autonomía de la voluntad que rige en nuestro derecho de contratos. A modo organizativo, a partir de ahora se estudiarán estas dos posibilidades por separado: (a) En primer lugar, que no se haya causalizado el móvil de manera expresa en la causa del contrato y (b) Que sí se haya causalizado aquél de forma explícita en el clausulado de la compraventa.

Primeramente, si entendemos que en el contrato de compraventa del presente caso no se hicieron previsiones expresas y detalladas sobre el estado físico de los vehículos o no se integró la explotación de la actividad mediante el uso esencial de los mismos en la causa del contrato (como “móvil causalizado”), desde el punto de vista del TS - extraído de la jurisprudencia anteriormente citada - la intención de explotar la actividad y los vehículos no sería parte de la causa contractual y por ende, el hecho de que estos últimos estén averiados y sea imposible o difícil que Aussie LTD ejecute la explotación de Car4U, sería irrelevante sobre la esfera de responsabilidad del vendedor. Precisamente por eso, este es un argumento conveniente para Car4U dentro de esta primera posibilidad.

Ahora bien, la parte compradora también tiene un argumento sobre el que podría indagar en su defensa con respecto a lo anteriormente dicho. Lo cierto es que la jurisprudencia citada más arriba (esgrimible por parte de la vendedora) ha sido fuertemente criticada por la doctrina. Diversos juristas como GARCÍA VICENTE, J. R., REDONDO TRIGO, F., DE CASTRO Y BRAVO, F., ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y GILI SALDAÑA, M. A., han planteado que en los contratos de compraventa de acciones resulta - o al menos, debe resultar - suficientemente obvio que la intención de quien compra las acciones sea explotar la empresa en su totalidad (explotando, por supuesto, sus activos esenciales) y que aquello sea tan evidente que incluso se pueda intuir como parte de la causa del contrato. Inclusive, resaltan las opiniones de juristas tan relevantes como DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., quienes han concluido que, a diferencia de los propósitos individuales, el propósito común entre las partes sí es importante para configurar la causa del contrato. De esta manera, Aussie LTD podrá invocar el debate que ha planteado la doctrina, rogando que se atienda al fondo de la compraventa, que no puede ser otro que explotar la empresa transmitida, cosa que sería imposible si no se utilizan los activos esenciales que se encuentran

viciados. Aussie LTD podría demostrar e insistir en que el interés común de las partes siempre fue claro y consiste en nada más y nada menos que sacar partido a la empresa en su totalidad, aún cuando no se hubiera incluido de forma expresa en el contrato como un móvil causalizado. En este sentido, no es poca la jurisprudencia que resalta la prevalencia de la intención de las partes sobre la literalidad de los contratos.

Sobre la prevalencia de la intención de las partes sobre la literalidad, véase por ejemplo las sentencias STS 59/2012 de 22 febrero, STS 1ª 10 de julio de 2012 (EDJ 206485), STS 690/2014 de 9 de diciembre (EDJ 228369), de las que concluimos lo que resumimos a continuación. El art. 1.281 CC contiene los criterios de interpretación preferentes, referidos a la intención de los contratantes y la literalidad de las cláusulas del contrato. Prevalece el elemento intencional cuando no baste la literalidad porque claramente se deduce de lo expresado que la intención de los contratantes es otra, tal y como se recoge en el art. 1.281 CC, al disponer que "*si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*". Y así, ha de llevarse a cabo una labor interpretacional sobre los contratos y atender a su clausulado como un conjunto orgánico, sin detenerse exclusivamente en la literalidad, tratando de llegar al convencimiento de lo que fue realmente querido por las partes.

En caso de que se diera esta primera posibilidad, en la que no se haya causalizado expresamente el motivo de explotar la empresa mediante sus activos, la literalidad del contrato se alejaría entonces de la realidad intencionada por las partes, que nunca fue la mera adquisición de acciones aisladas de cualquier explotación empresarial sino que la verdadera causa implícita es la explotación de la actividad de una empresa de *car sharing*, que se basa esencialmente en la explotación de unos vehículos. Y es que la jurisprudencia de la AP de Madrid de 29 junio de 2012 (EDJ 2012/178821) manifestó que el móvil subjetivo o propósito común puede ser incorporado por las partes al negocio mediante no sólo una cláusula o condición explícita sino que también caben las condiciones implícitas. Por lo tanto, Aussie LTD podría basar sus pretensiones en la verdadera intención que tuvieron ambas partes cuando celebraron el contrato de compraventa de acciones, lo cual posiblemente conduciría a que el órgano judicial aprecie dicha intención como un móvil causalizado implícito. Todo esto tendría como resultado que las averías en los activos puedan servir como base para que la parte compradora demande responsabilidad a la parte vendedora, mediante las acciones que explicaremos más adelante (acción de resolución por incumplimiento y acción de saneamiento por vicios ocultos).

Consideremos ahora la segunda hipótesis: que sí se haya causalizado el motivo del negocio de manera expresa en el contrato de compraventa "*share deal*", o lo que es igual, que las partes hayan pactado que el objetivo de Aussie LTD de explotar los vehículos se incluyera en la causa del contrato. De ser así, la

voluntad de las partes quedaría más que explícita en el negocio y los vehículos averiados generarían responsabilidad sobre la esfera jurídica del vendedor por estar aquellos dentro de la causa de la compraventa. Para Aussie LTD, esto sería una posibilidad muy beneficiosa, pues podría sencillamente aportar el contrato de compraventa como medio de prueba de sus argumentos sobre la voluntad expresa de las partes en la acción que entable contra el vendedor. Por el contrario, de existir dicha causalización clara vemos muy complicado que la parte vendedora escape de su responsabilidad, pues el clausulado del contrato de compraventa sería más que suficiente para esclarecer cualquier duda que se pudiera generar con respecto a la intención de las partes.

A continuación analizaremos si Aussie LTD pudiera optar por interponer una **acción de resolución por incumplimiento**. Lo básico que debemos saber es que la acción de resolución por incumplimiento se basa en la facultad de resolver el contrato de carácter bilateral (esto es, los que imponen obligaciones recíprocas a las distintas partes del contrato) y que ambas partes pueden ejercitar en caso de incumplimiento previo de la otra parte. Es elemental mencionar que, efectivamente, el contrato de compraventa es de tipo bilateral porque genera obligaciones tanto a la parte compradora como a la parte vendedora.

Pues bien, el incumplimiento contractual viene regulado en el art. 1.124 CC, que cita que “*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe*”. El mismo precepto también indica que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses y que también podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible; es decir, las soluciones indicadas son incompatibles en el sentido de que no se pueden solicitar al mismo tiempo pero sí alternativamente (STS de 21 de febrero de 2007, EDJ 10531). El CC es más bien escueto en el ámbito de incumplimiento contractual y por eso se ha generado un gran volumen de jurisprudencia al respecto, que lo ha perfilado y definido en profundidad.

La acción resolutoria puede ser invocada por cualquiera de las partes en una compraventa y en el caso que nos ocupa es Aussie LTD, como parte compradora, quien tiene la intención de hacerlo. Según la reiterada jurisprudencia, para que la acción prospere, es preciso que Aussie LTD (por ser quien la alega) acredite en el proceso los siguientes requisitos:

- La existencia de un vínculo contractual vigente; requisito que se cumple y que se puede demostrar mediante la aportación del contrato de compraventa (STS de 10 de diciembre de 1947, EDJ 588; y STS de 9 de diciembre de 1948).

- La reciprocidad de las prestaciones; que como ya hemos visto, se da en una compraventa por ser una modalidad de contrato sinalagmático (STS de 1 de febrero de 1966, EDJ 2635 y STS de 30 de marzo de 1976).
- El cumplimiento por parte de quien ejercita la acción; requisito que se satisface en el caso que nos ocupa pues no se plantean en él problemas de impago de Aussie LTD, con lo cual entendemos que ésta ha cumplido y se podrá comprobar mediante justificante de pago emitido por entidad bancaria.
- El **incumplimiento grave** por parte del demandado (en este caso, el vendedor). Éste es el presupuesto del ejercicio de esta acción (STS de 9 de diciembre de 1960 y STS de 18 de noviembre de 1970), que será más o menos argumentable por Aussie LTD, según veremos en las próximas líneas.

El núcleo de la esta acción es la apreciación del incumplimiento, la cual está encomendada al libre arbitrio de los tribunales de instancia, que realizan, en cada caso, una ponderación jurídica de la entidad del incumplimiento, especialmente para estudiar si éste realmente cumple con el requisito de gravedad. El incumplimiento verdaderamente grave implica, de forma resumida, una especial importancia en la economía del contrato que justifique la resolución en la común intención de los contratantes, no bastando un mero incumplimiento parcial, ni una infracción mínima. Un ejemplo de infracciones mínimas que la jurisprudencia ha adoptado y que no entran en el ámbito del incumplimiento resolutorio es el de las obligaciones que, estando incorporadas a un contrato, tienen mero carácter accesorio o complementario, con relación a aquellas prestaciones o contraprestaciones que constituyen el objeto principal del contrato. Adicionalmente, la jurisprudencia ha reforzado la idea de que el comportamiento incumplidor grave es aquel que recae sobre la esencia de lo pactado, y que tiene tal índole que impide el fin normal del contrato, frustrando las legítimas aspiraciones de la parte que insta la resolución. Dicho de otra forma, la frustración del fin del contrato es un resultado que se suele exigir para que el incumplimiento pueda ser considerado como grave a efectos de amparar la resolución (SAP Zaragoza de 15 de abril de 2009, EDJ 81359).

Pero ¿exactamente qué es el incumplimiento? Para hablar de incumplimiento contractual hay que estar a las obligaciones básicas de los contratantes. Habíamos dicho que en una compraventa, la parte vendedora se obliga a entregar una cosa a la compradora a cambio de un precio y esto constituye el fin de la compraventa. El fin de un contrato, sea el que sea, no es otra cosa que la **causa**, por ende, el incumplimiento contractual se basa en la causa. Internacionalmente se ha entendido que el fin o causa del

contrato es aquello que se pretende conseguir como resultado social, por lo cual la resolución contractual está justificada cuando el incumplimiento sufrido por el cumplidor no solo le prive sustancialmente de todo aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato sino también cuando frustre la finalidad perseguida por él. Si entrelazamos todos los conceptos, podemos afirmar que la acción de resolución por incumplimiento está directamente relacionada con la causa pues sobre ella debe recaer dicho incumplimiento grave. Así pues, en concordancia con el estudio que hicimos al inicio de este apartado, la viabilidad de una acción de resolución por incumplimiento depende de la interpretación que se haga de la causa contractual: si la misma abarca la mera adquisición de las acciones o si bien incluye la intención de las partes de que la compradora explote la empresa en su totalidad y sobre todo mediante sus activos esenciales.

A modo orientativo, el **plazo** de prescripción de la acción de resolución por incumplimiento es de 5 años (art. 1.964 CC), desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. Si asumimos que el cumplimiento de las obligaciones del vendedor se puede exigir desde el día del pago (15 de febrero de 2020), la acción prescribiría inicialmente el 17 de febrero de 2025 (por ser el día hábil más próximo), pero en vista de la suspensión de plazos decretada durante el estado de alarma provocado por el COVID-19 (RD 463/2020 disposición adicional segunda vigente desde 14 de marzo 2020, por plazo inicial de 15 días naturales, prorrogado por RD 476, 487, 492. 514, 537 y 555 /2020, con final el 3 de junio de 2020), Aussie LTD podrá ejercitar la resolución por incumplimiento desde el 4 de junio de 2020 hasta las 15:00h del 4 de junio de 2025. Y por último, podemos mencionar brevemente que si el órgano judicial fallase a favor de Aussie LTD, la resolución contractual produciría efectos retroactivamente desde la celebración del contrato, lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiera concluido, y si así hubiera sido solicitado en la demanda, las partes contratantes deberán entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido por razón de la transacción.

4. Objeto contractual. Saneamiento por vicios ocultos.

Se entiende como objeto contractual aquel elemento del contrato integrado por las cosas y servicios que conforman las obligaciones de dar o de hacer. En otras palabras, el objeto es la propia obligación que por éste se constituye entre las partes, y en una compraventa es la cosa vendida. Parece sencillo pensar entonces que el objeto del contrato de compraventa de empresa “*share deal*” son siempre las acciones y participaciones únicamente, pero en casos parecidos al que nos ocupa esta afirmación no es del todo pacífica y de hecho se ha generado un debate interesante que revisaremos en las próximas líneas.

En primer lugar, como sabemos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los contratos de compraventa de acciones (STS 458/2009, de 21 de diciembre) es estricta y poco flexible. Así, no solamente se ha entendido como regla general en nuestro ordenamiento sino que además los jueces han reiterado que el objeto del contrato “*share deal*” son las acciones o participaciones vendidas y ha establecido que cuando adquirimos una empresa mediante la compra de sus acciones, los problemas que puedan afectar a los activos de la empresa que se está transmitiendo (como pueden ser averías) no generan responsabilidades sobre el vendedor.

Asimismo, la jurisprudencia ha advertido que los intereses de las partes al celebrar el contrato (como puede ser la efectiva explotación de la actividad mediante los activos que la conforman) es un elemento o móvil externo no solamente a la causa sino también al objeto. En este sentido, el órgano judicial comprende que los fines perseguidos en los contratos de compraventa de empresas simplemente se trata de un interés subjetivo y rotundamente externo al negocio. La parte vendedora podría aprovechar lo que acabamos de explicar para oponerse a una posible **acción de saneamiento por vicios ocultos** que en su caso entable Aussie LTD. Esto se debe a que la acción de saneamiento por vicios ocultos está regulada en el CC y cita que: “*el vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tenga 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 comprado o habría dado menos precio por ella*” (art. 1.484 CC).

Interpretando la “cosa vendida” bajo el paraguas del CC y del Tribunal Supremo, el objeto enajenado únicamente podría estar constituido por las acciones y participaciones transmitidas en el contrato. Consecuentemente, no sería aplicable el régimen del saneamiento por vicios ocultos del CC a este tipo de compraventas de empresa ya que, en puridad, sólo podría exigirse a la vendedora el saneamiento de aquellos defectos que se constataron en el objeto directamente enajenado, a saber, los vicios de los propios títulos-valores. Solo faltaría que el vendedor demostrara que las acciones objeto de la compraventa no tienen esa clase de vicios (jurídicos), pues al menos esto no consta en los datos del caso proporcionados: por ejemplo, no se detectaron problemas sobre la titularidad o situación jurídica de las mismas y tampoco se han advertido modificaciones estructurales ocultas. En conclusión, desde esta perspectiva, exigir el saneamiento por vicios ocultos podría resultar problemático para Aussie LTD sabiendo que en el caso presente los vicios no recaen sobre las acciones y participaciones, sino sobre los activos.

Pero paralelamente a lo que cita el CC y la jurisprudencia, la doctrina se ha opuesto a esta interpretación tan literal y estricta del órgano judicial sobre los contratos “*share deal*”. En específico, varios

juristas de la doctrina han defendido que el propósito común de transmitir la empresa debe tenerse en cuenta a todos los efectos y, particularmente, al considerar el objeto o cosa vendidos. Esto hace que nos replanteemos la viabilidad de una acción de saneamiento por vicios ocultos, que como podemos ver puede llegar a ser discutible. Dar paso a que se considere que la explotación de los activos esenciales de la empresa y de su actividad es parte del objeto del “*share deal*” implicaría que la cosa vendida (u objeto enajenado) no es meramente un número de acciones sino la empresa como un todo: su patrimonio, su actividad y su organización. Y partiendo de esto se podría argumentar que los vehículos destinados al *car sharing* son parte del objeto enajenado, pues son activos esenciales que integran el patrimonio y la actividad de la empresa. Bajo esta línea interpretativa se podría entablar una acción de vicios ocultos físicos con arreglo a que dichos vicios afectan directamente a los activos principales sobre los que se debe llevar a cabo la actividad principal y que los mismos frustran el objeto de la compraventa: la expectativa de actividad esperada por ambas partes.

Dentro de este marco, si Aussie LTD decide abordar una acción de saneamiento por vicios ocultos contra la parte vendedora, deberá tener en consideración que el **plazo** de interposición de la acción es de 6 meses contados desde la entrega de la cosa vendida según el art. 1.490 CC, y así, la acción culminaría el día 15 de agosto de 2020. Sin embargo, debido a la suspensión de plazos decretada durante la crisis sanitaria causada por el COVID-19, Aussie LTD podrá ejercitar la acción de saneamiento por vicios ocultos desde el 4 de junio de 2020 hasta las 15:00h del 4 de diciembre de 2020. Asimismo, Aussie LTD deberá ajustarse a las siguientes máximas jurisprudenciales (STS 31 de enero de 1970, EDJ 2308; STS 8 de julio de 1994, EDJ 11911; STS 24 de febrero de 2006, EDJ 11479):

- Aussie LTD tendrá que demostrar que los vehículos tienen averías y que éstas no pudieron ser conocidas durante su proceso de *due diligence* por no ser estos manifiestos. La acción de vicios ocultos no prosperará si se concluye que Aussie LTD es un perito que por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocer los vicios en los vehículos (art. 1.484 CC). Dada su complejidad, el fondo de estas cuestiones será abordado detenidamente en su respectivo apartado “**3. Due diligence.**”
- Es necesario probar que los vicios afectan a los vehículos, haciéndolos impropios para el fin al que se destinan (que en este caso es ponerlos a disposición del usuario para que éste pueda conducirlos eficientemente y con seguridad).

De concurrir tales requisitos, el comprador podrá optar entre el desistimiento del contrato, con abono de los gastos pagados (acción redhibitoria), o la rebaja de una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos (acción estimatoria o quanti minoris). Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó, también podrá exigir una indemnización de daños y perjuicios si opta por la rescisión (art. 1.486 CC), en cuyo caso Aussie LTD deberá de cargar con la prueba para demostrar la ocultación del vendedor.

5. Daños exigibles.

Por último, abordemos esta cuestión: ¿qué daños puede reclamar Aussie LTD? La respuesta es que, independientemente de la acción que interponga, podrá exigir la indemnización de daños patrimoniales contractuales, pues ambas acciones contemplan esta posibilidad según resumimos abajo:

- Por un lado, la **acción de resolución por incumplimiento** puede conllevar la condena a indemnizar los daños y perjuicios sufridos, siempre que estos se deban a la culpa o a la negligencia del contratante incumplidor (SAP Jaén de 27 de septiembre de 1996, Rec. 235/96; STS 14 de diciembre de 1998, EDJ 30767) y que además, deberán ser probados y derivados del incumplimiento (SAP La Rioja de 2 de diciembre de 1998, EDJ 37465), siendo esta relación de causalidad, así como la determinación de la existencia y cuantía de los daños, apreciación que corresponde al órgano jurisdiccional (STS 22 de abril de 1991, EDJ 4081).
- Por otro lado, en la regulación de la **acción de saneamiento por vicios ocultos**, el CC establece que si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó, el comprador podrá exigir una indemnización de daños y perjuicios si opta por la rescisión (art. 1486 CC), en cuyo caso Aussie LTD deberá de cargar con la prueba para demostrar la ocultación del vendedor.

Pues bien, el daño patrimonial es el que recae sobre un objeto susceptible de comercio entre los hombres. El daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados y daño patrimonial indirecto son los gastos realizados (daño emergente) para las reparaciones físicas sobre el objeto, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad de buen funcionamiento requerido del objeto. De esto se desprende que el daño patrimonial es todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes que componen el patrimonio de una persona (en este caso, jurídica) siempre que sean susceptibles de una evaluación monetaria mediante baremos, protocolos o pruebas periciales. Además, el

art. 1.101 CC indica que: “*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...*”. Dentro de este marco, las indemnizaciones por daños y perjuicios contractuales son entonces las que operan cuando una parte incumple lo pactado en un contrato, y las extracontractuales cuando no proceden de un vínculo contractual.

Como hemos destacado, los perjuicios patrimoniales exigibles por Aussie LTD incluyen el daño emergente y lucro cesante. Daño emergente es el que abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, así como los desembolsos que hayan sido necesarios para obtenerlos o los que en el futuro serán necesarios para recomponer el patrimonio perjudicado. Lucro cesante, por su parte, se constituye por todas las ganancias o expectativas de ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían si no hubiera acontecido el hecho dañoso. En este sentido, el art. 1.106 CC establece que: “*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 (...)*”.

Pues bien, Aussie LTD podrá exigir, por un lado, **daño emergente**, basándose en:

- La pérdida de utilidad de los vehículos de la empresa Car4U, que además son activos esenciales.
- La parte proporcional del precio desembolsado por la cuota de capital social adquirida correspondiente a los activos esenciales.
- El precio que se deberá pagar para llevar a cabo las reparaciones de los vehículos, el cual asciende a 300.000 euros.

Y por otro lado, **lucro cesante**, sobre la base de:

- Las ganancias dejadas de percibir desde que los vehículos resultaron inútiles, inseguros o inadecuados para ser utilizados en la explotación empresarial y se tuvieron que retirar de la puesta a disposición de la clientela.
- La expectativa de ganancias que se hubieran recibido hasta la reparación total de los vehículos si no estuvieran averiados.

Para terminar, señalamos que esta indemnización de carácter pecuniario se deberá valorar, pues el mero incumplimiento contractual o la producción del hecho ilícito no implica de forma automática el

nacimiento de la indemnización por daños y perjuicios. Resulta que para reclamar este tipo de perjuicios incumbe al perjudicado demostrar la existencia de un nexo causal entre el hecho dañoso y el daño producido. Así, la reiterada jurisprudencia del TS exige a la parte reclamante la carga de la prueba de su existencia y cuantía. Aussie LTD, deberá demostrar:

1) Que la parte vendedora no cumplió la obligación contenida en el contrato (que será discutible dependiendo de la interpretación que se haga del objeto del contrato, debate que hemos resumido en el apartado **4. Objeto contractual. Saneamiento por vicios ocultos**, al cual nos remitimos.

2) La existencia de un contrato válido que refleje (a) la capacidad de las partes de obligarse, (b) el consentimiento de las partes, (c) un objeto y causa lícitos, requisitos que se cumplen en el presente caso y que se demostraría con la aportación del contrato de compraventa.

3) La existencia de daños o perjuicios cuya indemnización se reclama, tales como (a) detrimentos al patrimonio de la parte compradora, (b) daño emergente (c) lucro cesante. Se podrá demostrar mediante informe pericial del estado de los vehículos y mediante informe pericial financiero que refleje las pérdidas asumidas por la parte compradora.

4) La relación de causalidad entre el hecho dañoso y el resultado que éste genera, demostrable también mediante informes periciales que sirvan de base para argumentar que de no haberse entregado vehículos averiados los daños no se habrían producido.

6. *Due diligence*. Asignación de riesgos de la transacción.

6.1. *Due diligence*.

En general, toda adquisición de empresa consta de distintas fases que integran un complejo proceso de negociación hasta el cierre de la operación. Entre ellas tenemos el *due diligence*, que es el término anglosajón comúnmente utilizado en nuestro ordenamiento para referirnos a la fase de investigación de una empresa, también denominada auditoría de compraventa de empresas.

Mediante el *due diligence* se asegura que toda la información relevante de la empresa objeto de la compraventa es debidamente expuesta a las partes intervinientes, sobre todo a la parte compradora (a quien resulta más útil, por ser la parte más débil en el negocio), de modo que ésta pueda conocer y entender el estado, contingencias y riesgos asociados a la empresa que desea obtener. Desde el punto de vista jurídico, es evidente que el principal interés del vendedor es no tener responsabilidad sobre lo que vende y el principal interés del comprador es asegurarse de lo que compra y limitar su responsabilidad sobre lo

adquirido, porque éste último es quien en principio asumiría todo el riesgo derivado de la adquisición. Dentro de este marco, el objetivo principal del *due diligence* es servir de base para que las partes analicen económicamente dichos riesgos y contingencias para posteriormente repartirlos o, mejor dicho, para fijar sobre cuál de las partes recaerá la responsabilidad de cada uno de ellos y en qué términos.

6.2. Argumentos de las partes respecto a la realización del *due diligence*.

a) Argumentos favorables para D. Nicolás.

a.1) Que Aussie LTD no hizo due diligence.

Según la información aportada, se ha dejado constancia de que, en este caso, Aussie LTD contrató a varios asesores de primer nivel para realizar el proceso de *due diligence* para conocer la empresa Car4U. Sin embargo, podemos mencionar muy brevemente que aunque el *due diligence* no esté regulado como precepto en nuestra legislación, la jurisprudencia (SAP Lleida de 10 de junio de 2010, EDJ 197892) ha reiterado que la parte compradora necesita conocer al detalle el estado de la situación de la empresa a adquirir mediante la auditoría de compra o *due diligence* y por ello en ningún caso parece osado afirmar que cualquier tipo de adquisición de una empresa sin disponer de esa información resulta, cuando menos, arriesgado. En resumen, no realizar *due diligence* es no tener la diligencia debida, literalmente. Y cuando el comprador no puede demostrar que ha tenido diligencia debida porque en realidad no la tuvo, es lógico que el vendedor argumente, con toda la razón, que la situación de riesgo en la que se encuentra el comprador se entiende causada por él mismo por omisión negligente del deber de diligencia.

a.2) Que Aussie LTD sí hizo due diligence, pero no fue óptimo.

Consideremos esta hipótesis: Aussie LTD realizó un proceso de *due diligence* no exhaustivo o incompleto durante el cual no prestó la debida atención, o ninguna atención, a probablemente una de las cosas más importantes del negocio: los activos esenciales, esto es, los vehículos. Asumamos que, además, esta omisión de diligencia no es imputable a la parte vendedora, sino a Aussie LTD. Está claro que esta conducta omisiva serviría de base para que la parte vendedora argumente que Aussie LTD no ejecutó su deber de diligencia de forma óptima porque pudiendo y debiendo solicitar información de los activos esenciales no lo hizo y, consecuentemente, no descubrió las contingencias en los vehículos. Similarmente al escenario descrito anteriormente, esta falta de diligencia produciría el resultado de que Aussie LTD no pueda reclamar responsabilidad al vendedor porque la responsabilidad recaería sobre ella misma. Dicho en

otros términos, el comprador responde por los problemas que conlleva la realización de un *due diligence* insuficiente, incompleto o limitado. En relación con esta cuestión, el TS suele exonerar de responsabilidad al vendedor cuando el comprador, mediante un *due diligence* ordinario (ni siquiera óptimo) podría haber descubierto una contingencia negativa (STS 1ª, de 8 de julio de 1994, STS de 12 de junio de 1997, STS 2 de diciembre de 1999, entre otras).

a.3) Que Aussie LTD sí hizo un due diligence y que además es un perito profesional.

El artículo 1.484 del CC cita que el vendedor “*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 arreglo puro al CC, si se demuestra que Aussie LTD es perito, la parte vendedora no responderá por los daños en los vehículos. No obstante, como el CC no explica con exactitud qué es un perito, acudiremos a la jurisprudencia en esta materia. Es conveniente aclarar, en primer lugar, que la jurisprudencia no entiende la terminología “perito” de forma literal sino que se refiere a quien por su ámbito profesional de actividad, posea cualidades que le permitan obtener un conocimiento acerca de ciertos objetos o elementos notablemente superior al de un individuo externo a dicha materia.

Pues bien, la jurisprudencia de la SAP de Madrid, 18ª, 152/2013 de 5 de abril (Rec. 19/2013) expone un caso análogo al que nos ocupa. Se trata de una entidad gestora de un fondo de inversión inmobiliario cuya finalidad es la adquisición de inmuebles para su posterior alquiler y consecuente obtención de rentabilidad. Se considera que dicha entidad no es un particular que adquiere para sí inmuebles, sino una entidad propiamente “dedicada al sector, y ello hace que se presuma que conoce el negocio inmobiliario, que se asesora cumplidamente, y a la que por lo tanto le es exigible una extrema diligencia en sus inversiones”. De hecho, el órgano judicial concluye que le es exigible una “diligencia superior a la normal”, e incluso, el juez termina convencido de que una entidad tan sumamente especializada conocía las contingencias por las que se formula la litis. Dicho de otra manera, la diligencia exigible es mayor cuando el comprador es profesional del sector (o dicho en la terminología del CC, “perito”) y por ello precisamente se presume que las negociaciones, informes e investigaciones previas a la compra fueron exhaustivas.

En el caso que se nos asigna, sabemos que Aussie LTD es no solamente un fondo de inversión sino también uno de los diez más grandes del mundo, y que no es la primera vez que invierte en el negocio del *car sharing* pues ha realizado negocios similares con cuatro compañías dedicadas a éste. Parece razonable

pensar que, primeramente, este mercado no es en absoluto desconocido para la compradora y en segundo lugar que, lógicamente, no es un particular cuyo objetivo es invertir para sí en Car4U, por el contrario, su fin es generar rentabilidad económica. Por otro lado, siendo Aussie LTD un fondo de inversión especialista en la materia (tanto en general en el mundo de la inversión como en particular dentro del negocio de *car sharing*) el hecho de operar como fondo de inversión implica que se le exija una diligencia especialmente superior a la normal.

Consecuentemente y en armonía con la jurisprudencia citada, parece dudoso pensar que el *due diligence* puesto en marcha por Aussie LTD haya sido, como se alega, “exhaustivo”. Creemos que, si lo hubiera sido, en ese caso ha debido de, o bien encontrar tales contingencias o, al menos, haberlas esperado mediante los siguientes indicios, por ejemplo: el precio ofrecido en la compraventa, los años que llevaba operando la empresa, la antigüedad de los vehículos, la frecuencia del mantenimiento de los mismos, los gastos destinados a dicho mantenimiento reflejados en la información contable, etc. Por lo tanto, si consideramos que Aussie LTD es un perito, con arreglo al CC la consecuencia es que sobre los vicios de los vehículos no será responsable el vendedor sino Aussie LTD.

b) Argumento favorable para Aussie LTD. Que Aussie LTD realizó un *due diligence* óptimo y aún así fue imposible prever los vicios ocultos en los vehículos debido a una ocultación dolosa del vendedor. Error en el consentimiento. Nulidad simple o anulabilidad.

Más arriba habíamos enumerado los elementos esenciales de los contratos: consentimiento, objeto y causa. Es pertinente que ahora revisemos el primero de los elementos, esto es, el consentimiento. Éste se refiere a la voluntad de las partes para querer celebrar el contrato. Según el artículo 1.262 del CC, el consentimiento supone la concurrencia de, al menos, dos declaraciones de voluntad: la del oferente y la del aceptante, las cuales recaen sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Por su parte, el art. 1.265 del CC expone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Dentro de este marco, cuando en un negocio se dan los elementos esenciales pero alguno de ellos tiene un vicio que lo invalida - como son los vicios del consentimiento, constituidos por el error, violencia, intimidación o dolo - se puede impugnar el contrato sobre la base de la anulabilidad, o lo que es lo mismo nulidad simple.

Admitamos por el momento que la parte vendedora haya ocultado las averías de los vehículos durante el proceso de *due diligence* de forma insidiosa mediante estrategias para esconder o tapar los daños presentes en los coches, haciendo aparentar que los mismos se encontraban en buen estado. Esta conducta

de la parte vendedora se encuadraría dentro del concepto del dolo contractual, cuyo precepto, en el art. 1.269 CC, cita: “(h)ay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Dicho de otra manera, actuar dolosamente significa maliciosamente captar la atención de la otra parte (en este caso, de la compradora, Aussie LTD) para así inducir a aquella a celebrar un contrato que incurre en error. Como el error lo ha provocado la otra parte se considera dolo como vicio del consentimiento. En este caso, entonces, si se demuestra que la parte vendedora tuvo la intención consciente de ocultar las averías, quedaría claro que la misma actuó de mala fe, con el objetivo de distraer a Aussie LTD para así generar la falsa impresión de buen estado de los vehículos.

Por consiguiente, Aussie LTD podría ejercitar, por medio de una demanda, una acción de anulabilidad del art. 1. 301.2º del CC. La jurisprudencia de la STS de 19 de julio de 2018, con cita de la de 14 de enero de 2014, ha declarado que en nuestro sistema del derecho de obligaciones la prueba del dolo incumbe a quien lo invoca, por lo que Aussie LTD cargará con el deber de probar el dolo de la vendedora. El plazo de prescripción de la acción es de 4 años, computados a partir de la consumación del contrato, que en la compraventa se da con la transmisión de la propiedad del vendedor al comprador (*traditio*), según el art. 609 CC. Así, podemos decir que, para la consumación del contrato de compraventa es necesaria la entrega de la cosa y el pago del precio y esto es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (STS 27/03/1989 RJ 1989, 2201, STS 11/07/1984, STS 24/06/1897 y STS 20/02/1928). En síntesis, Aussie LTD podrá ejercitar la anulabilidad no desde el 15 de febrero de 2020 sino desde el 4 de junio de 2020 hasta las 15:00h del 4 de junio de 2024 debido a la suspensión del plazo inicial como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 (RD 463/2020 disposición adicional segunda vigente desde 14 de marzo 2020, por plazo inicial de 15 días naturales, prorrogado por RD 476, 487, 492. 514, 537 y 555 /2020, con final el 3 de junio de 2020).

De ser estimadas las pretensiones de Aussie LTD en este aspecto, se produciría el siguiente resultado: extinción retroactiva los efectos del contrato impugnado y, como se habían realizado las prestaciones, las partes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hayan sido objeto del contrato (arts. 1.303, 1.307 y 1.308 CC), como reitera la jurisprudencia de la STS de 28 de septiembre de 1996 (EDJ 6436). En este punto, entrará en juego el debate del objeto contractual expuesto en el apartado **4. Objeto contractual. Saneamiento por vicios ocultos** (al cual nos remitimos) porque, por un lado, parece claro que la parte vendedora deberá restituir a Aussie LTD el precio de la compraventa (3.500.000 euros) pero surge nuevamente la duda de si Aussie LTD deberá restituir únicamente las acciones y participaciones compradas o también el resto de la empresa en su totalidad. En conclusión, la restitución del objeto quedará

sujeto a la consideración del mismo por parte del órgano judicial que se evaluará sobre la base de los argumentos de las partes en el proceso.

6.3. Argumentos de las partes respecto a la asignación de riesgos de la transacción.

La información obtenida a partir del *due diligence* sirve para que exista certeza sobre lo vendido y sobre el riesgo de cada una de las partes y para que éstas puedan oponer entre sí sus derechos y obligaciones. El reparto de los riesgos que las partes acuerden se puede introducir en el contrato de compraventa a través de, entre otros, los siguientes mecanismos (que iremos estudiando en las siguientes líneas): (a) Valoración de la empresa e impacto en el precio de adquisición, (b) Manifestaciones y garantías, (c) Cláusulas indemnizatorias. Mediante estos instrumentos, algunos de los cuales trataremos con detalle más adelante, los contratos de compraventa de empresas pueden desplazar las disposiciones comunes del CC y constituir ley especial aplicable a la compraventa, alcanzando así la transacción un reparto de riesgos mucho más concreto y específico. Dicho de otra manera, los contratos pueden excluir los derechos y acciones disponibles para un comprador en caso de vicios ocultos, si se acuerda que los únicos remedios para el comprador son los expresamente recogidos en el contrato. En el caso que nos ocupa, ya hemos analizado los argumentos que podría esgrimir cada una de las partes de la compraventa con arreglo puro al CC y excluyendo la posibilidad de que se haya adaptado el contrato a los resultados de la revisión o *due diligence*. Desde ahora, evaluaremos las circunstancias que podrían concurrir dado el caso en que sí se hayan acordado ciertas adaptaciones contractuales.

a) Argumentos favorables para D. Nicolás.

a.1) Que se haya adaptado el contrato incluyendo la contingencia encontrada en los vehículos como una cláusula de manifestaciones y garantías.

Las cláusulas de manifestaciones y garantías (en inglés, *representations and warranties*) conforman uno de los mecanismos para repartir los riesgos en la celebración de contratos de compraventa y que sirven de complemento al *due diligence*. Dichas cláusulas contienen un conjunto de declaraciones de diverso carácter que las partes intercambian en la adquisición de una empresa no sólo con el objetivo de mitigar la asimetría informativa entre ellas sino también para adaptar el contrato a sus preferencias, así como alterar y expandir la asignación de los riesgos legales. A modo de síntesis, podemos resumir que, como regla general, en casi todas las adquisiciones se le exige al vendedor que realice declaraciones sobre la empresa transmitida, así como que asuma responsabilidad - habitualmente indemnizatoria - en caso de

que tales manifestaciones sean falsas, inexactas o incompletas. De esta manera, si durante el proceso de revisión se identifican contingencias, se le exigiría a la parte vendedora que afirmarse que no existe ninguna otra contingencia distinta de la identificada. Con ello, se logra que el comprador asuma ese riesgo asociado a la compraventa (ya que lo conoce) y que el vendedor sea responsable solamente por el resto de las contingencias de las que no se había informado al comprador. Con respecto al caso que nos ocupa, dado que el problema suscitado gira en torno a los vehículos averiados, destacan dos clases de manifestaciones y garantías: (i) las relativas a los activos de la compañía objeto del contrato y (ii) las que versen sobre la información puesta a disposición en el proceso de adquisición.

Ahora bien, supongamos que el comprador haya exigido al vendedor que realizara manifestaciones y garantías sobre los vehículos de la empresa después de que las partes hayan observado las averías a raíz del *due diligence*. El vendedor, en ese caso, ha debido de declarar que el comprador conoce la contingencia y, asimismo, ha debido afirmar que no existe ninguna otra contingencia en los activos de la empresa vendida. De ser éste el caso, si Aussie LTD demandase responsabilidad del vendedor por los deterioros de los coches, éste último se podrá oponer aportando el contrato de compraventa en donde se reflejan las cláusulas de manifestaciones y garantías, con lo cual, el vendedor se podría eximir de esa responsabilidad, que sería imputada al comprador, por el hecho de haber conocido y aceptado la contingencia. Es decir, en cualquier caso, si Aussie LTD conocía la existencia de esta contingencia, el vendedor no tendrá que ser declarado como responsable por la misma, ya que Aussie LTD podría haber exigido de buena fe que se adoptasen cualesquiera otras soluciones para cubrir ese riesgo y esto es jurisprudencia consolidada de las sentencias STS de 8 de julio de 1994, STS de 2 de diciembre de 1999 y STS de 17 de noviembre de 2006.

a.2) Que el vendedor haya expuesto las averías de los vehículos en una carta de revelación de información.

Una “*disclosure letter*” o carta de revelación es un documento clave en cualquier adquisición de sociedades de responsabilidad limitada. Esta carta es preparada por el vendedor en la transacción e incluye divulgaciones generales y específicas con respecto a las garantías del vendedor en el acuerdo de adquisición. La importancia de estas cartas y el motivo por el cual añadimos este argumento dentro de los favorables para D. Nicolás es que el comprador generalmente estará de acuerdo en que el vendedor no será responsable por el incumplimiento de una garantía cuando el asunto que dio lugar al incumplimiento se haya revelado en la carta de revelación. Inclusive, será el comprador quien deberá soportar los riesgos derivados de la adquisición aún cuando aquellos no hayan sido manifestados y garantizados siempre que el vendedor haya comunicado voluntariamente al comprador de esos riesgos previamente en la carta de revelación.

a.3) Que se haya dado tratamiento a la contingencia mediante ajuste de precio de la transacción.

Existe la alternativa por la que se puede enfrentar una contingencia que consiste en que si los riesgos identificados permiten concluir que la empresa ha sido sobrevalorada, el comprador podrá plantearse proponer un precio menor. En el presente caso, parece una posibilidad probable, porque este remedio se suele aplicar a los riesgos que el comprador no acepta asumir y cuya materialización puede tomarse por cierta (asunción que podría hacerse en vista de la antigüedad y estado de los coches). De hecho, según los datos aportados, inicialmente se habían identificado unas contingencias que tuvieron influencia en el precio final de la transacción. Aunque no se nos ha aportado datos en cuanto al tratamiento de las averías de los coches, parece probable que se haya podido dar una solución similar a la dada para las contingencias iniciales. Así las cosas, el comprador no podrá reclamar responsabilidad del vendedor una vez concluida la transacción porque estaría actuando de mala fe y en contradicción e incongruencia con lo ofrecido y aceptado por las partes en el negocio.

b) Argumentos favorables para Aussie LTD.

b.1) Que se haya pactado una cláusula indemnizatoria a favor de Aussie LTD.

Como habíamos mencionado, es posible que se pacten cláusulas indemnizatorias para hacer frente a ciertos riesgos de la compraventa. De acuerdo con estos pactos, el vendedor podrá ser responsable si la contingencia tratada se materializa. Por ejemplo, en este caso, se ha podido pactar que si en un período de tiempo aparecían averías en los coches, el vendedor debería mantener indemne al comprador por los daños sufridos y por los gastos asociados a los mismos. Si asumimos este planteamiento, el vendedor será responsable de indemnizar a Aussie LTD por los daños que ya explicamos en el apartado **5. Daños exigibles**.

b.2) Que lo manifestado y garantizado por parte de la parte vendedora resulte inexacto, falso o incompleto. Incumplimiento contractual.

Hemos visto que, por lo general, las manifestaciones y garantías suponen un compromiso de indemnidad para el caso de que se adviertan posteriormente falsas, inexactas o incompletas. De hecho, con el paso del tiempo, el Tribunal Supremo ha interpretado las manifestaciones y garantías como auténticos compromisos contractuales expresos del vendedor. Un ejemplo idóneo es la STS 1ª, de 3 de septiembre de

2010, que, apoyándonos en el análisis de GILI SALDAÑA, M., podemos resumir de la siguiente manera: En un contrato de compraventa por el cual una sociedad anónima adquirió la totalidad de acciones de otra, la empresa vendedora había hecho constar en el contrato que la información contable reflejaba una imagen fiel y veraz de la misma. No obstante, después de celebrar el contrato, la compradora descubrió (mediante una auditoría) que la sociedad adquirida contaba con pérdidas de casi medio millón de euros. Ante ello, el TS concluyó que los propios vendedores incumplieron el contrato al transmitir una compañía con un nivel de pérdidas que contradecía al declarado en el contrato. El TS añadió que las afirmaciones sobre la información contable y financiera constituyen una asunción de compromiso que faculta al comprador a acudir a los remedios contractuales o legales de incumplimiento. En esa misma línea, sobre las declaraciones de hechos presentes (como es el estado físico de los vehículos) y las consecuencias de la falsedad de este tipo de declaraciones, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse. Como bien resume VERDA Y BEAMONTE, J.R., la STS 1ª, de 30 de junio de 2000 expone que la falsedad de las cualidades aseguradas en las manifestaciones y garantías no procede a la aplicación del régimen de saneamiento por vicios ocultos sino que supone un verdadero incumplimiento contractual. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada, también, en STS 1ª, de 19 de enero de 2001 y en STS 1ª, de 20 de noviembre de 2008.

Supongamos por el momento que, en el caso presente, el vendedor realizó manifestaciones y garantías dentro de las cuales figuraba alguna referente al buen estado de los vehículos de Car4U. De existir dichas declaraciones, y siempre que (i) las averías en los vehículos no se traten de riesgos conocidos por el público en general o susceptibles de ser conocidos por Aussie LTD con cierta facilidad mediante la utilización de una diligencia ordinaria, y (ii) dichas contingencias no se hayan expuesto en una *disclosure letter*, Aussie LTD podría demandar a la vendedora por incumplimiento contractual, sobre la base de lo expuesto en el apartado **3. Causa contractual. Resolución por incumplimiento**, al cual nos remitimos.

Para concluir, hagamos una breve mención al debate sobre la causa y objeto contractual de los contratos “*share deal*” en relación con las manifestaciones y garantías. La función de estas declaraciones tiene gran relevancia cuando la adquisición se refiere a las acciones y participaciones, o lo que es igual, cuando la compraventa de empresa se realiza mediante un “*share deal*”. Esto se debe a que, como sabemos, en contratos de esta naturaleza no es pacífica la discusión y se ha venido exigiendo que se acepte, al menos, la inclusión implícita, bien en la causa o en el objeto contractual, de la explotación empresarial en sí y de sus activos, para así evitar que el vendedor quede completamente al margen de las contingencias que inciden sobre los activos. Pero, como bien señalan GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., cuando los activos son objeto de manifestaciones y garantías concretas, se convierten en extremos comprendidos en el alcance del contrato (a saber, objeto o causa) y además con carácter esencial para el comprador (ya no una “mera

realidad extranegocial”) quien podrá exigir las responsabilidades al vendedor por haberle éste facilitado información falsa, incompleta o inexacta sobre los mismos.

CAPÍTULO II. Cláusula *rebus sic stantibus*.

1. Introducción.

El 15 de febrero de 2020 (ya Aussie LTD figurando como titular del 80% de las acciones de Car4U) Aussie LTD toma un préstamo bancario para invertir en la compra de más vehículos. Las condiciones del préstamo son las siguientes:

- Pago de intereses mensuales.
- Repago de cuotas del principal dos veces al año: junio y diciembre.
- 1 de marzo de 2020: Primer pago de intereses.
- 30 de junio de 2020: Primer pago de cuota del principal.

En plenas discusiones entre Aussie LTD y la parte vendedora por las averías en los coches, se desata el problema del COVID-19 en España y se declara el estado de alarma. Como consecuencia, se decreta el confinamiento domiciliario de todos los ciudadanos con lo cual los pocos que salen de sus hogares no utilizan el servicio ofrecido por Car4U, haciendo que la actividad de la compañía se detenga casi completamente. En vista de esas circunstancias, Car4U se paraliza y deja de tener la liquidez necesaria para pagar las cuotas debidas.

2. Suspensión de los pagos debidos por el contrato préstamo bancario sobre la base de la doctrina *rebus sic stantibus*.

2.1. Concepto, evolución jurisprudencial y efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*.

El Diccionario del Español Jurídico define la cláusula *rebus sic stantibus* como un remedio frente al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en contratos de tracto sucesivo. Este remedio está previsto para los casos en los que se produce una alteración en la onerosidad de las prestaciones por causas ajenas a las partes contratantes. Aunque no se encuentra positivizada en nuestra legislación, se trata de una institución desarrollada y ampliamente aceptada (más o menos estrictamente) por la jurisprudencia española. Al mismo tiempo, la cláusula *rebus sic stantibus* se ha tomado en cuenta en alguna propuesta de

modernización del CC en el nuevo artículo 1.213 CC, que contemplaría que “*si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*”. En suma, según AGÜERA, S. y MARTÍN, A., esta cláusula es la regla que permite al deudor exonerarse o aminorar el impacto negativo de un riesgo contractual no asignado en el momento de formalizar el contrato, riesgo que se produce gracias a circunstancias extraordinarias, imprevisibles, y no imputables a ninguna de las partes.

A lo largo del tiempo, la jurisprudencia ha sido tradicionalmente estricta en cuanto a la admisión de esta cláusula, llegando incluso a considerarla como “*peligrosa*”. La jurisprudencia ha venido reiterando que, en cualquier caso, la *rebus* debe admitirse cautelosamente, esencialmente porque ello supone realizar un trabajo de ponderación con respecto a varios preceptos del CC que consagran el principio *pacta sunt servanda* en virtud del cual el contrato es fuente de obligaciones que han de cumplirse con arreglo a lo convenido. En concreto, con los arts. 1.091, 1.101 y 1.256 del CC:

- Art. 1.091 CC: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*”,
- Art. 1.010 CC: “*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*”,
- Art. 1.256 CC: “*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*” (principio *pacta sunt servanda*). Este precepto merece especial mención pues contravenir al mismo puede generar una gran inseguridad jurídica en cuanto a que las partes podrían ver sus obligaciones alteradas después de la celebración de un contrato.

Aún así, en algunas ocasiones se han abandonado los estándares tan rigurosos de excepcionalidad de la *rebus*, apuntando hacia una aplicación normalizada de ésta, mayormente como consecuencia de las

circunstancias socioeconómicas de las últimas décadas, que han exigido una revisión de la interpretación de la *rebus*. En concreto, a raíz de la crisis del año 2007, destacan resoluciones del 2013 (STS, 1ª, de 17 de enero de 2013, 30 de junio y de 10 de octubre), que ofrecieron una apreciación novedosa y mucho más flexible. Si bien en 2015 el TS regresó a su rígida interpretación tradicional, la crisis sanitaria y consecuente crisis económica generada por la pandemia de COVID-19 ha llevado a que los tribunales vuelvan a ablandarse en su interpretación.

Resulta interesante en esta materia el desarrollo llevado a cabo en los Principios Unidroit, que regulan la excesiva onerosidad en los contratos comerciales internacionales bajo la terminología *hardship* (arts. 6.2.1 a 6.2.3), regulación que se puede resumir de la siguiente manera: la mayor onerosidad sobrevenida del contrato para una de las partes no exime de su cumplimiento, salvo cuando la onerosidad sea verdaderamente excesiva. El art. 6.2.2 de los Principios Unidroit recoge ciertos requisitos para poder apreciar la excesiva onerosidad o “*hardship*” los cuales, son perfectamente extrapolables a nuestro ordenamiento jurídico en clave *rebus sic stantibus*. Así, tal y como se ha desarrollado en la jurisprudencia española (STS 299/1991, de 23 de abril y STS de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957/2164), y como ha resumido GARCÍA CARACUEL, M., para que se pueda admitir la *rebus*, deben concurrir los siguientes fundamentos:

1º. Relaciones obligaciones de carácter continuo o tracto sucesivo.

2º. Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de la ejecución del contrato en relación con las concurrentes en el momento de su celebración.

3º. Deben ser circunstancias sobrevenidas, que ocurren después del establecimiento de la obligación y antes de su ejecución.

4º. Que surjan circunstancias completamente imprevisibles. No se evalúa si las partes las habían previsto, sino más bien si podían preverlas, y deben ser circunstancias extraordinarias.

5º. Esas circunstancias deben ocasionar una desproporción exorbitante, de tal intensidad conviertan la obligación en excesivamente onerosa, provocando una alteración anormal que destruye el equilibrio contractual.

6°. Que el riesgo o circunstancia sobrevenida no haya sido aceptado por las partes o no sea inherente a la naturaleza del contrato elegido por las partes.

7°. Que careciese de otro medio para remediar el perjuicio.

En cuanto a los efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*, los Principios Unidroit han establecido que si se aprecia el cumplimiento de esos tres requisitos, la parte en desventaja tiene derecho a reclamar la renegociación del contrato a la otra sin dar lugar a demoras injustificadas y si las partes no alcanzan un acuerdo dentro de un tiempo razonable, cualquiera de ellas podrá acudir a los tribunales. En cada caso, es tarea del tribunal apreciar la existencia de la excesiva onerosidad, que podrá resolver el contrato o adaptarlo/modificar su contenido. Esta regulación es análoga a la que podemos encontrar en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 6:111), en el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (art. III-1:110) y en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos (arts. 97 y 157) y por ello podemos afirmar que se trata de un mecanismo asentado en el Derecho de contratos internacionales. Asimismo, en el ordenamiento español, la aplicación de la *rebus* tiene como resultado que el órgano judicial dictamine que se devuelva a la relación jurídica la equidad que debe existir, esto es, ajustar las prestaciones pactadas en el contrato, para así evitar que el cumplimiento de una de las partes no suponga el deber de cumplimiento excesivamente oneroso para la otra. En otras palabras, se reparten los riesgos entre las partes de forma equilibrada. Como regla general, los jueces españoles han observado que la solución ideal es mantener vigente el contrato, mientras que la modulación del contrato es una excepción, como se puede desprender de, entre otras, la STS 299/1991, de 23 de abril: *“hasta el presente, (se) ha negado los (efectos) rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”*.

2.2. Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al caso concreto.

En el caso que nos ocupa, se nos plantean las siguientes cuestiones: ¿puede invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo? ¿Cuáles serían los argumentos a favor y en contra? Para responder a ello, mantendremos la siguiente estructura:

- En primer lugar, explicaremos en qué consiste cada uno de los requisitos jurisprudenciales de la *rebus*.
- Paralelamente revisaremos la concurrencia de los mismos en el caso concreto.

- Conviene mencionar que los requisitos que se entiendan cumplidos servirían lógicamente como argumento a favor de la invocación de la *rebus* y, por otro lado, cuando observemos que la concurrencia de algún requisito sea más dudosa, mencionaremos brevemente que precisamente esa incertidumbre puede funcionar como base para argumentar la inviabilidad de dicha cláusula.

a) Requisito 1º. Relaciones obligaciones de carácter continuo o tracto sucesivo.

El TS ha declarado reiteradamente que en los contratos de tracto único la cláusula *rebus sic stantibus* es de aplicación aún más excepcional que respecto de los de tracto sucesivo (entre otras, STS 8311/2000, de 15 de noviembre, STS 1013/2013, de 17 de enero). Es por ello por lo que debemos aclarar brevemente las diferencias entre uno y otro. Si tenemos en cuenta que los contratos de tracto único son aquellos en los que la prestación debe cumplirse en su integridad mediante un único acto, podemos afirmar entonces que las obligaciones de tracto continuo o sucesivo son aquellas cuyo cumplimiento se desarrolla en el tiempo mediante una serie de actos del deudor. Un contrato de préstamo en sentido estricto es aquel por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, pudiendo ser un préstamo gratuito o con intereses (art. 1.740 CC).

En el caso que nos ocupa, Aussie LTD celebró, en efecto, un contrato de tracto sucesivo con la entidad bancaria prestamista, porque Aussie LTD, como deudor, se obligó a realizar una serie de cumplimientos extensibles y prolongables en el tiempo y a largo plazo, esto es, el repago de cuotas del préstamo principal dos veces por año y el pago de intereses mensuales. En conclusión, este primer requisito se cumple en el caso concreto.

b) Requisito 2º. Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de la ejecución del contrato en relación con las concurrentes en el momento de su celebración.

Es preciso analizar si en el caso que nos ocupa existe una alteración extraordinaria de circunstancias. Lo cierto es que, de forma global, la incidencia del COVID-19 ha sido caracterizado como un *shock* sin precedentes y de primera magnitud, que ha desatado un escenario económico definitivamente inusual e incierto que se traduce en un muy fuerte impacto negativo. De hecho, estas palabras mayores se justifican el 11 de marzo de 2020, cuando la OMS muestra su profunda preocupación por los alarmantes niveles de propagación de la enfermedad y por su gravedad, determinando ese día que la COVID-19 puede caracterizarse como una pandemia. Y es que durante todos estos meses, desde la inicial aparición del virus, son incontables las declaraciones de alarma decretadas a nivel mundial y con un ritmo exorbitante, además

de los numerosos comunicados de emergencia provenientes de la OMS¹. Dicho de forma simple: las circunstancias extraordinarias requieren medidas extraordinarias, y esa es justamente la nomenclatura utilizada a nivel mundial para referirse a las decisiones tomadas por los gobiernos para hacer frente a la grave situación desencadenada. Es un hecho: el COVID-19 abarca una situación extraordinaria en todo el sentido de la expresión.

En ese sentido, el 14 de marzo de 2020 el gobierno español aprobó declarar el estado de alarma en todo el territorio nacional para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19. El estado de alarma se prorrogó hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020. Esta declaración conllevó con carácter general, entre otras, severas restricciones de movilidad y confinamiento domiciliario para todos los ciudadanos, medidas que se fueron superando conforme se iban cumpliendo todas las fases del Plan de Desescalada. Posteriormente, se dio la transición a la denominada "nueva normalidad", durante la cual se siguieron implementando ciertos mecanismos de prevención, contención y coordinación, para permitir seguir haciendo frente y controlando la pandemia. El 25 de octubre de 2020, el gobierno volvió a declarar el estado de alarma en todo el territorio nacional, que se prorrogó hasta el 9 de mayo de 2021. En el ámbito académico-jurídico, autores como ALBALADEJO, M. han explicado indudable y acertadamente que lo extraordinario es aquello que está fuera de lo común. Teniendo en cuenta todo lo expuesto con anterioridad a nivel global y que el estado de alarma constitucional sólo se había decretado una vez en la historia de España (en el año 2010) hasta la crisis del COVID-19, afirmamos que sin duda alguna se trata de un evento absolutamente extraordinario y fuera de lo común. Además, se trató de un evento también absolutamente extraordinario en tanto en cuanto supuso en España la limitación de derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos, el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1 CE), el derecho a circular libremente por el territorio nacional y a entrar y salir de España (art. 19 CE), el derecho de reunión (art. 21 CE) y huelga (art. 28.2 CE).

En síntesis, podríamos ocupar un sinnúmero de páginas aportando datos estadísticos, recopilando noticias y demostraciones científicas que avalan nuestra respuesta, pero esa no es la finalidad del presente informe. Creemos que con un nivel básico de investigación (de fuentes oficiales, evidentemente), un individuo promedio puede entender la extraordinariedad de esta situación a nivel mundial. De hecho, a pesar de que las resoluciones judiciales acerca de la aplicación de la *rebus* a ocasión del COVID-19 son escasas, nuestras afirmaciones coinciden con las apreciaciones que hace el Juzgado de Primera Instancia en el Auto 155/2020 de 30 de abril (Rec. 310/2020). Esta resolución judicial, como ya han venido reiterando

¹ Véase <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/interactive-timeline> para obtener de manera interactiva datos, entre ellos, estadísticos, del nivel de gravedad de la pandemia.

autores como LOBATO PIÑANA, S. es de extraordinaria relevancia, no sólo porque admite la aplicación de la *rebus* dentro del contexto del COVID-19 sino que además analiza un supuesto que podría extrapolarse a multitud de empresas españolas (entre ellas, Car4U) que han sufrido una situación muy parecida y que resumimos a continuación: El 31 de octubre de 2017, una sociedad celebra un contrato de préstamo mercantil con una entidad bancaria bajo un Plan de Viabilidad (que recogía los términos y condiciones del préstamo). A partir de marzo de 2020, la sociedad prestataria se ve gravemente afectada por pérdidas financieras, sufridas a causa de la crisis económica derivada de la situación sanitaria del COVID-19. Se concluyó que el Plan de Viabilidad “*no tuvo en cuenta una situación tan excepcional y sin precedentes como la paralización de la economía ocasionada por el COVID-19*”, paralización que alteró negativamente todo tipo de previsiones de tesorería de la empresa del primer bimestre del 2020, y que, teniendo en cuenta además la gran recesión económica que acarrea la crisis sanitaria haría “*saltar por los aires las (posteriores) previsiones*”. El juez observa que el escenario contemplado al momento de celebrar el préstamo era “*uno comprendido dentro de los estándares habituales y no en una situación de pandemia que está afectando, entre otros aspectos, a la economía mundial. Que estamos ante una situación excepcional lo refleja las distintas normas que ha venido dictando el gobierno*”.

En vista de todas las circunstancias, esto es, la excepcionalidad de las medidas aprobadas a nivel mundial y nacional y la importante línea interpretativa marcada en el Auto 155/2020 de 30 de abril, creemos que se cumple este segundo requisito y por ello podemos afirmar que sí existe una alteración extraordinaria de las circunstancias en el presente caso.

c) Requisito 3º. Deben ser circunstancias sobrevenidas, que ocurren después del establecimiento de la obligación y antes de su ejecución.

Este requisito viene a exigir que la alteración extraordinaria de las circunstancias aparezca posteriormente a la celebración del contrato y antes de la ejecución, pues si se aprecia que las circunstancias existían antes de la celebración del contrato, la situación sería encajable en el cauce de nulidad contractual por vicios de consentimiento (extensamente desarrollado en el apartado **3.2 b)** del Capítulo I del presente trabajo).

Como habíamos mencionado, no es hasta el 14 de marzo de 2020 que el gobierno español aprueba el estado de alarma en todo el territorio nacional para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19. El RD 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, ya establece en su art. 7 la

restricción de la movilidad de los ciudadanos. Tomamos en cuenta esta norma porque es la primera que afecta a la libertad de desplazamiento, y en este caso, el objeto comercial de Car4U es que el público pueda utilizar los vehículos para desplazarse porque así la empresa es como obtiene rendimientos, con lo cual, es claro que si a partir de esta norma se limita la movilidad, desde el momento de su aprobación es que las circunstancias extraordinarias comienzan a afectar el patrimonio de Car4U. Sabiendo que el préstamo se solicitó el 15 de febrero de 2020, existe un plazo de tiempo de 1 mes aproximadamente entre la formalización de la obligación y la alteración de las circunstancias, y es por ello que podemos afirmar, en principio, que este tercer requisito se cumple.

Pero aparte de lo que acabamos de reflexionar, podría pensarse que el evento clave que se debe tener en cuenta para determinar la alteración de las circunstancias es otro, por ejemplo: la aparición de los primeros casos de COVID-19 en España, en enero de 2020. Lo cierto es que en vista de la escasez jurisprudencial al respecto, no descartamos que una línea argumentativa como ésta pueda servir para contrariar la invocación de la *rebus* en el presente caso, pudiendo ser perfectamente discutibles los parámetros que definen si este requisito se cumple o no.

d) Requisito 4º. Que surjan circunstancias completamente imprevisibles. No se evalúa si las partes las habían previsto, sino más bien si podían preverlas.

Adicionalmente a la necesidad de que la alteración de las circunstancias sea extraordinaria y sobrevenida, se exige además que se trate de una alteración imprevisible. Para definir qué es “imprevisible” podemos recurrir, por un lado, a las reflexiones de juristas, entre ellos ALBALADEJO, M., que ha señalado que consiste en *“la imposibilidad de representarse razonablemente, es decir, según un criterio de lógica común, el acontecimiento, como evento verificable entre la celebración y ejecución del contrato”*. A su vez, DÍEZ-PICAZO, L. ha definido que el criterio de lógica común aplicable a la previsibilidad es el referido al que tendría la *“persona media”*, esto es, la de un individuo que no es especialmente previsor ni imprevisor.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha tendido a apreciar el requisito de la extraordinariedad junto con el de la imprevisibilidad - de forma combinada - tal y como se desprende de la STS de 10 de diciembre de 1990, al exponer que *“la alteración no es extraordinaria porque las partes pudieron y debieron prever el cambio de circunstancias”* y de la STS de 27 de mayo de 2002, que concluye que una alteración no es extraordinaria porque es previsible. Aún así, existe una tendencia doctrinal que se ha pronunciado en sentido contrario, que, tal y como resume BERROCAL LANZAROT A., ha señalado que lo extraordinario y lo

imprevisible, aunque pueden tener puntos comunes, son cosas distintas, así, “*una guerra, una catástrofe natural, incluso la crisis económica, son factores extraordinarios, aunque muchos de ellos previsible (...)* (y) *no todo lo imprevisible, como la muerte temprana de una persona, es (...)* extraordinario”, pero, en todo caso, lo imprevisible es aquello que no podía averiguarse o anticiparse, y ALBALADEJO, M. apunta que “*no puede exigirse una imprevisibilidad absoluta*” sino una “*imprevisibilidad según una consideración razonable de los hechos*”, es decir, según las condiciones de cada caso, en concordancia con la STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129).

Conviene agregar, también, que dentro de la línea jurisprudencial más tradicional, se ha venido ajustando la previsibilidad a razones de diligencia profesional. Por ejemplo, la STS de 3 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4871), no admitió la aplicación de la *rebus* invocada sobre la base de una crisis económica porque la parte demandante era una sociedad perteneciente a un grupo de de ‘capital-riesgo’ que se dedicaba a operaciones especulativas, por lo que las consecuencias de la crisis debieron ser previsible para ella. Adicionalmente, la STS de 13 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2012) niega la aplicación de la cláusula *rebus* por el hecho de que los negocios se celebraron entre compañías mercantiles perfectamente conocedoras del mercado de distribución de carburantes y sus riesgos.

Visto todo ello, nos preguntamos ahora: ¿es la crisis económica ocasionada por el COVID-19 una situación imprevisible? Según la jurisprudencia más reciente del Juzgado de Primera Instancia de Madrid ya citada (Auto 155/2020, de 30 de abril) un contrato celebrado fuera del contexto del COVID-19 “*no tuvo en cuenta una situación tan excepcional y sin precedentes como la paralización de la economía ocasionada por el COVID-19*”. La clave está en que el mismo juez es el que connota la crisis económica derivada del COVID-19 como un hecho que no tiene comparación con otro anterior por no haber existido alguno semejante, apreciación que nos lleva a concluir que la persona promedio (esa que explica DÍEZ-PICAZO, L.) no podía haber previsto la paralización de la economía. Pero ¿podría un profesional prever esta crisis económica? Creemos firmemente que no. Y es que, a diferencia de los casos mencionados más arriba, en el contexto real del COVID-19, **ningún experto** (ni del *car sharing*, ni del sector sanitario, ni del económico-financiero) pudo prever nada de lo sucedido, esto es, ni la magnitud de la crisis sanitaria ni la dimensión de sus consecuencias económicas. Por todo lo analizado, podemos concluir que este requisito se cumple en el presente caso y, así, afirmamos que Car4U no podía haber previsto esta alteración de las circunstancias.

e) Requisito 5º. Esas circunstancias deben ocasionar una desproporción exorbitante, de tal intensidad conviertan la obligación en excesivamente onerosa, provocando una alteración anormal que destruye el equilibrio contractual.

El requisito que analizaremos ahora versa sobre la excesiva onerosidad, el cual se basa en que la alteración de las circunstancias debe ser de tal entidad que logre fracturar el equilibrio inicial del contrato. Bajo este principio, se exige que las circunstancias sobrevenidas produzcan un impacto notable en la situación contractual de modo que una de las partes se halle en importante desventaja respecto de la otra en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas. Explicado de otra forma, el negocio celebrado debe verse afectado por un cambio en las circunstancias capaz de producir que una de las partes (quien invoca la aplicación de la *rebus*) se halle en una situación de desventaja económica respecto a la otra parte. El fundamento de la excesiva onerosidad no se encuentra en la imposibilidad de cumplimiento en la esfera de quien la invoca, sino más bien en el desequilibrio radical de las prestaciones que resulta en una excesiva dificultad para cumplir.

Ahora bien, la jurisprudencia (STS 30 de junio de 2014) ha remarcado que la valoración de la excesiva onerosidad en un negocio es, en puridad cualitativa, que nada tiene que ver con la cuantía económica en cuestión. En cambio, indica que *“el resultado negativo (que sufre la parte en desventaja) debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas (...)”*. Es decir, debemos atender al caso concreto y a las circunstancias que lo configuran para examinar la presencia de una excesiva onerosidad.

En el caso que nos ocupa, consta que se ha llevado a cabo la prestación de caución suficiente (art. 728 LEC) por parte de Car4U en el procedimiento de medidas cautelares inaudita parte. Sabemos que esta clase de medidas cautelares son aquellas que se adoptan por el juez, a instancia de una parte sin audiencia a la otra, con la finalidad de poder conservar la efectividad de una posible resolución estimatoria (en este caso, una resolución estimatoria de la pretensión de Car4U de suspender los pagos debidos). Como se exige en cualquier procedimiento de medidas cautelares, uno de los requisitos para que proceda su admisión es la prestación de una caución, que es una cantidad de dinero en efectivo, aval o cualquier otro medio que se entrega como garantía por la parte solicitante de las medidas cautelares. En este caso, parece aún más dudoso el cumplimiento de este quinto requisito de la cláusula *rebus*, por ser contradictoria la insolvencia

de Car4U a efectos de pagar las cuotas del préstamo con la solvencia de la misma al momento de prestar caución de medidas cautelares.

En conclusión, resulta incierta la concurrencia de este requisito en el presente caso, con lo cual, todo lo expuesto en este subapartado puede significar argumentos beneficiosos para que la entidad bancaria prestamista se oponga a la aplicación de la *rebus sic stantibus*. Pero, en cualquier caso, será tarea del juez dar una respuesta a la problemática que hemos planteado.

f) Requisito 6º. Que el riesgo o circunstancia sobrevenida no haya sido aceptado por las partes o no sea inherente a la naturaleza del contrato elegido por las partes.

Aunque se llegue a apreciar que la alteración extraordinaria de las circunstancias haya sido imprevisible, no se podrá aplicar la cláusula *rebus* si se demuestra que en el contrato se ha estipulado una asignación de riesgos entre las partes. Dicho de otro modo, la *rebus* no puede persistir cuando la alteración de las circunstancias forme parte del riesgo asumido en el contrato. En este sentido, en los datos proporcionados no figura si el contrato atribuye o no el riesgo a una de las partes, por lo cual, debemos aplicar los criterios propios del riesgo normal según el tipo de contrato celebrado, tal y como afirma PARRA LUCÁN, M., y en este caso, atenderemos al contrato de préstamo bancario.

Un préstamo bancario es la operación contractual mediante la cual una entidad financiera pone a disposición del cliente una determinada cantidad de dinero, obligándose este último a devolver el dinero en un tiempo delimitado. El elemento clave del préstamo bancario es que una de las partes contratantes, la prestamista, es en todo caso una entidad bancaria. Justamente por ser una entidad de tal naturaleza, se entiende que el prestamista es perfectamente conocedor del mercado, del sector de la financiación y de los riesgos que pueden presentarse en esos negocios. Por otro lado, la parte prestataria es la mercantil Car4U que tal como sabemos está controlada realmente por Aussie LTD al momento de celebrar el contrato de préstamo. El problema que plantea esta cuestión es que Aussie LTD es un gran fondo de inversión y, además, uno de los diez más importantes en todo el mundo y este hecho implicaría que a Aussie LTD, como regla general, le sea exigible un nivel de diligencia de un experto en la materia, esto es, muy superior al esperado de una persona promedio. Pues bien, si ambas partes son consideradas como expertos en la materia, en principio se presumiría que las contingencias relativas al impago de las cuotas de préstamo por la disminución del flujo de ingresos en la empresa Car4U se tratan de riesgos comunes que, cuanto menos, estaban previstos por las partes, implícitamente asumidos por aquellas en el negocio, o incluso inherentes al tipo de contrato puesto en marcha.

Sin embargo, lo que acabamos de explicar es la regla aplicable dentro de un contexto regular, pero como hemos ya argumentado en los subapartados anteriores, la crisis sanitaria y económica que ha producido la pandemia del COVID-19 no puede ser considerada como una situación normal. Es más, ya afirmamos (sobre la base de distintos datos, medidas urgentes y jurisprudencia) que toda la situación ocasionada por el COVID-19 es absolutamente extraordinaria e imprevisible incluso hasta para el más experto en materia sanitaria y macroeconómica. En este momento es preciso aclarar que aunque hecho imprevisible no es lo mismo que hecho imprevisto dentro del negocio jurídico, es lógico que si una cosa es razonablemente imprevisible, precisamente por eso puede que devenga como imprevista dentro de un contrato. Es decir, en el caso que nos ocupa, nos permitimos pensar que si las partes hubieran podido prever este riesgo, lo hubieran incluido en el contrato al menos, pero esto no era posible. Y como la pandemia del COVID-19 no es una situación normal en ningún sentido, tampoco podemos apreciar que sea un riesgo normal intrínseco a un contrato de préstamo. Esta explicación podría funcionar como argumento básico para Car4U en defensa de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Antes de terminar este análisis, es oportuno hacer mención a una corriente jurídica minoritaria (véase CARRASCO, Á.) basada en la seguridad jurídica que se ha pronunciado sobre la aplicación de la cláusula *rebus* en tiempos de pandemia, dentro de la cual destaca la conclusión de que todas las contingencias derivadas del COVID-19 se encuentran dentro del paraguas de riesgos asumidos en el contrato (incluso aunque no se haya hecho mención expresa a la pandemia), si existiera una cláusula de “todos los riesgos”. Dicho de otra manera, esta tendencia jurídica prevé que esta cláusula debe ser interpretada y tratada literalmente como tal: se incluyen “todos los riesgos”, sea cual sea su naturaleza, inclusive la situación causada por el COVID-19, en defecto de especificación de los riesgos incluidos o excluidos del negocio. Si bien es cierto que no se nos ha aportado el contrato de préstamo, no conocemos su clausulado y no tenemos conocimiento de la existencia de alguna cláusula de distribución de riesgos, presentamos esta posibilidad porque puede ser un argumento esgrimible por la parte prestamista, ya que si se aprecia que el riesgo estaba incluido en el contrato, este requisito no se cumpliría en el presente caso.

En conclusión, la apreciación del presente requisito podría ser dudosa, porque si bien la pandemia del COVID-19 es un hecho extraordinario e imprevisible, no hemos tenido oportunidad de revisar el clausulado del contrato de préstamo y desconocemos si existe una cláusula de todos los riesgos.

g) Requisito 7º. Que careciese de otro medio para remediar el perjuicio.

Este requisito se refiere a que la cláusula *rebus sic stantibus* es una institución subsidiaria, cuya aplicación procede en última instancia, en defecto de otras soluciones para hacer frente al desequilibrio contractual. Tal y como resume la jurista GREGORACI, B., el principio de buena fe en nuestro ordenamiento implica que existe un deber entre las partes de negociar (o, más bien, renegociar) los contratos. Consideramos interesante el análisis de GREGORACI, B., quien opta por la renegociación como la opción ideal en el contexto de COVID-19, mediante la cual se puede llegar al resultado buscado (esto es, la suspensión del cumplimiento), pues, el incumplimiento sin negociación produciría la consecuencia de tener que acudir a los tribunales para examinar si era legítimo el incumplimiento en su momento. Otros juristas, como RODRÍGUEZ ROSADO y RUIZ ARRANZ, consideran que “(l)a *rebus* es una regla general, casi un principio general del Derecho cuya aplicación práctica sin concreción a los casos del COVID-19 llevaría a un colapso de los tribunales; por lo menos, hasta que (el) TS esclareciese su aplicación a esta situación concreta”.

En el caso que nos ocupa, no consta que se haya intentado llevar a cabo una renegociación del contrato. Creemos, en concordancia con lo que afirman los prestigiosos juristas que hemos citado, que si no se demuestra que ha habido intentos de solventar los problemas entre las partes, no solamente se complicaría aún más la viabilidad de la cláusula *rebus* (porque este requisito no estaría cumplido), sino que además, podría ser contraproducente para las partes. En este sentido, es conveniente resaltar que diversos juristas se muestran dudosos sobre encomendar a la *rebus* la tarea de resolver el problema del COVID-19. En alguna ocasión se ha concluido que la *rebus* no es un mecanismo útil en la presente situación de emergencia - apreciación que refuerza aún más la necesidad de que la *rebus* sea una institución subsidiaria - porque la misma conlleva una problemática de inmediatez en cuanto puede significar una dilatación en el tiempo de los procedimientos debida a la saturación de los tribunales, además de importantes costes judiciales.

Antes de finalizar, haremos una nota sobre la subsidiariedad de la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con la legislación de emergencia. En cuanto a los contratos de préstamo, el gobierno español aprobó dos normativas especiales a raíz de la crisis económica causada por el COVID-19 con efectos extensibles hasta un plazo máximo de 3 meses. En primer lugar, el Real Decreto-Ley 8/2020 (arts.7-16), aplicable a los deudores de préstamos sujetos a garantía hipotecaria, fiadores y avalistas vulnerables económicamente, con efectos de moratorias sin intereses e inaplicación del vencimiento anticipado. Y, en segunda instancia, el Real Decreto-Ley 11/2020 (arts. 21-27), en atención a los deudores, fiadores y avalistas personas físicas

económicamente vulnerables de contratos de préstamo personal, con efectos de suspensión automática del pago de la deuda y la ampliación del vencimiento acordado en el contrato. Como hemos visto, estas regulaciones no mencionan los contratos de préstamo bancarios celebrados entre entidades financieras y personas jurídicas, pero frente a la carencia de cualquier otra norma especial de emergencia y ante la incertidumbre de la viabilidad de la *rebus*, surge la pregunta sobre la posibilidad de aplicar los efectos de las citadas normativas de emergencia a los contratos de préstamo mercantil por analogía. Sin embargo, no somos los primeros en suscitar este planteamiento, pues el jurista CARRASCO, Á. ya se ha pronunciado, recalando que la exclusión de las moratorias de préstamos bancarios no es casualidad, sino más bien, la clara intención del legislador, quien ha velado por la cuidadosa y excepcional aplicación de la cláusula *rebus* frente a los deudores más vulnerables, por lo cual, se puede prever que sería muy difícil invocar las moratorias de emergencia por los deudores de los contratos que quedan por fuera del ámbito de las mismas.

3. Suspensión del pago de las rentas de arrendamiento de oficinas sobre la base de la doctrina de la fuerza mayor.

3.1. Concepto de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda.

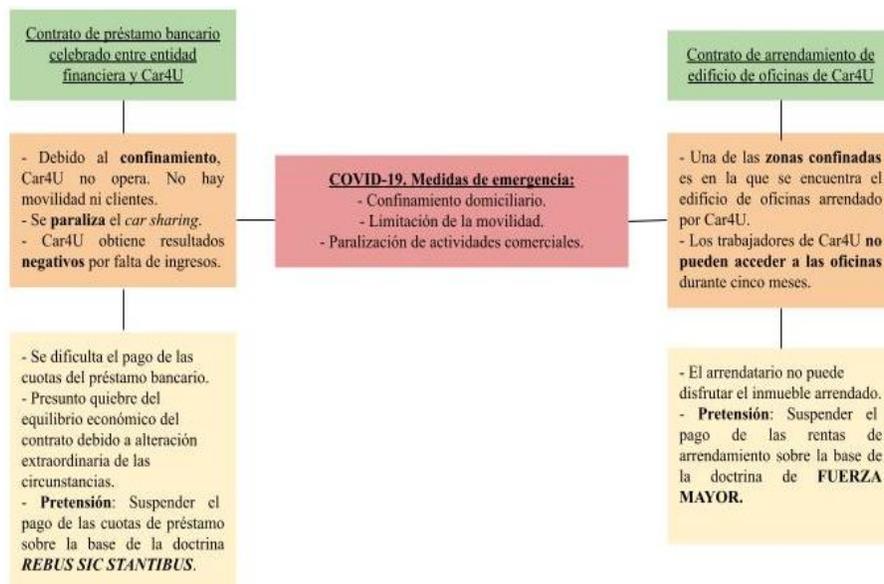
Ahora que ya hemos realizado un análisis de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato de préstamo bancario, podemos preguntarnos si sería diferente la situación si lo que Car4U pretendiera suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde se gestionaba la compañía y al que no se ha podido acceder por estar localizado en una zona confinada durante 5 meses.

En primer lugar, como recoge el art. 1.543 CC, en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto. Según el art. 1.546 CC, el arrendador se obliga a ceder el uso de la cosa y el arrendatario adquiere el uso de la cosa que se obliga a pagar. Por otro lado, el art. 3 LAU establece que los arrendamientos para uso distinto del de vivienda son todos aquellos que no se encuentran incluidos dentro del concepto viviendas, es decir, aquellos arrendamientos que no recaen sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda (art. 2 LAU). Pues bien, dentro del arrendamiento para uso distinto de vivienda, se encuentra el alquiler de locales para determinadas actividades económicas e industriales como pueden ser, entre otras, oficinas, restauración o superficies comerciales.

Específicamente en los contratos de arrendamiento, tal y como establece el art. 1.555 CC, el **arrendatario** está obligado a: (i) pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos, (ii) usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra y (iii) pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato. A su vez, según el art. 1.554 CC, el **arrendador** está obligado a: (i) entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato, (ii) hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada y (iii) **mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento** por todo el tiempo del contrato.

3.2. Concepto y efectos de la doctrina de la fuerza mayor. Aplicación al caso concreto. Argumentos a favor.

En el anterior apartado hicimos un análisis de los contratos de préstamo y evaluamos la posible suspensión de las obligaciones del prestatario (suspensión del pago de las cuotas) sobre la base de un cambio de circunstancias tales como la limitación de la movilidad ciudadana y consecuente paralización casi total de la industria del *car sharing*, productoras de un desequilibrio contractual de índole económica. Ahora bien, en esta oportunidad se nos formula una duda distinta, que se basa en la suspensión de las obligaciones del arrendatario (suspensión del pago las rentas de arrendamiento de las oficinas de Car4U) y no precisamente como consecuencia de que económicamente el negocio se haya visto afectado de forma negativa por las medidas de emergencia, sino porque las oficinas se encuentran localizadas en una zona confinada a la que no se pudo acceder por 5 meses. Es decir, se busca suspender el pago del arrendamiento por el **no disfrute del arrendatario**. A modo ilustrativo, véase el siguiente esquema:



En síntesis, se parte de la misma causa analizada en el apartado anterior, que es el COVID-19 y las medidas limitativas de derechos aprobadas a nivel nacional, pero el análisis nos lleva a un territorio diferente, porque el problema central no es el desequilibrio contractual sino la falta de disfrute del bien inmueble. Por ello, para responder a la cuestión concreta que se nos plantea ahora, se descartará la aplicación de la *rebus sic stantibus*. Pero entonces, ¿cuál es la solución a este problema?

La jurisprudencia más reciente se ha pronunciado sobre arrendamientos de local de restauración (restaurantes, cafeterías), de hostelería (hoteles), de locales comerciales de ventas (tiendas) y servicios al público afectados por la crisis sanitaria del COVID-19. Se tratan de arrendamientos en los que el inmueble es **físicamente esencial** para la explotación de la actividad empresarial y consecuente generación de ingresos. En este sentido, por ejemplo, no se puede ejercer la actividad de restauración si el restaurante es obligado a cerrar sus puertas a la clientela, salvo que el restaurante en cuestión pueda realizar entregas a domicilio, en cuyo caso se aprovecharía únicamente la maquinaria del local. Similarmente, tampoco se puede ofrecer el servicio de peluquería fuera del local destinado para tal uso. Para dichos casos, en los que el arrendatario es un autónomo o una pyme cuya actividad haya quedado suspendida como consecuencia de la entrada en vigor de las medidas de emergencia, la jurisprudencia ha optado por las modulaciones temporales de las rentas de arrendamiento, entre ellos, de **restaurantes** (entre otras, SJdo. 1ª Inst. Madrid, núm. 20, de 28 de julio 2021), de **hotel** (entre otras, AAP Barcelona de 17 de septiembre de 2021 y SJdo. de 1ª Inst. Barcelona, núm. 20, de 8 de enero 2021), e incluso de local de **negocio** dentro de un centro comercial (SEDJ 2021/724579 SJdo. 1ª Inst. Vitoria-Gasteiz, núm. 2, de 29 de enero 2021), todo ello en concordancia con las moratorias establecidas en el Real Decreto-Ley 15/2020 (EDL 2020/9518).

Por el contrario, hasta la fecha no ha existido pronunciamiento jurisprudencial acerca de arrendamientos de oficina en el contexto de COVID-19, y por más que se considere arrendamiento de local, se distingue a su vez de los explicados en el párrafo anterior, porque un inmueble destinado a las oficinas (salvo que se utilice necesariamente para reuniones con clientes) en sí es **físicamente prescindible** para efectuar la gestión de la empresa, simplemente porque es posible que los trabajadores realicen sus tareas mediante teletrabajo, esto es, desde sus domicilios a través de un ordenador portátil con conexión a Internet, sobre todo en estos tiempos, en los que la tecnología juega un papel fundamental en toda empresa y más en un sector tan novedoso como el del *car sharing* el cual, básicamente, ha sido desarrollado a partir de aplicaciones web. Es por ello por lo que consideramos que la jurisprudencia citada más arriba no es útil para el caso que nos ocupa y por lo que debemos acudir a algún otro mecanismo que abarque la cuestión que se nos plantea.

Entrando en materia contractual, como hemos comprobado, los contratos suscritos entre las partes son vinculantes, y bajo el principio de *pacta sunt servanda*, deben cumplirse las obligaciones que por ellos se asumen salvo que, de manera excepcional, se aprecie una alteración de las circunstancias que, por un lado, permitan revisar o modular las mismas, bien mediante renegociación entre las partes o subsidiariamente ante el juez y por otro lado, en caso extremo, que eximan del cumplimiento. En otras palabras, las obligaciones otorgadas por un contrato de arrendamiento, que mencionamos en los párrafos anteriores, no son absolutamente estáticas pues cabe revisarlas cuando se altere de modo significativo el contexto del negocio. Así, entre las vías oportunas para modificar el contenido obligacional de los contratos se encuentran la doctrina *rebus sic stantibus* (que ya desarrollamos en relación con otra pretensión de Car4U en los epígrafes anteriores) y la de la **fuerza mayor**, mecanismo que creemos adecuado para resolver las dudas planteadas y al que atenderemos a partir de ahora.

El Diccionario de Español Jurídico define la fuerza mayor como una circunstancia imprevisible e inevitable que altera las condiciones de una obligación. Los ejemplos más frecuentes de fuerza mayor son los eventos naturales extraordinarios y poco comunes como terremotos, rayos, etc. Esta institución se encuentra tipificada en nuestra legislación de forma más o menos implícita en el art. 1.105 CC, que cita: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”. Dicho de otra manera, la fuerza mayor constituye una auténtica causa lícita para eximirse de (i) las obligaciones asumidas en un contrato y (ii) la responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios derivada del incumplimiento (arts. 1602, 1725, 1784, 1905 y 1908 CC, arts. 206 y 307 CCom). La doctrina de la fuerza mayor es, al igual que la de la cláusula *rebus*, subsidiaria como solución a los problemas que plantean los cambios circunstanciales. Es decir, se debe acudir en primera instancia al clausulado del contrato, en segunda instancia a la renegociación *inter-partes* y en última instancia al mecanismo extracontractual de la fuerza mayor.

Llegados a este punto, habrá que revisar si el incumplimiento del arrendador que proviene de medidas limitativas gubernamentales contraviene la obligación de garantizar el goce pacífico del inmueble. En atención al art. 1.560 CC, solo se puede excluir de responsabilidad al arrendador por las perturbaciones de hecho causadas por un tercero, no así por las perturbaciones jurídicas que provengan de la Administración o de un particular que actúa según un derecho que ostenta y así lo ha confirmado la jurisprudencia (STS de 24 de enero de 1992 y STS de 8 de febrero de 2019). Sin embargo, en este caso el arrendador nada puede hacer para garantizar el goce pacífico del inmueble dentro del contexto de las medidas de emergencia aprobadas por la crisis sanitaria, y así se ha afirmado por diversos juristas, entre

ellos SERRA I CAMÚS, M., quien explica que las medidas adoptadas por las Administraciones y Poderes Públicos para hacer frente a dicha crisis no solamente son imprevisibles, extraordinarias e inevitables, sino que además pueden calificarse como un caso de fuerza mayor. En este sentido, es interesante la puntualización que hace CARRASCO, Á., que dice que el COVID-19, en tanto dio paso a medidas gubernamentales prohibitivas (contenidas en los RD 463/2020, RDL 8/2020, 9/2020, 10/2020, 11/2020) es, efectivamente, *“un caso de fuerza mayor imposibilitadora de cumplimiento de contratos, pero no por ser “COVID”, sino por tratarse de prohibiciones normativas”*.

De lo anterior podemos extraer que, en este caso, el incumplimiento del arrendador se puede amparar bajo el paraguas de la fuerza mayor (art. 1.554 CC), con lo cual, tal incumplimiento no genera una responsabilidad culposa imputable al arrendador. Ahora bien, los contratos bilaterales o sinalagmáticos son, como ya hemos mencionado, aquellos en los que las obligaciones son recíprocas. A tenor de esa bilateralidad, la imposibilidad sobrevenida de cumplir una obligación recíproca tiene como consecuencia que el cumplimiento de la otra parte pierda sentido completa o parcialmente, dependiendo si el incumplimiento causado por circunstancias de fuerza mayor es definitivo o transitorio. En este caso, el incumplimiento por parte del arrendador de garantizar el goce pacífico de la cosa arrendada (art. 1.554.3 CC) genera una quiebra en la reciprocidad de las prestaciones. Usando la terminología de CARRASCO, Á., la imposibilidad de cumplir la prestación (garantizar el concreto uso y disfrute del inmueble cedido en arrendamiento) comporta la inexigibilidad de su sinalagma (pagar el precio de la renta), con lo cual, en virtud del art. 1274 CC, es lícito que Car4U vea igualmente revisada su obligación de pago de las rentas de arrendamiento. En suma, mientras perdure en el tiempo esta causa de fuerza mayor, el arrendador no tiene responsabilidad de cumplir y Car4U tampoco de pagar.

Surgen ahora dudas en cuanto al tratamiento que se debe dar a la suspensión de la obligación del arrendatario. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER MICÓ señalan que la solución oportuna varía en cada caso y que la suspensión de las obligaciones debe valorarse en función de la trascendencia y consecuencias de la imposibilidad de cumplimiento, que en el caso que nos ocupa es transitoria, porque la intensidad de las medidas de limitación de movilidad y confinamiento fue progresivamente en descenso mediante un proceso de desescalada. Dicho de otra forma, Car4U puede suspender su obligación de pagar la renta del edificio de oficinas mientras se limiten sus facultades de goce por las medidas aprobadas por la Administración, suspensión que, bajo nuestro mejor entendimiento de Derecho, deberá ser parcial, de duración limitada en el tiempo y en forma de reducción de la renta, en tanto en cuanto la imposibilidad de cumplimiento del arrendador no es definitiva sino también temporal.

3.3. Argumentos en contra de la aplicación de la fuerza mayor.

Para cerrar, mencionaremos brevemente un par de argumentos en contra de la aplicación de la doctrina de la fuerza mayor al presente caso. En primer lugar, cabe resaltar que existen ciertos sectores en la doctrina que aprecian que los problemas generados por el COVID-19 sobre los negocios jurídicos son más idóneamente encajables dentro del ámbito de aplicación de la *rebus sic stantibus*. En el caso concreto, es cuestionable si, efectivamente, sería diferente la situación si lo que se pretende es suspender el pago del arrendamiento, porque sobre la base de la excesiva onerosidad, es igualmente esgrimible la pretensión que ahora estudiamos siempre y cuando se pueda demostrar que la empresa Car4U sufrió graves perjuicios económicos generados por la paralización del sector del *car sharing*. Es decir, si tomamos los requisitos de la cláusula *rebus*, podemos extrapolar aquellos para la pretensión que ahora nos ocupa, esto es, de suspender las rentas.

En segundo lugar, al igual que pudimos observar en la cláusula *rebus*, muchos juristas han tenido oportunidad de pronunciar su desacuerdo respecto de la aplicación de la doctrina de la fuerza mayor en tiempos de COVID-19. En cualquier caso, instar la observancia de esta doctrina implica costes de economía judicial importantes, no solo porque, como ya mencionamos, el sistema judicial se verá gravemente saturado en ocasión de la pandemia porque ésta ha afectado a infinidad de contratos y relaciones jurídicas, sino también por el motivo de que las resoluciones judiciales se dilatan en el tiempo, situación que puede debilitar la demostración de las partes de que han actuado de buena fe y que solo acuden a la aplicación de esta doctrina de forma subsidiaria.

Por último, creemos que el punto más en contra que tiene esta doctrina es su peligrosidad en el sentido de que admite la resolución del contrato. Sin perjuicio de un mejor entendimiento del Derecho, creemos que los contratos deben conservarse, salvo casos muy extremos y puntuales, en concordancia con el principio *pacta sunt servanda*. Igualmente que la jurisprudencia de la *rebus* es precavida, consideramos que la fuerza mayor debe ser tratada con la misma cautela para así abogar, en la medida de lo posible, por la seguridad jurídica en tiempos de crisis.

CAPÍTULO III. Pacto de no competencia, competencia desleal y marcas.

1. Introducción.

Llegada la superación de la pandemia y, gracias a la vuelta a la normalidad de los desplazamientos en coche, el negocio del *car sharing* vuelve a retomar su ritmo a nivel mundial. Car4U no es la excepción y repunta con fuerza. Después de unos meses, una nueva empresa llamada Car4Mi hace su aparición en el mercado. Cuando Car4U se percató, nota que la novedosa compañía tiene no solo un nombre muy parecido sino también formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado iguales a las de Car4U. El debut de Car4Mi provoca cierta ralentización en los resultados de Car4U puesto que una gran parte de la clientela de ésta última y algunas de sus empresas colaboradoras se pasan a Car4Mi. Car4U decide indagar más y descubre que la mayor accionista de Car4Mi es D^a Beatriz Madariaga, quien acompañó a D. Nicolás García a la firma del contrato de compraventa el 15 de febrero de 2020. Asimismo, mediante investigaciones privadas se averigua que D^a Beatriz y D. Nicolás conviven al menos desde el inicio de la pandemia. Por último, consta que una de las empresas colaboradoras de Car4U, la mercantil Ramiro Investments, S.A. o Empresa RIS, ha enviado un e-mail por confusión a Aussie LTD creyendo que escribía a Car4Mi. Del correo electrónico se desprende la siguiente información: (i) que la Empresa RIS lleva meses conversando con D. Nicolás y con D^a Beatriz sobre el negocio del *car sharing*, (ii) que la Empresa RIS acaba de empezar a colaborar con Car4Mi, y (iii) que D. Nicolás ha revelado información acerca de los problemas que ha sufrido Car4U.

Se plantean las siguientes preguntas: ¿qué puede hacer Aussie LTD ante esta situación? Y ¿cuál podría ser, en su caso, la defensa de Car4Mi? Dividiremos la respuesta en dos apartados:

- Un apartado dedicado a analizar las **posibilidades de actuación de Aussie LTD**. Este apartado se divide en diversas materias: en primer lugar, un subapartado sobre las actuaciones relativas al pacto de no competencia, en segundo lugar un subapartado dedicado a las que versan sobre Derecho de Competencia Desleal, y en último lugar un subapartado destinado a valorar las posibles pretensiones en el ámbito del derecho de marcas.
- Otro apartado que tiene como objetivo resumir la **defensa de Car4Mi**, esto es, los argumentos generales que más resaltan para contrariar las pretensiones de Aussie LTD.

2. Posibles actuaciones de Aussie LTD.

2.1. Actuaciones de Aussie LTD respecto del pacto de no competencia.

Según los datos aportados, consta que en el contrato de compraventa celebrado el 15 de febrero de 2020 se incluye una obligación que prohibía a D. Nicolás operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un período de al menos diez (10) años, así como utilizar el know-how de Car4U sin la debida autorización de dicha empresa. Esta obligación constituye un pacto de no competencia propiamente dicho, a la cual prestaremos nuestra atención desde ahora.

Un pacto de no competencia, o acuerdo de no competencia, es un mecanismo por el que se materializa una obligación de no hacer, que prohíbe a una persona o a una empresa ser competidor en el mismo campo con otra empresa o persona, por un período de tiempo, debido a los secretos comerciales transferidos como consecuencia de la relación contractual. En el caso que nos ocupa, contamos con el dato de que la obligación de no competencia se reflejó, al menos, en el contrato de compraventa celebrado entre el Sr. García (“parte vendedora”) y Aussie LTD. Sin embargo, además de analizar el pacto de no competencia existente en el contrato de compraventa, también estudiaremos otros dos mecanismos contractuales mediante los cuales puede existir tal obligación: pacto de socios y contrato laboral.

a) Pacto de no competencia en el contrato de compraventa de acciones y participaciones.

Para comprender la importancia de un pacto de no competencia y su incumplimiento en el ámbito de contratos de compraventa de empresa (en sentido amplio, no ahora distinguiendo entre contratos “*share deal*” y “*asset deal*”), es conveniente introducir la figura del *goodwill* empresarial. El término *goodwill*, proveniente de derecho anglosajón, consiste en todo el valor real que tiene la empresa en su conjunto. En este sentido, sabemos que todos los elementos que forman una empresa tienen una valoración individual, mientras tanto, la suma de todos ellos ostenta conjuntamente un valor que se corresponde con el valor global del negocio. Dicho de otra manera, desde la integración de todos los elementos de una empresa, se desprende un activo inmaterial o valor añadido, conformado por: la clientela, el sistema de organización empresarial y las expectativas futuras de negocio.

Pues bien, mediante un pacto de no competencia en una compraventa de empresas (insistimos, en sentido amplio) el vendedor se obliga a no hacer competencia al comprador, de tal manera que el comprador

pueda adquirir, por exactamente el precio pactado, el *goodwill* empresarial. Por un lado, el interés de la parte compradora es, básicamente, que la parte vendedora se comporte bajo los estándares de competencia leal y buena fe, con lo cual, es conveniente para ella que se pacte una obligación de no competencia en la compraventa. Por su parte, potencialmente (no en todos los casos), la parte vendedora de una transacción estará dispuesta a aceptar dicha prohibición de competencia si eso conlleva al comprador a pagar más por la transacción, tanto así que probablemente al vendedor le sea más beneficioso recibir una mayor contraprestación que crear una empresa rival y generar ingresos mediante la misma. La otra cara de la moneda de lo que acabamos de explicar es la siguiente: si la parte compradora no puede contar con que la vendedora respete una obligación de no competencia por no existir aquella, probablemente pierda interés en la compraventa en sí o, en su caso, exija un precio menor por la empresa adquirida. Llegados a este punto, en el caso que nos ocupa, sin entrar ahora en detalles, sí existe una obligación de no competencia aceptada por las partes, en concreto que prohíbe a D. Nicolás operar en el mercado del *car sharing* directamente o a través de terceros así como usar el *know how* de la empresa pero presuntamente incumplida por D. Nicolás, presunciones que se desprenden de los datos aportados, que señalan que (i) Car4Mi comparte sospechosamente formas de trabajar, campañas y estrategia con Car4U y (ii) D. Nicolás está estrechamente relacionado con D^a Beatriz y con el proceso de formalización de Car3Mi. Pues bien, todo ese incumplimiento conllevaría ciertos efectos o consecuencias que podrían servir como base para las acciones que pueda instar Aussie LTD, todo ello según estudiaremos en las próximas líneas.

En relación con lo que acabamos de explicar, se genera la siguiente pregunta básica: ¿es lícito pactar una imposibilidad temporal de competir en el mercado? Si acudimos a citada jurisprudencia y, también la consolidada en la STS 301/2012, de 12 de mayo, podemos ver que se señala que los pactos de no competencia no constituyen un impedimento a la competencia en sí, sino que “*son cláusulas accesorias, en el sentido de que son inmanentes al contrato*”. En este sentido, el TS ha indicado que las cláusulas de no competencia en contratos de transmisión de empresas pueden considerarse incluidas en los mismos incluso de forma implícita, en virtud del art. 1.258 CC, y gozan de legitimidad, sobre la base del art. 1.255 CC, siempre y cuando comporten un carácter de utilidad o conveniencia para alcanzar la finalidad perseguida en un contrato lícito (STS 899/2007, de 31 de julio, y 102/2012, de 7 de marzo). En otras palabras, las cláusulas de no competencia que pretendan inhibir la competencia no son válidas, pero sí lo son aquellas que vayan unida a un contrato cuya finalidad no sea delimitar el mercado ni impedir la operatividad de otros competidores. En el caso que nos ocupa, la finalidad del contrato de compraventa celebrado goza de validez y licitud, en tanto en cuanto no pretende delimitar el mercado ni sus operantes.

Habiendo aclarado los anteriores puntos, es preciso ahora comentar que la jurisprudencia citada y también la consolidada en la STS 301/2012, de 12 de mayo viene a decir, que una cláusula por la que se introduce un pacto de no competencia lícito es una auténtica obligación contractual, por ello, ante el incumplimiento del contenido de esa obligación, se descarta la aplicación del Derecho de Competencia Desleal, siendo así perseguible el incumplimiento de dicho pacto por las vías genéricas disponibles en los preceptos del CC, y en concreto, creemos que pueden proceder las siguientes:

- Demandar a D. Nicolás por la vía de **acción *quanti minoris***. Rebaja del precio (arts. 1.484 a 1.486 del CC).
- Demandar a D. Nicolás por la vía de **incumplimiento contractual**. Obligación de cese y resarcimiento por daños y perjuicios (art. 1.124 CC).

Una breve precisión antes de profundizar sobre las acciones mencionadas. Como estas pretensiones se producen dentro del ámbito de un contrato de compraventa celebrado entre Aussie LTD y D. Nicolás, la legitimación activa corresponde a Aussie LTD y la pasiva corresponde a D. Nicolás.

a.1) Vía de acción *quanti minoris*.

La acción *quanti minoris* es una de las dos acciones contempladas en el art. 1.486 CC, para los casos de saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida: “(...) *el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos*”. Por otro lado, y recordando lo explicado en el Capítulo I del presente informe, el art. 1.269 CC, cita que: “(h)ay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Dicho de otra manera, podría ser defendible la concurrencia de dolo en la conducta D. Nicolás en el presente caso, en la medida de que se pueda demostrar que haya maliciosamente captado la atención de Aussie LTD para así inducirla a celebrar el contrato de compraventa. Nos permitimos suponer tal cosa porque, en principio, no parece agresivo pensar que D. Nicolás es perfecto conocedor de la situación de Car4U y Car4Mi, y tampoco parece exagerado pensar que éste ha venido brindando ayuda, cooperación y complicidad a D^a Beatriz en relación con el lanzamiento de Car4Mi desde el momento en que decide realizar la venta del capital social de la otra mercantil en cuestión.

Admitamos por el momento, entonces, que el vendedor, D. Nicolás, ha venido actuando dolosamente desde la celebración del contrato de compraventa, quien por un lado estaba comprometiéndose a no competir con la sociedad que estaba vendiendo y, por otro, estaba ya maquinando con D^a Beatriz para lanzar al mercado la competencia de Car4U, inmediatamente después de vender su participación. Si los hechos ocurrieron así - incluso independientemente de que la pandemia haya podido interrumpir la ejecución de este plan (pues por motivos obvios resultaba más inteligente lanzar Car4Mi al mercado una vez superada la misma) - la existencia de dolo, en principio, parece bastante esgrimible, dolo que se traduce en ocultaciones insidiosas (en este caso, omisiones de mala fe) y manifestaciones falsas en cuanto a prometer no hacer algo en un futuro, que han podido inducir a Aussie LTD a celebrar la compraventa, que sin ellas no se habría consentido tal transacción o, al menos, se hubiera pedido un precio menor por la misma, y aún más si se tiene en cuenta que Aussie LTD esperaba que D. Nicolás siguiera desarrollando en exclusiva sus actividades en Car4U y que la dedicación de éste al negocio era relevante para fijar el precio de la compraventa. En todo caso, y de acuerdo con lo que ha explicado, por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. creemos que si Aussie LTD se preocupó de incluir una cláusula de no competencia postcontractual, es porque consideró que la competencia por parte del demandado reduciría el valor de la empresa, así que se dan todos los requisitos para aplicar el vicio del consentimiento del dolo pero no para anular la compraventa, sino sólo para reducir el precio de la compraventa.

De ser así las cosas, no descartamos la posibilidad de que Aussie LTD lleve el incumplimiento del pacto de no competencia a la esfera de los defectos ocultos en la cosa vendida, en la medida en que pueda probar que se ocultaron de mala fe ciertos defectos del *goodwill* empresarial desde el momento de la compraventa que disminuyen notoriamente el valor de la transacción. Por todo ello, Aussie LTD podría ejercitar, por medio de una demanda, una acción *quanti minoris* o estimatoria del art. 1.484 a 1.486 CC, para lograr una restitución parcial o rebaja del precio, conservando la empresa vendida. En todo caso, Aussie LTD deberá cargar con la prueba del dolo y mala fe, porque incumbe a quien lo invoca. En cuanto al plazo y requisitos para interponer esta acción, nos remitimos a lo expuesto en el apartado **4. Objeto contractual. Sanamiento por vicios ocultos**, párrafo sexto del Capítulo I del presente informe, pero en resumen, podemos advertir que la fecha límite de interposición es el día 4 de diciembre de 2020, con lo cual, habrá que estar a las circunstancias concretas del caso para saber si la acción es extemporánea o no. En vista de las dudas, se plantea otra posibilidad: la acción de resolución por incumplimiento regulada en el art. 1.124 CC y que explicaremos en los próximos párrafos.

a.2) Vía de incumplimiento contractual.

La acción de resolución por incumplimiento del art. 1.124 CC, como explicamos en el apartado 3. **Causa contractual. Resolución por incumplimiento** (párrafo 8 y ss.) del Capítulo I del presente informe (al cual nos remitimos), configura la facultad de exigir o bien la resolución de contratos bilaterales junto al resarcimiento de daños y perjuicios o bien el cumplimiento forzoso, todo ello para solventar el desequilibrio contractual que se genera cuando una de las partes incumple. En el presente caso, la viabilidad de esta acción recae en la prueba que demuestre D. Nicolás ha infringido directa o indirectamente el deber de no competencia en el mercado de *car sharing* (dentro del plazo indicado) y/o que ha utilizado el know-how de Car4U sin su autorización. De esta manera, y teniendo en cuenta que el Derecho español no cuenta con un precepto específico para reclamar por incumplimiento de una cláusula de no competencia postcontractual, en principio, se puede exigir el **cumplimiento** de la cláusula (y así, suplicar por el cese de la empresa Car4Mi) y la indemnización de daños y perjuicios por medio de la acción genérica del art. 1.124 CC, siendo ésta la alternativa más ideal en virtud del principio de conservación de los contratos que reviste especial importancia en los complejos negocios de compraventa de empresas.

A pesar de la remisión que acabamos de hacer, es conveniente estudiar el elemento probablemente más importante de esta pretensión: el **incumplimiento grave** del demandado, que en este caso, es conformado por la conducta competitiva de D. Nicolás, quien presuntamente infringe las obligaciones de no hacer contenidas en el pacto de no competencia añadido al contrato de compraventa de capital social de Car4U. Según los datos aportados, es clara la participación de D^a Beatriz en la empresa competitiva, y se asoma la posibilidad de que D. Nicolás está participando en aquella también.

Pues bien, ya hemos dicho que estos pactos constituyen auténticas obligaciones y esto es reiterada jurisprudencia del TS. Ahora, para que prospere su incumplimiento como sustento de la acción que ahora proponemos, éste deberá ser grave. Recordemos que los tribunales ostentan la competencia para apreciar y ponderar la gravedad de los incumplimientos. Sin embargo, el TS ha descartado el incumplimiento cuando las infracciones sean mínimas por ser meramente accesorias en cuanto a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, siendo resolutorio únicamente el incumplimiento que afecte a la esencia, fin normal o legítimas aspiraciones del contrato. Por ello, surge la siguiente duda: ¿es el pacto de no competencia una obligación que comporta un carácter meramente complementario en una compraventa “share deal”?

Para responder a la problemática que acabamos de señalar, atendamos a la jurisprudencia. Principalmente, en este ámbito destaca la STS 303/2016, de 9 de mayo. Se trata de un caso similar cuyo núcleo es una cláusula de no competencia en el marco de una compraventa de acciones. Resumiendo brevemente los hechos, éstos versan sobre una compraventa del 75% del capital social de la empresa “A”, cuyo vendedor se queda como empleado de la misma bajo los nuevos dueños y, casi inmediatamente y en

cooperación con un tercero (otro empleado que abandona la compañía “A”) desvía a una nueva compañía competitiva (compañía “B”) a los mejores clientes y proveedores de la empresa “A”, situación que es descubierta por los nuevos dueños de “A” cuando reciben una comunicación del principal proveedor de “A”, indicando la finalización del contrato de distribución que mantenían, en vista de que celebrarían uno nuevo con la mercantil “B”. El TS señala que “(...) *un contrato de compraventa del 75% de las acciones de una sociedad mercantil supone en la práctica, aunque no se indique expresamente en el clausulado, una transmisión de la empresa que constituye su objeto social. De ahí que exista un interés legítimo de los adquirentes en evitar que el transmitente pueda realizar actividades concurrentes*”. Esta puntualización es interesante desde dos puntos de vista; el primero, es que aporta claridad a lo que exponemos en el Capítulo I del presente informe, acerca del debate que puede surgir en cuanto al objeto contractual de la compraventa celebrada en el presente caso, y la posibilidad de que se considere como compraventa de empresa propiamente dicha, esto es, una compraventa de no solo acciones y participaciones sino también de activos y resto de elementos que pueden conformar la venta de una empresa como un todo. Y en adición, resalta el interés de la parte compradora de adquirir, efectivamente, el *goodwill* que ya mencionamos por medio de la transacción y evitar conductas desleales de la parte vendedora.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, tenemos un contrato de transmisión “*share deal*” pero, como hemos visto, a efectos de pacto de no competencia y siguiendo el criterio del TS, la transmisión del 80% de las acciones permite que sea considerada la transacción como una compraventa de empresa en su todo, incluyendo bienes materiales como activos y, entre otros, bienes inmateriales como la clientela y el *know how*. Estos dos últimos bienes, por su naturaleza, no pueden ser objeto de entrega física, y es precisamente por ello se conceden, en su lugar, los pactos de no competencia, pues pretenden regular conductas de no hacer: no desviar clientela, no interferir en las relaciones del adquirente, etc., siempre durante un tiempo, espacio y territorios determinados, incluso si ello acarrea una imposibilidad temporal de competir en ciertos sectores del mercado. En síntesis, el TS acepta que se considere el *goodwill* como una prestación que es, sin duda, parte del objeto del contrato, del fin contractual último y de la esencia del negocio.

Sabemos además que el fin de un contrato es la **causa** del mismo, por lo cual, la acción de incumplimiento será acorde a Derecho cuando el incumplimiento frustra prive sustancialmente a la parte que la invoca de las expectativas lícitas del negocio. En total, en el presente caso, podemos afirmar que, desde este punto de vista, es defendible la acción del art. 1.124 CC por la que Aussie LTD (demandante/parte compradora) exija, por medio de un escrito de demanda, a D. Nicolás (demandado/parte vendedora) a cumplir el pacto de no competencia y en consecuencia a dar cese a las actividades de Car4Mi con el abono de los respectivos daños y perjuicios, pues como hemos visto, se trata de un incumplimiento grave.

Asimismo, es importante hacer unas últimas precisiones. Por un lado, hay que mencionar que podrá ser viable la legitimación pasiva de D. Nicolás en la demanda en la medida en que Aussie LTD pueda probar que (i) efectivamente D. Nicolás opera en el mercado de forma competitiva directa o indirectamente a través de Car4Mi y/o (ii) D. Nicolás ha utilizado el know-how de Car4U sin la debida autorización de ésta.

Por otro lado, unas breves pinceladas en cuanto a la reclamación de los daños y perjuicios. Es cierto que Aussie LTD deberá cargar con la prueba de los daños que exija, ya que aquellos deben ser acreditados por quien los reclama. En este caso, nos remitimos a lo expuesto en el apartado **5. Daños exigibles** (párrafo 4 y ss.) del Capítulo I del presente informe, en cuanto a la reclamación de daños patrimoniales reclamables (daño emergente y lucro cesante), que en esta oportunidad se basan en las pérdidas sufridas como consecuencia del desplazamiento de los clientes y colaboradores de Car4U a Car4Mi. Pero además, creemos que en este momento es conveniente también la reclamación por daños morales. En las personas físicas, el daño moral es aquel que se materializa en un sufrimiento de naturaleza psíquico-sentimental, si bien en las personas jurídicas el agravio sufrido se lleva al plano del derecho al honor. El TS no tiene una tendencia absoluta a siempre admitir la indemnización de los daños morales en personas jurídicas (tales como Car4U, que es una sociedad mercantil), no obstante, entre las resoluciones más importantes, tenemos la STC 139/1995, de 26 de septiembre. Esta resolución reconoce la titularidad del derecho al honor a una sociedad mercantil siempre y cuando recaiga sobre la **faceta objetiva (reputación)**, no así sobre la subjetiva (sentimiento o estima, a diferencia de las personas físicas). En resumen, para poder reclamar los daños morales sufridos por Car4U, la parte demandante deberá demostrar el perjuicio reputacional sufrido a partir de un nexo causal, conectado con la conducta incumplidora de D. Nicolás, y a su vez, deberá aportar como prueba informes periciales que cuantifiquen todos los daños sufridos, especialmente los morales.

Por último, como indicamos en el Capítulo I, el plazo de interposición de esta acción es de 5 años (art. 1.964 CC) contados, en este caso, a partir del incumplimiento, en cuyo caso, dependerá de cuándo se produzca este hecho y este es un dato que desconocemos.

b) Pacto de no competencia en contrato entre socios de Car4U.

Aunque no se nos aporta el dato, es probable que exista un pacto de no competencia entre los socios de Car4U, y recordemos que D. Nicolás sigue ostentando tal condición, porque es aún titular del 20% del capital social de dicha empresa. Pues bien, es común que entre los socios de una sociedad mercantil se haya llegado a firmar un pacto de no competencia, tanto para el caso de que alguno de ellos ponga fin a sus

relaciones con la empresa, como para cuando, con más motivo, siga dentro de la misma. A raíz de este tipo de pactos, los socios se obligan pueden obligar a no realizar fuera de la sociedad la misma actividad que viene ejerciendo dentro de ella. Si asumimos que así son las cosas en el presente caso, D. Nicolás aún seguiría estando adherido a esta obligación de no competencia, con lo cual, analicemos rápidamente qué puede hacer Aussie LTD como socio de Car4U frente al comportamiento de D. Nicolás.

Se entiende como incumplimiento pacto de socios aquellas situaciones en las que uno o varios socios actúan en contra de lo dispuesto en el pacto, bien de forma activa o de forma pasiva por omisión. Así, entre otros supuestos, se producirá un incumplimiento de forma activa cuando un socio presta sus servicios para la competencia incumpliendo lo dispuesto en la cláusula de no competencia. En adición, el incumplimiento del pacto de socios sólo obligará a los socios firmantes del mismo y según la importancia y la gravedad del incumplimiento apreciable por la autoridad judicial, se puede acudir a varios mecanismos.

Ante un incumplimiento del pacto, sin perjuicio de que se pueda acudir a vías de resolución de conflictos extrajudiciales (mediación o arbitraje), la parte cumplidora, que en este caso, es Aussie LTD y un solo socio, podrá acudir a varios mecanismos judiciales para reclamar el incumplimiento de D. Nicolás. En primer lugar, lo fundamental es que se pueda demostrar que existe tal pacto entre socios y aún más, que se pruebe que D. Nicolás haya infringido su contenido. La respuesta variaría dependiendo de las obligaciones del pacto, pero en líneas generales, creemos que, similarmente a lo que expusimos en el apartado anterior, es adecuada una acción de resolución por incumplimiento del art. 1.124 CC, mediante la que se elija **exigir el cumplimiento** del pacto entre socios, **más el abono de daños y perjuicios ocasionados**. Nos remitimos a todo lo que hemos desarrollado sobre esta acción en el apartado anterior.

En último lugar, el incumplimiento de las obligaciones del socio, incluyendo las asumidas mediante un pacto de no competencia, pueden comportar razón suficiente para ejecutar una **exclusión de socio**. El art. 350 LSC indica que: *“La sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir (...) al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia o hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta ley (...)”*. En el presente caso, consideramos que D. Nicolás potencialmente podría verse implicado en una exclusión de Car4U (que, como sabemos, es una sociedad limitada), siempre y cuando D. Nicolás ostente la condición de socio administrador.

c) Pacto de no competencia en contrato de gestor de Ca4U.

Es también posible que exista un pacto de no competencia en el contrato laboral o mercantil por el que D. Nicolás se constituye como gestor de Car4U. Aunque dependemos de las circunstancias concretas, podemos suponer que D. Nicolás conforma la figura de gestor de Car4U bajo el paraguas de las normas laborales, en cuyo caso, ese contrato de trabajo se enmarcaría dentro del régimen común del ET.

En general, los pactos de no competencia en los contratos de trabajo, según explica ALFARO ÁGUILA-REAL, J. pretenden prohibir la competencia de los trabajadores para evitar que los conocimientos y secretos empresariales sean aprovechados por un competidor (bien sea un tercero o propiamente el mismo gestor de la empresa en cuestión). En este caso, supongamos que se prueba que D. Nicolás está ligado, aunque sea indirectamente, con la empresa Car4Mi. De ser así la situación, creemos que además de la obligación de no competencia aceptada en virtud del contrato de compraventa, es posible que el incumplimiento de aquella también sea reclamable por la vía del art. 5 y 21 ET sobre la buena fe en la ejecución del contrato de trabajo que prohíbe comportarse deslealmente.

Sin entrar en más detalles porque no creemos que esta cuestión sea la más relevante, creemos que Car4U puede tomar acción en contra de D. Nicolás sobre la base, en concreto, del art. 5 ET que establece que: “*Los trabajadores tienen como deberes básicos: a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia. (...) d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley. e) Contribuir a la mejora de la productividad. f) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo*”. Por otra parte, el art. 21.1 ET establece que: “*No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan*”. Las acciones que ejercite, tramitables por medio de la jurisdicción social, podrá tener como consecuencia, en caso de que sea muy grave, la extinción de la relación laboral de D. Nicolás con Car4U.

2.2. Actuaciones de Aussie LTD respecto a la legislación de competencia desleal.

a) Análisis de conductas desleales.

Al margen de las acciones que se puedan perseguir por incumplimiento del contenido del pacto de no competencia contractual, se puede también acudir a la LCD, si las conductas desleales en cuestión

exceden el ámbito de dicho pacto. Es decir, en el presente caso, presuntamente D. Nicolás no solo ha incumplido con el contenido del pacto contractual de no competencia (al operar en el mercado del *car sharing* y al usar el *know how* de Car4U), sino que además consta que (i) Car4Mi comparte un nombre bastante parecido con Car4U, y (ii) la irrupción de Car4Mi provoca efectos negativos severos en Car4U ya que buena parte de la clientela y algunas empresas colaboradoras deciden trasladarse a Car4Mi. Pues bien, estas dos últimas conductas no entrarían en el ámbito objetivo del pacto contractual, pero siguen siendo desleales (como veremos en las próximas líneas). Por todo ello, con la intención de que tales comportamientos desleales no queden impunes, puede ser conveniente que Aussie LTD acuda a la LCD en defensa de sus intereses.

Lo primero que debemos saber es el ámbito de aplicación de la LCD en general. La LDC tiene como finalidad tipificar las conductas contrarias a la lealtad, o lo que es igual, conductas que infrinjan los deberes generales de competencia “sana” en el mercado. En el presente caso, creemos que existen varios sujetos desleales: Car4Mi como empresa competidora desleal, y D. Nicolás y D^a Beatriz como personas físicas que cometen actos desleales. Las conductas de todos esos sujetos, en suma, se pueden enmarcar, dentro de tres tipos de conductas desleales de la LCD. que analizaremos en los próximos párrafos:

- Actos de **confusión** (art. 6 LCD).
- Inducción a la **infracción contractual** (art. 14 LCD).
- **Violación de secretos** (art. 13 LCD).

a.1) Actos de confusión (art. 6 LCD).

Por un lado, el art. 6 LCD establece lo siguiente, en relación con los actos de confusión: “(...) *se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear **confusión** con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos*”. El TS ha explicado en varias ocasiones que la aplicación del art. 6 LCD está orientado hacia las creaciones formales desleales, o lo que es igual, la forma (desleal) en la que un producto o servicio se presenta o se ofrece dentro del mercado. Así, nos podemos preguntar lo siguiente: ¿se considera que Car4Mi ha cometido actos de confusión con arreglo al art. 6 LCD en el presente caso?.

Dar una respuesta inequívoca a lo anterior no nos corresponde a nosotros, pues tal apreciación es tarea de los jueces y tribunales. Sin embargo, podemos advertir, en primer lugar, que según la reiterada

jurisprudencia, se debe partir desde la confusión que se produzca al **consumidor medio**. Según la doctrina europea del TJUE, el consumidor medio es aquel que al ser razonablemente “*atento y perspicaz*”, está “*normalmente informado*”, y según la doctrina española, es el consumidor del mercado quien no está ni muy alerta ni muy distraído. En segundo lugar, podemos prever que el mercado del *car sharing* es, ciertamente, muy concreto y presenta una suerte de homogeneidad en el servicio ofrecido, que consiste en la puesta a disposición de coches de alquiler a corto plazo mediante una plataforma digital a tiempo real, que cuenta principalmente con herramientas de GPS y reserva y pago online. Esto quiere decir que todas las empresas de *car sharing*, en mayor o menor medida, presentan una indudable y amplia gama de similitudes, sólo por la naturaleza del negocio. Y es que en general, debemos recordar que la competencia no puede verse completamente limitada, o al menos en España, porque tal nivel de limitación iría en contra del principio de economía de libre mercado.

Dicho todo lo anterior, no es posible que una empresa de este sector pueda hacerse para sí todos y cada uno de los mecanismos del mismo y pretenda así impedir que el resto de los competidores practiquen formas similares (o incluso iguales) de presentar sus servicios. En principio, parece complicado defender que Car4Mi está cometiendo actos de confusión sobre la mera base de la forma en que trabaja el negocio y la estrategia de mercado que aplica, pero, en cualquier caso, será tarea de los tribunales apreciar tal confusión en virtud de su conocimiento de Derecho y en relación con la prueba que se practique en el proceso y en qué medida pueda demostrar que existe una auténtica confusión.

Asimismo, se plantean dudas en cuanto al uso de campañas publicitarias y si las mismas pueden ser sustento para defender una presunta confusión en el mercado constituyente de competencia desleal. Este aspecto es más difuso, porque se deben atender a muchos factores de las campañas o spots publicitarios en cuestión: música sincronizada, temática, progresión de las imágenes audiovisuales, colores, ámbito temporal y territorial de los spots, apariencia de los gráficos utilizados, etc. Además, la problemática de confusión entre campañas publicitarias roza el territorio de la propiedad intelectual e incluso del derecho mercantil. Copiar una campaña publicitaria puede implicar que se hable más bien de plagio, concepto que transita a caballo entre la LPI (en cuanto una campaña publicitaria se puede considerar, entre otras, una auténtica obra audiovisual, por ejemplo) y las normas mercantiles y que, aún más, puede encauzarse mediante la LGP y la LCD. Como el objeto del presente trabajo no es analizar absolutamente todas las normas por las que se puede valorar la confusión o copia de publicidad, creemos que lo más fundamental es el papel de la prueba en el caso concreto (sobre todo, la pericial) y la consiguiente labor de valoración y ponderación que realice el órgano judicial en su mejor entendimiento jurídico.

Por último, es importante señalar que en relación con los actos de confusión, consideramos que éstos pueden ser imputable directamente a la Car4Mi, porque esta empresa es la que realmente ejecuta dichos actos desleales en el mercado.

a.2) Inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD).

El art. 14 LCD recoge lo siguiente: “1. Se considera **desleal** la inducción a **trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.** 2. La **inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas**”.

En el presente caso, se nos ha dado a conocer que algunos de los colaboradores de Car4U deciden pasarse a la competencia, en concreto la Empresa RIS, y según se observa de manera literal en un correo electrónico que recibe Aussie LTD por error, es precisamente D. Nicolás quien ha manifestado a la Directora de la Empresa RIS todos los problemas que arrastra Car4U y que tales manifestaciones son las que impulsan a la Empresa RIS a decidir poner fin al negocio con Car4U para en su lugar colaborar con Car4Mi. Por todo ello, analizaremos si este comportamiento es contrario al precepto de la LCD citado.

Pues bien, desglosemos primero el precepto de la LCD, porque tipifica tres actos de competencia desleal:

- La inducción a la **infracción de deberes contractuales básicos** (art. 14.1 LCD).
- La inducción a la **terminación regular de un contrato** (art. 14.2 LCD).
- El aprovechamiento de una infracción contractual no inducida (art. 14.2 LCD).

La primera conducta es desleal por naturaleza, sin necesidad de que concurren otros requisitos. Por otro lado, las dos últimas, esto es, la inducción a la terminación de contrato y el aprovechamiento como acto de competencia desleal requieren de la existencia de engaño, intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas para su consumación. Sin embargo, todos estos actos parten de un factor

común que es una relación contractual, y la irrupción en dicha relación por parte de un tercero que no es parte de la misma. La relación jurídica relevante puede nacer de un contrato vigente o extinto que establezca o haya establecido un pacto de no competencia válido. En el caso que nos ocupa, ya hemos comentado que aparte del contrato de compraventa que establecía un pacto de no competencia (según se nos aporta en los datos) es probable que también exista un pacto similar en el contrato entre socios de Car4U y en el contrato laboral de gestores de esta empresa.

Dentro de este tipo de actos desleales existe un sujeto agente o inductor, que es quien induce a otro sujeto (inducido) a cometer estas conductas desleales. Pues bien, en el caso que nos ocupa, podemos observar que en un principio D. Nicolás indujo a la Empresa RIS a finalizar su servicio de colaboración con Car4U. En este sentido, podríamos suponer que la Empresa RIS era una proveedora de Car4U. En este sentido, es posible que Aussie LTD entable las siguientes acciones. En primer lugar, una acción contra D. Nicolás, con respecto a haber inducido a la Empresa RIS a poner fin al contrato de proveeduría (relación jurídica relevante) celebrado con Car4U. En esta línea, sería necesario probar que D. Nicolás tenía la intención de, por ejemplo, eliminar a Car4U del mercado.

Además, creemos que cabe también la posibilidad de que Aussie LTD ejecute acciones legales contra D^a Beatriz y contra la empresa Car4Mi porque podemos pensar, que, quizás D^a Beatriz haya sido quien por sí misma o incluso mediante Car4Mi haya convencido o inducido a D. Nicolás a unirse a esta nueva empresa. Recordemos que D. Nicolás está obligado a no competir en el negocio del *car sharing* por 10 años (en virtud del pacto de no competencia adherido a la compraventa y posible pacto similar en el contrato de socios de Car4U) con lo cual, lo que D^a Beatriz y/o Car4Mi en general estarían haciendo es inducir a D. Nicolás a comportarse indebidamente con respecto a las obligaciones contraídas por sendos pactos de no competencia, conducta encajable dentro del precepto de inducción a la infracción de deberes contractuales básicos del art. 14.1 LCD.

Para cerrar este subapartado, veamos qué **valor probatorio** tiene el email en cuestión. La STS de 23 de julio de 2020 ha reconocido que los correos electrónicos sí son prueba documental válida en juicios. En general, el TS ha razonado que la evolución tecnológica obliga a nuestro ordenamiento jurídico a adaptarse a los nuevos tiempos. Por ello, el alto tribunal ha optado por una apreciación amplia de la prueba documental, Sin embargo, *esta apreciación “no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia”*, pues al igual que sucede con los documentos privados, habrá que valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia. Al margen de esto, no obstante, surge la duda de si este correo electrónico vulnera

derechos fundamentales (en concreto, derecho a la intimidad) en cuanto se estaría revelando una comunicación privada entre la Empresa RIS y D. Nicolás. Es probable que, así las cosas, se generen conflictos sobre la aportación de este correo en el proceso, en vista de que quizás no se cuente con el consentimiento de la Empresa RIS para aportar el mismo.

a.3) Violación de secretos (art. 13 LCD).

El art. 13 LCD establece que la violación de secretos empresariales es una conducta desleal. No obstante, dicho precepto se remite al concepto de secretos empresariales recogido en el art. 1.1 LSE, que a su vez señala que “*se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en el sentido de que (...) no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial (...) real o potencial, precisamente por ser secreto, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto*”.

Por otra parte, el término anglosajón know-how se traduce en “saber hacer” y consiste en las capacidades y habilidades que un individuo u organización (por ejemplo, empresarial) poseen en relación con tareas concretas. Sin duda, el know-how constituye un elemento empresarial de gran valor que tiene como finalidad permitir que la empresa titular del mismo consiga salir adelante con respecto al resto de empresas competidoras del mercado. En el presente caso, consta que dentro del pacto de no competencia firmado en la compraventa entre D. Nicolás y Aussie LTD se incluía la obligación de D. Nicolás de no utilizar el *know how* de Car4U sin su debida autorización. Además, se ha manifestado que la empresa Car4Mi comparte sospechosamente formas de trabajar y estrategia de mercado con Car4U, indicios que, sumados a los demás, pueden dar paso a pensar que, efectivamente, D. Nicolás está utilizando este *know how* en sus actividades para Car4Mi.

Ahora bien, si revisamos los requisitos recogidos en la LSE con respecto al secreto empresarial, podemos afirmar que:

- El *know how* es **secreto**, en el sentido de que no es generalmente conocido por terceros del sector del *car sharing*. La jurisprudencia ha puntualizado que este precepto se refiere al sujeto medio entre un experto de la materia y un usuario normalmente informado. En este caso, D. Nicolás encaja en

esta definición. Aún así, Aussie LTD deberá probar que la información contenida en el *know how* no constituye un conocimiento que D. Nicolás haya adquirido meramente en ejercicio de sus actividades como gestor de esta empresa.

- El *know how* tiene **valor empresarial**. Sin lugar a duda, al ser Car4U la empresa de *car sharing* número 1 en España, está claro que su *know how* tiene gran valor empresarial.
- El *know how* ha sido objeto de **medidas razonables** para mantenerlo en secreto. Este criterio deberá ser apreciado por los tribunales en cada caso, pero en principio, parece lógico pensar que Aussie LTD ha tomado medidas para lograr mantener este *know how* en secreto, entre ellas introducir la prohibición de su uso en el pacto de no competencia.

El art. 3.2 LSE recoge que la *utilización o revelación de un secreto empresarial es ilícita cuando, “(...) sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial”*. En este caso, el pacto de no competencia configura una obligación encajable dentro del artículo que acabamos de citar y, en principio, la conducta de D. Nicolás también. La demostración de esto último recae en los medios de prueba que se aporten en el proceso por parte de Aussie LTD, porque al fin y al cabo la apreciación de esta conducta ilícita dependerá de las circunstancias de cada caso. No obstante, en general, el parecido entre los servicios, la inmediatez del traslado de D. Nicolás a Car4Mi y el desplazamiento repentino de clientes son todo indicios claros de utilización ilícita del *know how* de Car4U.

b) Acciones disponibles en la LCD.

Después de haber analizado brevemente las posibles conductas desleales que Aussie LTD puede impugnar en el caso que nos ocupa, es adecuado ahora mencionar a través de cuales acciones, se puede llevar a cabo la mencionada impugnación. El art. 32 LCD es el precepto legal que enumera las acciones disponibles en atención a los intereses de quien se vea vulnerado por actos de competencia de competencia desleal de terceros, según citamos abajo:

Artículo 32. Acciones.

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

*1.ª Acción **declarativa** de deslealtad.*

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

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

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

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

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

Por último, a modo aclaratorio, es frecuente y común instar todas las acciones enumeradas o la gran mayoría de estas. Atendiendo a las circunstancias del presente caso, creemos que es útil que Aussie LTD entable una demanda civil que recoja en sus fundamentos todas las pretensiones que hemos explicado anteriormente, basándose, como hemos dicho, en la infracción de los arts. 6 (actos de confusión), 14 (inducción a la infracción contractual) y 13 (violación de secretos) de LCD.

2.3. Actuaciones de Car4U respecto a infracción de marca.

Según la LM, marca es todo aquel signo, especialmente palabras (incluidos los nombres de personas) dibujo, toda letra cifra, color, forma de un producto o de su embalaje o sonido apropiado para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas. La marca tiene varias funciones: identificar empresas, demostrar la calidad de un producto y representar el *goodwill*. En cuanto al registro de una marca, existen algunas prohibiciones, denominadas absolutas y relativas. La competencia para atender a las prohibiciones absolutas corresponde a la OEPM, mientras que las prohibiciones relativas son impugnables a instancia de parte.

En el caso que nos ocupa, nos interesa prestar atención a las prohibiciones relativas, que son aquellas que operan cuando se ha registrado un signo que entra en conflicto con otro signo anteriormente registrado. Según el principio de especialidad de las marcas, se protege al titular de una marca frente al uso de la misma marca por terceros siempre y cuando dicho uso sea para el mismo producto o para productos similares. Así, está prohibido el registro de marcas que, con respecto a otras marcas registradas anteriormente (i) tengan un signo y un producto idénticos, (ii) tengan un signo similar y un producto idéntico, (iii) tengan un signo idéntico y un producto similar, y (iv) tengan un signo y un producto similares. El objetivo de esta prohibición se centra en evitar que el consumidor confunda las marcas. La apreciación de una probabilidad real de confusión del consumidor es un criterio elaborado jurisprudencialmente, pero, en general, productos idénticos son aquellos que aunque tengan apariencias distintas cumplan la misma función, mientras que productos similares son aquellos que sin cumplir la misma función se relacionan entre sí porque, por su naturaleza, se colocan dentro de la misma categoría (por ejemplo, una lámpara y un bombillo, una silla de playa y una sombrilla, una cápsula y una máquina de café).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, tenemos a dos empresas del sector de *car sharing*: Car4U y Car4Mi. Ambas marcas están registradas en la OEPM, con lo cual, se entiende que ésta no identificó de oficio ninguna prohibición absoluta en ninguna de ellas. Sin embargo, sobre la base del art. 34 LM, surgen dudas sobre si la marca Car4Mi puede estar contraviniendo alguna prohibición relativa. De ser así las cosas, Car4U estaría legitimada para interponer acciones por la vía de derecho de marcas porque sus derechos como titular de una marca se verían vulnerados. El examen de confundibilidad es un mecanismo construido jurisprudencialmente y que precisamente por ello siempre corresponde al juez, aún así, podemos repasar brevemente los puntos más importantes y notorios presentes en el caso que nos ocupa:

- Ambas marcas son coincidentes desde el **punto de vista fonético**: Son marcas denominativas cuyas palabras comparten la misma estructura (la raíz “Car4”, diferenciándose sólo mediante “u” y “mi”) y la sílaba tónica coincide (última sílaba).
- Ambas marcas comparten el **mismo concepto**: Están dentro del mercado del *car sharing*, persiguen los mismos fines, tienen un significado casi idéntico (una marca significa literalmente “car for you / coche para ti” y la otra “car for me / coche para mí”).
- Ambas marcas ofrecen el **mismo producto y servicio**: El mayor indicio de este aspecto es que, según la Clasificación de Niza, ambas marcas se encuadran dentro de la Clase 39, esto es, servicios de alquiler de vehículos para el transporte.

Debemos recalcar que aunque el análisis de cada elemento del examen de confundibilidad parezca indicar que si existe una infracción de derecho marcario, la apreciación final siempre corresponde al juez, quien, a raíz de una valoración global de las circunstancias de cada caso, podrá ponderar los resultados obtenidos, concluyendo incluso, aunque se supere el análisis, que no existe riesgo de confusión en atención al tipo de consumidor o grado de importancia de la marca anterior en el tiempo.

Por último, debemos mencionar que el registro de la marca Car4Mi podrá ser impugnado por Car4U mediante la **acción del art. 41 LM**, que consiste en una pretensión de cesación de uso de la marca Car4Mi y una indemnización por daños y perjuicios (en este caso consideramos que es posible instar una indemnización por daños tanto patrimoniales como morales).

3. Posible defensa de Car4Mi / D. Nicolás.

Expondremos, de forma general, las principales líneas de defensa convenientes para Car4Mi y/o D. Nicolás en relación con todas las posibles acciones que puede instar o bien Aussie LTD o bien Car4U. Las dividiremos por materia y las enumeramos en viñetas, según se observa a continuación:

3.1. Posible defensa frente a las acciones relativas al pacto de no competencia.

- En su escrito de contestación, D. Nicolás puede argumentar que la **acción *quantum minoris*** o acción de **resolución por incumplimiento** se encuentran **fuera de plazo**, si así lo fuera, pues no poseemos datos de fechas concretas (sobre todo, a efectos del presente caso, no conocemos cuándo se supera la pandemia ni cuándo aparece Car4Mi).
- D. Nicolás puede argumentar que **el pacto de no competencia es abusivo**. Este es, probablemente, uno de los argumentos más fuertes con los que cuenta D. Nicolás y al que consideramos que se le puede sacar el mayor provecho.

Pues bien, dentro de nuestro ordenamiento no existe un precepto legal que señale la temporalidad adecuada para los pactos de no competencia adheridos a compraventas de empresas y por ello esta cuestión no ha sido pacífica. Tradicionalmente, la jurisprudencia tendía a aplicar la temporalidad de otros contratos por analogía, y así, se establecía que el límite temporal a los pactos de no competencia en compraventa de empresas era de 2 años.

Más recientemente, la Comisión Europea (Comunicación 2005/C 56/03) ha establecido que cláusulas de no competencia están justificadas siempre y cuando su temporalidad no sea superior a tres años cuando la compraventa de empresa incluya la transferencia de la clientela y de los conocimientos técnicos, y siempre que no sea superior a dos años cuando por la compraventa sólo se traslada el fondo de comercio. La excepción a esta regla general se reserva para las compraventas de empresas que cuenten con una fidelidad de clientes especialmente importante, en cuyo caso, se permite pactar un plazo superior a los establecidos. La jurisprudencia española ha establecido que si i la duración pactada excediese de la legal el acuerdo sería nulo en su origen y no podría reconocérsele efectividad alguna (STS, rec. 2973/2007, de 10 de febrero de 2009).

En cualquier caso, parece muy discutible que Car4U posea una clientela con un grado tan alto de fidelidad, por lo cual, todo apunta a que la cláusula de no competencia del presente caso es temporalmente abusiva. Esta pretensión es perfectamente esgrimible por D. Nicolás en el proceso, la cual, de ser estimada, produciría el efecto de que se reduzca la validez del pacto de no competencia, extendiendo sus efectos únicamente durante el límite de plazo considerado ajustado a Derecho. Si se considera que el pacto de no competencia se encontraba, por lo dicho anteriormente, ya vencido, este argumento le servirá a D. Nicolás para contrariar cualquier presunto incumplimiento de las obligaciones de no competencia expuestas por Aussie LTD.

- Aunque no sea demasiado probable, no descartamos la posibilidad de que D. Nicolás logre demostrar que él no está operando ni directa, ni indirectamente en Car4Mi. De ser así las cosas, se plantearía que dentro del **ámbito subjetivo** del pacto de no competencia sólo se encuentra D. Nicolás y que como no lo está incumpliendo, no es responsable de la competencia desleal de Car4Mi.
- Existe también la posibilidad de que D. Nicolás argumente que el pacto de no competencia es demasiado genérico en cuanto al **ámbito territorial**. Si asumimos que el pacto de no competencia no especificaba ámbito territorial específico, este argumento sería muy útil. Por ejemplo, supongamos que D. Nicolás está incumpliendo el pacto de no competencia porque se encuentra operando en el mercado del *car sharing*, pero en la ciudad de Amsterdam. En ese caso, es cierto que sí se está incumpliendo el pacto, pero parece bastante dudoso que una empresa de *car sharing* en Amsterdam sea una competencia inminente para Car4U, que está localizada únicamente en España. De ser así las cosas, no existiría la concurrencia de daños y perjuicios efectivos en la esfera de Car4U. Por todo ello, cualquier pretensión de incumplimiento de pacto e incluso en materia de

competencia desleal quedaría vacía de contenido. En este sentido, la práctica de la prueba juega un papel fundamental.

- Adicionalmente, es posible argumentar que los potenciales contratos laboral, mercantil e incluso de socios que probablemente vinculan a D. Nicolás con Car4U no contenían una **remuneración *ad hoc*** por el compromiso de no competencia. De ser así las cosas, D. Nicolás podría manifestar que el pacto de no competencia no estaría perfeccionado con lo cual sus conductas no entrarían dentro del ámbito de incumplimiento de dichos contratos.
- Otra línea de defensa que D. Nicolás podría aprovechar es demostrar que **no tiene mala fe**, y que, como sigue siendo socio de Car4U, no tiene ningún interés general de menoscabar a dicha empresa. Creemos que en este sentido lo más importante sería el papel de la prueba, que logre esclarecer que D. Nicolás no está vinculado a Car4Mi sino que, es su pareja quien tiene relación con esta empresa.

3.2. Posible defensa frente a las acciones relativas a competencia desleal.

- En cuanto a la pretensión de competencia desleal por **violación de secretos**, creemos que es posible que D. Nicolás demuestre que la información contenida en el *know how* se trata de meros conocimientos fácilmente adquiridos por los trabajadores de Car4U por la simple experiencia en la empresa.

Teniendo en cuenta que D. Nicolás fundó Car4U en 2010, parece razonable pensar que D. Nicolás cuenta con una amplísima experiencia en el sector, más aún cuando ha sido capaz de sacar adelante a Car4U en el mercado, posicionándose como la empresa referente de *car sharing* en España. En otras palabras, creemos que D. Nicolás tiene un importante mérito en el éxito de Car4U y que no debe ser ignorado al momento de analizar si realmente ha existido una revelación de secretos. Así, al menos en cuanto a la revelación de secretos, es discutible si la información vulnerada proviene realmente de un secreto empresarial o de las capacidades adquiridas por D. Nicolás que, evidentemente, sigue conservando y pretende aprovechar a través de Car4Mi.

- Lo anteriormente explicado está estrechamente relacionado con los presuntos **actos de confusión** y con la imposibilidad de apropiación de todos los mecanismos de un sector tan específico como el *car sharing*. Creemos que es un argumento muy fuerte para Car4Mi en general, ya que, como habíamos comentado, no es posible que una empresa pretenda apropiarse de todas las formas de

presentar el servicio que ofrecen en el mercado. Car4Mi debería de incidir en que es prácticamente inevitable que dentro de este ámbito no existan modelos de negocio iguales, tratando de aportar la mayor prueba posible que sirva para negar la confusión en el consumidor medio.

3.3. Posible defensa frente a las acciones relativas a infracción marcaría.

En este aspecto, observamos que el argumento más fuerte para Car4Mi sería la posible caducidad de la marca. No olvidemos que las marcas tienen una validez inicial de máximo 10 años, contados desde la solicitud de registro, después del cual, caducan. Es cierto que las marcas son perfectamente renovables a instancia de parte, prolongando así la vida de la marca a perpetuidad, por períodos de 10 años. En el presente caso, no consta que se haya realizado una renovación de la marca Car4U, con lo cual, si no se ha seguido el trámite del art. 32 LM, para el año 2020 ya la marca Car4U estaría caducada, en cuyo caso, sería lícita la utilización y explotación de la marca Car4Mi libremente en el mercado.

CONCLUSIONES FINALES

Una vez analizadas todas las cuestiones planteadas en el presente caso, es conveniente recopilar las conclusiones a las que hemos llegado en cada uno de los Capítulos que conforman el presente trabajo.

En cuanto al **Capítulo I**, sabemos que una compraventa de acciones y participaciones es una operación compleja. Es esencial determinar el objeto y la causa del contrato “*share deal*” para comprender el ámbito de la transacción. Los desperfectos en los activos dentro de esta compraventa “*share deal*” pueden tener mayor o menor relevancia dependiendo de la interpretación que se dé a la compraventa, y el debate jurisprudencial al respecto no es pacífico. La mayor problemática surge cuando se atiende al fin último perseguido por las partes, que no parece ser la mera venta y adquisición de capital social, sino una auténtica explotación de la empresa como un todo, incluyendo la flota de coches averiados. Es decir, atendiendo al fin último perseguido por las partes, se puede pensar que estamos ante una compraventa de empresa en sentido amplio, en la que implícitamente se incluyen los activos dentro del concepto de cosa vendida. Asimismo, la concreción que haga el juez en cuanto al tipo de compraventa celebrada servirá para evaluar la viabilidad de acciones civiles como la acción de resolución por incumplimiento y la acción de saneamiento por vicios ocultos.

Además, se ha comprobado en este Capítulo que el *due diligence* tiene una gran importancia en transacciones de esta naturaleza. Dependiendo de la exhaustividad y calidad del *due diligence*, las partes pueden eximirse o no de responsabilidad en cuanto a las irregularidades en lo vendido. Adicionalmente, hemos expuesto que el *due diligence* es la base de los acuerdos de asignación de riesgos que las partes realizan dentro del contexto de una compraventa. Estos acuerdos o cláusulas de asignación de riesgos pueden revestir forma de manifestaciones y garantías, por ejemplo, y son útiles para determinar sobre cuál de las partes recae el deber de responder por las contingencias del negocio. En el presente caso se han propuesto varias posibilidades dentro de las cuales, según se haya estipulado, cada parte podría esgrimir varios argumentos para exigir responsabilidad de la otra parte.

Ahora bien, en el **Capítulo II** hemos cambiado radicalmente de tema. Hemos explorado la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, doctrina que sirve para revisar y modular las obligaciones contractuales cuando se producen cambios en las circunstancias que rompen el equilibrio del negocio y generan una excesiva onerosidad sobre la esfera económica de una de las partes. Hemos podido notar que la cláusula *rebus* debe ser ponderada con el principio *pacta sin servanda* y que en su aplicación se debe tratar de preservar la seguridad jurídica en la medida de lo posible.

Tuvimos también la oportunidad de analizar la concurrencia de los requisitos de la cláusula *rebus* en el ámbito de un préstamo bancario concedido a una empresa de *car sharing* que, gracias a la limitación de la movilidad impulsada por las autoridades en respuesta del COVID-19, sufrió severas pérdidas. Sin duda, la crisis sanitaria se considera cubierta bajo el paraguas de las circunstancias extraordinarias que amparan la invocación de la *rebus*, pero surgen dudas en cuanto a la existencia de una excesiva onerosidad. Además, siempre se debe recurrir a la *rebus* en defecto de soluciones internas entre las partes mediante negociación, y en el presente caso, ésta no consta.

Por otro lado, se evaluó la aplicación de una doctrina distinta, llamada fuerza mayor, frente a un contrato de arrendamiento de oficinas a las cuales no se ha podido acceder por localizarse en una zona confinada. Hemos advertido que no existe jurisprudencia al respecto y que es tarea del juez identificar si esta doctrina es adecuada para el caso estudiado en vista de que, al igual que con la cláusula *rebus*, se debe ponderar el principio de *pacta sunt servanda*.

Por último, hemos desarrollado un análisis de los pactos de no competencia, las conductas de competencia desleal y el derecho de marcas en el **Capítulo III**. Uno de los aspectos más importantes de esta sección es que un pacto de no competencia debe ser proporcionado y concreto. Los pactos de no competencia son auténticas obligaciones contractuales, cuyo incumplimiento puede ser impugnado mediante la jurisdicción civil y laboral, e incluso mediante la exclusión de socios regulada por el Derecho de sociedades mercantiles. De la misma manera, resalta la importancia de la legislación de competencia desleal, la cual también brinda un amplio campo para impugnar conductas desleales. Así, hemos observado que, por un lado, en el presente caso el juez tiene la tarea de revisar si el pacto de no competencia acordado es abusivo o no. Al margen de ello, el juez también deberá ser quien aprecie si en el caso concreto existen actos de confusión o si ha habido una inducción a la infracción contractual o una violación de secretos. En adición, pudimos valorar una posible infracción marcaria mediante un examen de confundibilidad e insistimos que la conclusión respecto a este tema también quedará al mejor entendimiento de Derecho del órgano judicial competente.

RELACIÓN DE FUENTES UTILIZADAS

LEGISLACIÓN

Constitución Española (BOE-A-1978-31229).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (BOE nº 45, de 21 de febrero de 2019).

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE nº 10, de 11 de enero de 1991).

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2001).

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (GAZ nº 289, de 16 de octubre de 1885).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid nº 206, de 25 de julio de 1889).

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº 67, de 14 de marzo de 2020).

Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº 145, de 23 de mayo de 2020).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE nº 62, de 13 de marzo de 2021).

Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE nº 91, de 1 de abril de 2020).

Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE nº 112, de 22 de abril de 2020).

JURISPRUDENCIA (en orden cronológico ascendente)

Tribunal Supremo

STS de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957/2164).

STS 31 de enero de 1970 (EDJ 2308).

STS 22 de abril de 1991 (EDJ 4081).

STS 299/1991, de 23 de abril.

STS 8 de julio de 1994 (EDJ 11911).

STS de 28 de septiembre de 1996 (EDJ 6436).

STS 14 de diciembre de 1998, EDJ 30767).

STS 8311/2000, de 15 de noviembre.

STS 24 de febrero de 2006 (EDJ 11479).

STS 899/2007, de 31 de julio.

STS, rec. 2973/2007, de 10 de febrero de 2009, ECLI:ES:TS:2009:870).

STS 458/2009, de 21 de diciembre.

STS 59/2012 de 22 de febrero.

STS 102/2012, de 7 de marzo.

STS 301/2012, de 12 de mayo.

STS 10 de julio de 2012 (EDJ 206485).

STS 1013/2013, de 17 de enero.

STS de 13 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2012).

STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129).

STS 690/2014 de 9 de diciembre (EDJ 228369).

STS 303/2016, de 9 de mayo.

STS de 3 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4871).

Audiencias Provinciales

SAP Jaén de 27 de septiembre de 1996, Rec. 235/96.

SAP La Rioja de 2 de diciembre de 1998, EDJ 37465.

SAP Lleida de 10 de junio de 2010, EDJ 197892.

SAP de Madrid, 18ª, 152/2013 de 5 de abril, Rec. 19/2013.

AAP Barcelona de 17 de septiembre de 2021.

Juzgados

AJdo. de 1ª Inst. Madrid 155/2020 de 30 de abril de 2020, Rec. 310/2020.

SJdo. 1ª Inst. Vitoria-Gasteiz, núm. 2, de 29 de enero 2021, EDJ 2021/724579.

SJdo. de 1ª Inst. Barcelona, núm. 20, de 8 de enero de 2021.

SJdo. d 1ª Inst. Madrid, núm. 20, de 28 de julio de 2021.

TRABAJOS Y OBRAS LITERARIAS

AGÜERA SOCIO, S. y MARTÍN, A. “La cláusula “rebus sic stantibus” y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales”. *Aranzadi Digital*, núm. 1/2014 (BIB 2014\938). <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2014/04/140402-ARANZADI-INSIGNIS-La-cl%C3%A1usula-rebus-sic-stantibus-y-otras-f%C3%B3rmulas-alternativas-utilizadas-en-la-jurisprudencia-.pdf>.

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Derecho civil. Tomo II, Derecho de obligaciones”, *Bosch*, Barcelona, 2002, pp. 468 y ss.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Cuando compras las acciones de una sociedad titular de un hotel porque quieres comprar el hotel, ten cuidado, porque estás comprando papeles, no un hotel”. *Almacén de Derecho*, 14 de febrero de 2010. <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2010/02/cuando-compras-las-acciones-de-una.html>.

ÁLVAREZ, S., “Pandemia, fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus a la luz de la Jurisprudencia”, *Diario La Ley*, nº 9619, 23 de abril de 2020.

BERROCAL LANZAROT, A., “La cláusula *rebus sic stantibus*. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 60, 2014, pp. 199-246.

CARRASCO, Á., “Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o el lobby hacen su agosto”, *Centro de Estudios de Consumo*, 22 de abril de 2020. <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4565-locales-de-negocio-cerrados-por-covid-la-barbarie-o-el-lobby-hacen-su-agosto-segunda-versi%C3%B3n,-reforzada-para-los-incr%C3%A9dulos>.

CARRASCO, Á., “Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor”, *Centro de Estudios de Consumo*, 17 de abril de 2020. <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4541-perm%C3%ADtame-que-le-cuenta-la-verdad-sobre-covid-19-y-fuerza-mayor>.

DE CASTRO Y BRAVO, F. “El negocio jurídico”, Madrid, Civitas, 1985.

GARCÍA CARACUEL, M. “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales”, *Dykinson*, Madrid, 2014.

GARCÍA VICENTE, J., “Sentencia de 21 de diciembre de 2009: Compraventa de acciones y compraventa de empresa: defectos ocultos en el activo principal de la sociedad. Calificación e interpretación de los contratos. Causa de los contratos y móvil causalizado”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 84, 2010, pp. 1736, 1741, 1745. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3307019>.

GILI SALDAÑA, M., “Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 21 de diciembre de 2009 (JUR 2010\24346; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz)”, *InDret*, 2/2010, 2010. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/736_es.pdf.

GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., “Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas”, en Manual de fusiones y adquisiciones de empresas, *Wolters Kluwer*, Madrid, 2016, pág. 423.

GREGORACI, B., “El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, fascículo II, 2020, pp. 455-490.

HERRERA MARTÍNEZ, A., “El contrato de compraventa de activos”, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Madrid, 2016, pág. 396: “En la compraventa de acciones el riesgo máximo puede llegar a exceder el precio satisfecho”.

LOBATO PIÑANA, S., “El sector financiero y la cláusula *rebus sic stantibus*. El impacto reciente de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos de financiación empresarial”, Izaguirre, S. y Perales, P. (dir), *La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos*, edición nº 1, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2021, pp. 381-407.

PANTALEÓN, F., “Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales”, *Almacén de Derecho*, 23 de abril de 2020, <https://almacenederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales>.

PARRA LUCÁN, M., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret*, 4/2015, 2015. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1187_es.pdf.

REDONDO TRIGO, F. “La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009”, *RCDI*, 720 (2010), pp. 1903-1933.

RUIZ ARRANZ, A. “Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19”, *Almacén de Derecho*, 16 de abril de 2020. <https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19>.