



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

CASO PRÁCTICO PARA EL TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Autora: María de los Ángeles Isla Martínez

Especialidad: Derecho de las Relaciones Jurídico-Privadas

Tutor: D. Luis Francisco Bermejo Reales

Madrid
Enero, 2022

Resumen: El 15 de febrero de 2020, el Sr. García y el fondo australiano, Aussie LTD, firmaron un contrato de compraventa por medio del cual el primero vendía al segundo las participaciones sociales representativas de un 80% del capital social que poseía sobre Car4u. En el momento en el que el fondo toma el control de la compañía, comienzan los problemas. Por ello, Aussie LTD solicita asesoramiento jurídico para ver cómo puede hacer frente a los mismos. A lo largo de este trabajo, se pretende asesorar al fondo australiano sobre los siguientes temas: (i) posible resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del mismo; (ii) saneamiento por vicios ocultos; (iii) invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un contrato de préstamo y en un contrato de arrendamiento; e (iv) incumplimiento de cláusula de prohibición de competencia.

Palabras clave: contrato, compraventa, incumplimiento, vicios ocultos, cláusula *rebus sic stantibus*, cláusula no competencia.

Abstract: On 15 February 2020, Mr Garcia and the Australian fund, Aussie LTD, signed a sale and purchase agreement whereby the former sold to the latter the shares representing 80% of the share capital held in Car4u. When the fund took control of the company, problems began to arise. As a result, Aussie LTD seeks legal advice to see how to deal with these problems. The aim of this work is to advise the Australian fund on the following issues: (i) possible termination of the sale and purchase agreement for breach of contract; (ii) liability for hidden faults; (iii) invocation of the rebus sic stantibus clause in a loan agreement and in a lease agreement; and (iv) breach of non-competition clause.

Key words: contract, purchase, breach, hidden faults, rebus sic stantibus clause and non-competition clause.

LISTADO DE ABREVIATURAS:

- **Art.:** Artículo
- **BOE:** Boletín Oficial del Estado
- **C. de Com.:** Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
- **Car4u:** Car4u S.L.U.
- **CC:** Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- **CE:** Constitución Española
- **Covid-19:** Enfermedad por el nuevo coronavirus
- **FJ:** Fundamento jurídico
- **Ídem.:** Citado en la nota inmediatamente anterior
- **LAU:** Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
- **LCD:** Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- **LEC:** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- **Ley de Marcas:** Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas
- **OEPM:** Oficina Española de Patentes y Marcas
- **Op. Cit.:** Obra previamente citada
- **P.:** Página
- **Pp.:** Páginas
- **R&W:** *Representations and Warranties* (en español, Manifestaciones y Garantías)
- **RDL 15/2020:** Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo
- **RIS:** Ramiro Investments, S.A.
- **Sr. García:** Don Nicolas García
- **Sra. Madariaga:** Doña Beatriz Madariaga
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- **TS:** Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN:	5
1.1. Objeto y metodología del trabajo.....	5
1.2. Antecedentes de hecho.....	5
2. PRIMERA CUESTIÓN: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	7
2.1. Naturaleza jurídica del contrato de compraventa.....	7
2.2. Incumplimiento contractual y sus consecuencias: Argumentos a favor	10
2.3. Reclamación de daños	13
2.4. Conclusión	14
2.5. Incumplimiento contractual y sus consecuencias: Argumentos en contra	15
2.6. Conclusión	16
3. SEGUNDA CUESTIÓN: SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS	16
3.1. <i>Reps. and Warranties</i>	16
3.2. Acciones edilicias: Argumentos a favor del saneamiento por vicios ocultos..	17
3.3. Conclusión	19
3.4. Oposición al saneamiento por vicios ocultos: Argumentos a favor.....	20
3.5. <i>Due Diligence</i>	20
3.6. Perito por razón de profesión u oficio	22
3.7. Conclusión	23
3.8. Oposición al saneamiento por vicios ocultos: Argumentos en contra	23
3.9. Conclusión	24
4. TERCERA CUESTIÓN: CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	24
4.1. Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> : Argumentos a favor.....	26
4.2. Solicitud de medidas cautelares <i>inaudita parte</i>	28
4.3. Conclusión	29
4.4. Clausla <i>rebus sic stantibus</i> : Argumentos en contra	30
4.5. Conclusión	32

4.6.	Suspensión rentas de arrendamiento de oficinas: Argumentos a favor.	32
4.7.	Conclusión	35
4.8.	Suspensión rentas de arrendamiento de oficinas: Argumentos en contra.....	35
4.9.	Conclusión	36
5.	CUARTA CUESTIÓN: CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA	36
5.1.	Argumentos a favor de Aussie LTD	37
5.2.	Conclusión	40
5.3.	Argumentos en contra de Aussie LTD	41
5.4.	Conclusión	42
6.	CONCLUSIONES	42
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	45

1. INTRODUCCIÓN:

1.1. Objeto y metodología del trabajo

El objetivo de este trabajo es dar respuesta, desde una perspectiva legal, a los distintos problemas que surgen alrededor del contrato de compraventa firmado entre el Sr. García y Aussie LTD, siendo este último mi cliente.

Para resolver las distintas cuestiones que se plantean he acudido, en primer lugar, a la legislación vigente. A su vez, he buscado jurisprudencia y doctrina jurisprudencial relevante para defender cada postura y finalmente, he intentado aportar opiniones doctrinales para las cuestiones más controvertidas.

Para una mayor comprensión de cada problema legal que se plantea, abordare las cuestiones desde dos perspectivas, una a favor y otra en contra.

1.2. Antecedentes de hecho

En el caso que se nos plantea se puede identificar a:

- **Aussie LTD**: fondo australiano que adquiere las participaciones sociales de Car4u, comprador.
- **Sr. Nicolás García** (“**Sr. García**”): empresario que posee las participaciones sociales de Car4u y decide vendérselas a Aussie LTD, vendedor.
- **Car4u S.L.** (“**Car4u**”): sociedad objeto de la compraventa, lo que en la práctica mercantil se conoce como “*sociedad target*”.

Los hechos del caso pueden resumirse de la siguiente manera:

El 15 de febrero de 2020 el Sr. García y Aussie LTD firmaron un contrato de compraventa por medio del cual el primero vendía al segundo las participaciones sociales representativas del 80% del capital social que este poseía sobre la sociedad Car4u. La sociedad Car4u fue creada por el Sr. García en el año 2010, quien tras realizar un viaje a Estados Unidos descubrió el concepto de *car sharing*.

El negocio del *car sharing* consiste en poseer una flota de coches repartidos por una ciudad de manera que cualquier ciudadano pueda alquilar uno ellos, normalmente el que esté más cerca de él, cuando lo necesite y únicamente durante un tiempo determinado.

El crecimiento de Car4u en España fue asombroso, ya que tan solo 10 años después de su constitución, se convirtió en la empresa española número 1 en *car sharing* y estaba presente en diferentes ciudades del país (Valencia, Barcelona, Málaga y Zaragoza).

Por ello, el fondo australiano contactó con el Sr. García y le comunicó su intención de adquirir un porcentaje de las participaciones sociales de la compañía.

Tras las correspondientes negociaciones, ambas partes llegaron a un acuerdo y firmaron el contrato de compraventa el día 15 de febrero de 2020. Además, ese día, Aussie LTD paga la totalidad del precio (3.5000.000 euros).

Ese mismo día, Car4u (siendo Aussie LTD el socio mayoritario) pide un préstamo bancario para comprar nuevos vehículos. En base a dicho préstamo, Car4u debía pagar intereses de forma mensual y repagar cuotas del principal dos veces al año (en junio y en diciembre). De este modo, el 1 de marzo de 2020 tenía que hacer frente al primer pago de intereses y el 30 de junio de 2020 tenía que hacer frente al pago de la primera cuota de principal.

Pero en el momento en el que Aussie LTD toma el control de Car4u comienzan los problemas.

En primer lugar, a los pocos días de adquirir las participaciones de Car4u, se da cuenta de que la mayor parte de los vehículos están averiados, teniendo que asumir la reparación de los mismos por un importe de 300.000 euros.

En segundo lugar, llega la pandemia del Coronavirus (Covid-19) y el gobierno decreta el estado de alarma en todo el territorio nacional. Esto hace que los ciudadanos no puedan salir de sus casas y, por ende, no alquilen vehículos de Car4u. La economía del país se paraliza y la actividad de Car4u también. Por ello, los ingresos de Car4u disminuyen drásticamente y no cuenta con liquidez para hacer frente al pago de sus obligaciones.

Por último, aparece en el mercado Car4mi, una compañía prácticamente idéntica a Car4u. Esto perjudica gravemente a Car4u, ya que parte de sus clientes, e incluso empresas con las que había suscrito convenios, se pasan a la competencia. Además, por si lo anterior

fuera poco, descubren que la mayor accionista de la empresa Car4mi es la esposa del Sr. García, Dña. Beatriz Madariaga.

2. PRIMERA CUESTIÓN: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

¿Puede Aussie LTD resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García por el hecho de que parte de los vehículos que forman parte de la flota Car4u están averiados? (i) ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie LTD? ¿Qué daños podría reclamar? (ii) ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría el Sr. García?

2.1. Naturaleza jurídica del contrato de compraventa

Como he reflejado en el apartado anterior relativo a los hechos del caso, Aussie LTD es un fondo australiano que decide comprar las participaciones sociales representativas de un 80% del capital social de Car4u, empresa que fundó el Sr. García. De este modo, tras firmar el contrato de compraventa, dicho fondo se convertía en el socio mayoritario de la compañía.

Una vez que adquiere la misma y comienza a explotar el negocio, se da cuenta de que la mayor parte de los vehículos que conforman la flota Car4u están averiados. Se trata de un serio problema, puesto que el negocio principal de la compañía consiste en el alquiler de vehículos y es de ahí de dónde saca la mayor parte de sus ingresos.

Surge entonces la cuestión de si Aussie LTD podría resolver el contrato que el mismo firmó con el Sr. García, por medio del cual adquirió las participaciones de Car4u, alegando incumplimiento contractual de este último por la transmisión de vehículos averiados.

Pues bien, en primer lugar, me centrare en analizar el contrato de compraventa de participaciones sociales firmado por ambas partes.

El contrato de compraventa se encuentra regulado en el artículo 1445 del Código Civil, el cual afirma: *“Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.”*

Por el otro lado, el Código de Comercio regula los contratos de compraventa mercantiles. Así, su artículo 325 recoge: “*Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.*”

En cuanto a sus características, el contrato de compraventa es un contrato:

- **Consensual:** se perfecciona por el mero consentimiento (artículo 1258 CC).
- **Bilateral:** genera obligaciones recíprocas para las partes.
- **Oneroso:** pues ambas partes adquieren un beneficio económico. Para entender esta característica resulta conveniente acudir al artículo 1274 CC, el cual afirma “*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (...)*”.
- **Traslativo de dominio:** se utiliza para transmitir la propiedad.

En relación con lo anterior, el precepto 1261 CC recoge los tres elementos esenciales que deben concurrir para que exista un contrato de compra:

“(…) 1.º *Consentimiento de los contratantes.*

2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato.*

3.º *Causa de la obligación que se establezca.*”

En el caso planteado, el consentimiento se refleja en la intención de obligarse de los contratantes, a través de la firma del contrato y el pago del precio en ese mismo momento por el comprador. El objeto cierto son las participaciones sociales representativas del 80% del capital social de la sociedad Car4u. En este caso, Aussie LTD adquiere las participaciones sociales con los riesgos que ello conlleva. La compraventa de participaciones sociales, “*share deal*”, implica que el fondo australiano adquiere todos los activos y pasivos que hay en la sociedad. Por último, la causa de la compraventa para el Sr. García es el precio total que recibirá, y para Aussie LTD es la compañía (Car4u) que adquiere, todo ello en base al ya comentado artículo 1274 CC.

Una vez definida la naturaleza jurídica del contrato firmado entre ambas partes, podemos afirmar que nos encontramos en este caso ante una compraventa civil.¹ La Sentencia del

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de octubre, núm. 686/2011 (FJ 11)

Tribunal Supremo 686/2011, de 19 de octubre afirma que la compraventa de acciones o de participaciones sociales ha de configurarse como una compraventa civil ya que no se cumple con los requisitos de la compraventa mercantil que recoge el Código de Comercio en su artículo 325, pues los bienes que se adquieren (en este caso, las participaciones sociales) no se obtienen para revenderlos, en la forma en la que se compraron o en otra diferente, con ánimo de lucrarse en dicha reventa.

Además, se trata de un contrato de compraventa de participaciones sociales (*share deal*), por medio del cual el Sr. García se obligó a entregar las participaciones sociales representativas de un 80% del capital social de la empresa Car4u a Aussie LTD, a cambio de que este le pagara un total de 3.500.000 euros, abonados ese mismo día.

Tal y como afirma Alfaro Águila-Real, hay tres formas jurídicas de adquirir el control de una empresa: (i) adquiriendo los activos de la compañía (*asset deal*); (ii) adquiriendo las acciones o participaciones sociales de la compañía (*share deal*); o (iii) a través de una modificación estructural, como es la fusión de la compañía con otra.²

La diferencia principal entre las dos primeras formas de adquirir una empresa (*share deal* o *asset deal*) es que en el primer tipo los compradores asumen un riesgo mayor, ya que al comprar las acciones o participaciones sociales asumen los riesgos de los activos y pasivos que hay debajo de las mismas. Sin embargo, comprar activos de manera individual hace que el adquirente conozca los riesgos que asume y descarte la adquisición de aquellos activos que no le interesen. En derecho anglosajón la selección de activos por parte del comprador es conocida como “*cherry-picking*”.

De los riesgos que asume el comprador al comprar las acciones o participaciones sociales surge la importancia en estos contratos de incluir una lista de manifestaciones y garantías, así como las cláusulas de indemnización en caso de incumplimiento de las mismas. También es esencial realizar una *due dilligence* para investigar los elementos más importantes del negocio en el que se pretende invertir, para que el comprador tome una decisión con la mayor información posible y sea conocedor de los posibles riesgos que asume al adquirir un negocio. Me centrare en detalle en las cláusulas de representaciones

² J, Alfaro., “*Lección. Introducción a la compraventa de empresas (i)*”, 25 de mayo de 2021, (disponible en: <https://almacendederecho.org/leccion-introduccion-a-la-compraventa-de-empresas>; última consulta: 27/12/2021)

y garantías y la *due diligence* en la segunda cuestión relativa al saneamiento por vicios ocultos.

2.2. Incumplimiento contractual y sus consecuencias: Argumentos a favor

Una vez definido el contrato de compraventa firmado entre las partes, pasaré a analizar las consecuencias del incumplimiento del mismo por parte del Sr. García, como vendedor, desde una posición favorable para mi cliente, Aussie LTD.

En nuestro derecho privado, la autonomía de la voluntad de los contratantes es el principio esencial de los contratos. Así, el artículo 1255 CC recoge que las partes de un contrato “(...) pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

Por ello, antes de acudir a las acciones que prevé el Código Civil para el caso de que alguna de las partes incumpla con sus obligaciones contractuales, habrá que atenerse a lo establecido por las mismas. Suponiendo que Aussie LTD y el Sr. García no han incluido en el contrato ninguna cláusula específica que regule las consecuencias en caso de incumplimiento, habrá que acudir al Código Civil.

En el caso que se nos plantea, Aussie LTD entiende que se ha producido un incumplimiento contractual por parte del Sr. García, ya que los vehículos que el último le había entregado eran defectuosos. Presumiendo que efectivamente se produce dicho incumplimiento, procederé a analizar las diferentes acciones que Aussie LTD podrá ejercitar: (i) acción de resolución o rescabimiento, si entiende que se ha producido pleno incumplimiento por parte del vendedor por inhabilidad absoluta del objeto o *aliud por alio*; o (ii) acción de rescabimiento, si entiende que se ha producido un cumplimiento parcial de la obligación, que no supone que la cosa sea totalmente inhábil pero sí que se encuentre en condiciones diferentes a las previstas.³

Aussie LTD defiende que se ha producido un incumplimiento total del contrato, y por ello, no se conforma con ejercitar la acción de rescabimiento, si no que solicita la resolución del contrato que firmó con el Sr. García.

³ Aguilar Gualda, S., “La reclamación por vicios o defectos constructivos: a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.” 2019, pp.1-104.

El artículo 1124 del Código Civil recoge que: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.*

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

Además, el precepto 1101 CC manifiesta 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.”*

Por lo tanto, y en base a la teoría del Código Civil, Aussie LTD podrá optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, además de reclamar los daños y perjuicios correspondientes. Conviene ahora recalcar que el plazo para ejercitar esta acción es de 5 años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación, en función del artículo 1964.2 CC, al tratarse de una acción personal sin plazo especial. Dado que el contrato se firmó el 15 de febrero de 2020, Aussie LTD deberá de ejercitar esta acción antes de febrero de 2025.

En línea con lo anterior, el Tribunal Supremo ha afirmado en numerosas ocasiones que es doctrina reiterada que nos encontramos ante *aliud pro alio* o entrega de una cosa por otra, *“(...) cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los arts. 1101 y 1124 del Código Civil.”*⁴

Asimismo, avala el Alto Tribunal que dicha inhabilidad debe impedir obtener de la cosa vendida el fin que motivó su adquisición, sin que el comprador pueda alegar la existencia de una insatisfacción subjetiva.⁵

El debate surge en torno a determinar si la venta de vehículos averiados supone pleno incumplimiento contractual por parte del Sr. García y la insatisfacción objetiva de Aussie

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 14 de octubre núm. 2000/35349 (FJ 3)

⁵ *Ídem.*

LTD, en base a que los vehículos son impropios para el uso al que se destinan. O si, por el contrario, se trata de una insatisfacción subjetiva del comprador y, por lo tanto, no es merecedor de la protección que recoge el Código Civil en sus artículos 1124 y 1101.

Como afirma Alfaro Águila-Real, los contratos de compraventa de empresas se celebran en torno a las cualidades de los activos de las empresas cuyas acciones o participaciones sociales se adquieren. Por ello, para decidir si se ha producido un incumplimiento, el estado de dichos activos y pasivos es decisivo.⁶ Aussie LTD deberá probar que efectivamente el estado de los vehículos es defectuoso, y que ello le impide obtener el fin que motivó la adquisición de las participaciones sociales de la empresa.

Resulta incuestionable que el hecho de que parte de los coches estén averiados impide explotar el negocio de *car sharing*. La definición técnica de *car sharing* afirma que este tipo de negocio se configura como “*un sistema para compartir vehículo a través de una empresa que utiliza una plataforma digital para poner en contacto a los usuarios.*”⁷ De esta definición se deduce que los coches son esenciales para desarrollar el negocio, y que, por lo tanto, si estos están averiados no es posible llevar a cabo la actividad empresarial.

Los vehículos (objeto de la compraventa) no cumplen con el fin para el que se adquirieron, ya que al ser defectuosos no permiten su normal uso. En consecuencia, el comprador no puede lograr la finalidad que esperaba de los mismos cuando los compró, pues no puede alquilarlos y, por ende, no puede desarrollar su actividad empresarial.

En este sentido, sostiene el Alto Tribunal que el incumplimiento más grave de la obligación de compraventa se origina cuando el vendedor entrega una cosa diferente a lo que se había pactado, dando paso a la posibilidad de resolver el contrato. Entiende el Tribunal que la entrega de una cosa diferente a lo pactado ha de interpretarse como un incumplimiento “*(...) objetivo, básico, (...)*” que justifica la resolución del mismo.⁸

A mi parecer, si el defecto en los vehículos hace que no puedan circular, o puedan poner en riesgo la vida de aquellos que los conduzcan (a pesar de que sí que puedan circular),

⁶ J, Alfaro., “*La compraventa de empresas (v): Patología y remedios frente al incumplimiento*” 4 de agosto de 2021, (disponible en: <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-v-patologia-y-remedios-frente-al-incumplimiento>; última consulta: 27/12/2021)

⁷ Carazo Alcalde, J., “*Economipedia*” (Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/carsharing.html>; última consulta: 28/12/2021)

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de junio, núm. 317/2015 (FJ 2.1.)

estos serán impropios para el uso que se destinan. Es de sentido común que quien quiera alquilar un coche no lo hará si este adolece de grandes defectos.

Por todo ello, entiendo que en este caso Aussie LTD sí podría alegar incumplimiento contractual por parte del Sr. García, al entregar una cosa diferente a lo pactado o *aliud pro alio*, que le impide desarrollar el negocio de *car sharing*, exigiendo la resolución del contrato de compraventa firmado entre ambos y la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados.

2.3. Reclamación de daños

Una vez expuestas las razones por las que se entiende que se ha producido un incumplimiento contractual por parte del Sr. García y que Aussie LTD puede acogerse a la acción de resolución que recoge el artículo 1124 CC, pasare a identificar los daños que le podrá reclamar como comprador.

Como afirma Fayos Galdó, el derecho de responsabilidad civil pretende establecer la manera de compensar a quien sufre un daño, determinando quien deberá compensarle y como deberá de hacerlo.⁹

A su vez, Roca Navarro sostiene que el derecho de daños tiene tres funciones: (i) una función resarcitoria, consistente en la reparación del daño; (ii) una función sancionadora, que busca castigar a quien produce el daño; y (iii) una función preventiva, que busca mentalizar a las personas que puedan causar un daño de que no lo hagan. La mayor parte de la doctrina defiende que el derecho de responsabilidad civil tiene una función compensatoria, dejando la función sancionadora dentro del ámbito del derecho penal.¹⁰

Tanto el artículo 1124 CC como el artículo 1101 CC recogen que la parte perjudicada, esto es, quien sufre el daño, podrá solicitar que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos. O lo que es lo mismo, que quienes contravienen el tenor de sus obligaciones estarán obligados a indemnizar por los daños y perjuicios causados.

Igualmente, el Tribunal Supremo defiende que el incumplimiento contractual supone un daño por sí mismo. Así, en su sentencia de 22 de junio de 2010, sostiene que la los daños y perjuicios que se soliciten como consecuencia del incumplimiento contractual de una

⁹ Fayos Galdo, A., “Derecho Civil: Manual de Derecho de Obligaciones.” 2016.

¹⁰ *Ídem*.

de las partes “(...) *deben probarse, pero sin obviar que la ineficacia producida por el incumplimiento de la otra parte contractual, por regla general produce un daño per se, como frustración en la economía de la que ha sufrido el incumplimiento y, por ende, la ineficacia del contrato.*”¹¹

De las palabras del Alto Tribunal se extrae que el simple hecho de que una de las partes incumpla con lo pactado en un contrato, supone un daño para la otra parte, quien tenía unas expectativas acerca de lo que habían pactado que no se han cumplido.

Los daños que Aussie LTD podrá reclamar al Sr. García son dos: daño emergente y lucro cesante, en virtud del precepto 1106 CC, el cual recoge que la indemnización comprenderá “(...) *no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (...)*”

El daño emergente hace referencia a la pérdida realmente sufrida, incluyendo los daños morales. El lucro cesante es el beneficio dejado de obtener como consecuencia del daño soportado. En el caso planteado, el daño emergente que sufre Aussie LTD son 300.000 euros, que es el precio que cuesta la reparación de los vehículos averiados. El lucro cesante son todos los ingresos que Aussie LTD no va a obtener el tiempo que dichos coches estén inoperativos, hasta que los repare o reemplace por otros nuevos.

Para calcular con mayor exactitud la cantidad dineraria que deberá de abonar el Sr. García a Aussie LTD por los daños que le ha causado como consecuencia del incumpliendo contractual de este, es recomendable acudir a un perito económico especializado.

En caso de que el Sr. García y Aussie LTD no sé pongan de acuerdo, o el Sr. García no esté dispuesto a pagar la cantidad que el comprador le reclame, será necesario acudir a los juzgados de la jurisdicción civil.

2.4. Conclusión

En resumidas cuentas, la entrega de vehículos defectuosos implica un incumplimiento contractual por parte del Sr. García, ya que, Aussie LTD no podrá explotar el negocio de *car sharing* y, por lo tanto, el fin por el que celebró dicho contrato se ve totalmente frustrado. Todo ello encuentra su justificación la doctrina del *aliud pro alio*, o la entrega

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de junio, núm. 317/2015

de una cosa diferente a lo pactado, en base a los artículos 1124 y 1101 CC. Por ello, Aussie LTD podrá solicitar la indemnización por los daños y perjuicios que el Sr. García le ha ocasionado, y este último estará obligado a resarcirle. La jurisprudencia del TS afirma que el simple hecho de incumplir un contrato ya supone un daño por sí mismo, pero, además, el comprador podrá solicitar indemnización por: (i) el precio total de la reparación de los vehículos (daño emergente); y (ii) por los ingresos que ha dejado de percibir el tiempo que no pudo alquilar tales vehículos (lucro cesante).

2.5. Incumplimiento contractual y sus consecuencias: Argumentos en contra

A continuación, me centraré en analizar los argumentos en contra que podría alegar el Sr. García para defender que no existe incumplimiento contractual por su parte.

Pues bien, la opción más sencilla, aunque quizás no la más ventajosa para el vendedor, es alegar que no existe *aliud pro alio* o entrega de cosa distinta a lo pactado, ya que la existencia de defectos en los vehículos entraría dentro del régimen de saneamiento por vicios ocultos recogido en el artículo 1484 CC. En la segunda cuestión analizaré en más detalle que ha de entenderse por vicio oculto y los requisitos que exige la jurisprudencia para que el comprador pueda reclamar el saneamiento. Igualmente, resulta conveniente mencionar aquí la principal diferencia entre la existencia de un vicio oculto o la entrega de una cosa diferente a lo pactado. La primera, podrá tener como consecuencia la resolución del contrato, mientras que la segunda, tendrá como consecuencia la rescisión del mismo que, en virtud del artículo 1295 CC, “(...) obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses (...)”.

En línea con lo anterior, el Supremo exige como requisito para la aplicación de la doctrina de *aliud pro alio* que exista “(...) inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió (...)”,¹² dando lugar a la resolución del contrato.

Por todo ello, Sr. García podrá defender que no se cumple con dicho requisito, ya que cuando Aussie LTD compra las participaciones sociales de Car4u (objeto de la compraventa) lo que realmente está comprando es el negocio, es decir, todos los activos y pasivos que hay debajo de dichas participaciones sociales. El hecho de que parte de los vehículos estén averiados no implica que no pueda cumplir con la finalidad para la que

¹² *Ídem.* (FJ 2.1.)

compró las participaciones, esto es, desarrollar el negocio de *car sharing*, y, por lo tanto, no podría exigirse el incumplimiento contractual.

2.6. Conclusión

En conclusión, el hecho de que los vehículos estén averiados no implica que se produzca una entrega de cosa distinta a lo pactado, pues se han transmitido las participaciones sociales representativas del 80% del capital social de Car4u. Cuando Aussie LTD adquirió las mismas, lo hizo con la intención de tomar el control del negocio, y por lo tanto, asumió los riesgos que ello conlleva, esto es, que haya defectos en alguno de los activos (en este caso, en los coches).

Sin embargo, no todos los vehículos están averiados, por lo que sí puede seguir explotando el negocio de *car sharing* que, después de todo, era el fin del contrato.

3. SEGUNDA CUESTIÓN: SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

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

3.1. *Reps. and Warranties*

Como punto de partida habrá que revisar el contrato de compraventa de participaciones sociales (*share deal*) firmado por ambas partes y ver si se ha excluido el régimen de responsabilidad del Código Civil y, por el contrario, se ha incluido un listado de declaraciones sobre el objeto de la compraventa, y más concretamente, sobre el estado de los vehículos.

En la práctica, es habitual incluir en los contratos de compraventa de empresas una lista de declaraciones y garantías, conocidas como “*Reps. and Warranties*” (en adelante, “R&W”). Estas cláusulas se utilizan para asignar los riesgos que puedan derivar del contrato entre las partes. A través de las mismas, el vendedor realiza una serie de afirmaciones sobre el estado del objeto del contrato (*representations*), garantizando que dichas afirmaciones son auténticas y veraces. Lo que se busca es poner a disposición del

comprador la facultad de reclamar al vendedor en el caso en el que dichas declaraciones que ha efectuado resulten ser falsas inexactas o incompletas (*warranties*).¹³

En muchas ocasiones es conveniente añadir el régimen de R&W en los contratos de compraventa para determinar la asignación de riesgos entre comprador y vendedor, ya que ofrece ventajas frente a la normativa recogida en el Código Civil. Por ejemplo, frente al saneamiento por evicción, ya que este exige una sentencia firme y se refiere únicamente a las acciones o participaciones sociales, lo que dificulta y alarga la reclamación. También ofrece ventajas respecto al saneamiento por vicios ocultos, ya que el plazo legal para ejercitarlo es de 6 meses, mientras que en las R&W puede ser más flexible.

Esta figura tiene su origen en el derecho anglosajón. En España, no existe una figura legal equivalente, sin embargo, su incorporación en los contratos de compraventa encuentra su fundamento en el Código Civil, en concreto en el precepto 1.255 CC: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”*

3.2. Acciones edilicias: Argumentos a favor del saneamiento por vicios ocultos

Partiendo de la base de que no se han incorporado en el contrato de compraventa firmado por Aussie LTD y el Sr. García un listado de manifestaciones y garantías, analizaré en detalle las acciones que prevé el Código Civil para estas situaciones.

En lo que respecta al saneamiento por vicios ocultos, el artículo 1.484 CC establece que;

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

Asimismo, el precepto 1.485 CC recoge: *“El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase.*

¹³ Lefebvre, F., Memento Contratos Mercantiles, Madrid, 2019-2020, p.1311

Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido.”

Por ello, el saneamiento por vicios ocultos se entiende como una obligación del vendedor con el comprador para aquellos casos en los que el objeto de la compraventa estuviera viciado hasta tal punto que se impida, o se disminuya, el uso propio del mismo. Todo ello de tal forma que el comprador, si lo hubiera sabido, no lo hubiera comprado, o, en el caso de comprarlo, hubiera pagado un precio inferior.

Una vez examinada la legislación vigente relativa al saneamiento por vicios ocultos, cabe plantearse si Aussie LTD puede exigir al vendedor, el Sr. García, el saneamiento.

La sentencia del Tribunal Supremo número 777/2005, de 17 de Octubre de 2005,¹⁴ recoge aquellos requisitos que deberán concurrir para que el vendedor sea responsable de los vicios ocultos del objeto de la compraventa. Así, se requiere:

1º. El vicio ha de ser oculto, es decir, que no pueda verse fácilmente.

En este caso, Aussie LTD afirma haber realizado una *due diligence* exhaustiva y, aun así, no había podido apreciar la existencia de tales defectos. Por ello, los vicios eran no aparentes y encajarían dentro de este requisito.

2º. El vicio ha de ser anterior a la venta, ya que el objeto de la compraventa debe entregarse en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (artículo 1468 CC).

Aussie LTD deberá de probar que efectivamente el vicio existía en el momento de perfeccionarse la compraventa. Como los defectos de los coches se aprecian pocos días después de firmar el contrato, es evidente que existían en dicho momento.

3º. El vicio ha de ser grave.

Para entender que ha de entenderse por grave, basta con acudir al artículo 1484 CC. El mismo afirma que será un vicio oculto aquel que hace que la cosa sea impropia para el uso al que se destina, o aquel que disminuya tanto su uso, que, de haberlo sabido el comprador, no hubiera adquirido la cosa objeto de la compraventa. En este caso, Aussie LTD adquiere Car4u con la finalidad de explotar el negocio a través de alquiler de

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 17 de octubre, núm. 777/2005

vehículos, si los vehículos son defectuosos, y no pueden alquilarse, es evidente que son impropios para el uso para el que se destinan.

4º. La acción ha de ejercitarse dentro del plazo legal, siendo este plazo de 6 meses, en base al precepto 1490 CC, contados desde la entrega de la cosa vendida.

En este caso, desde el día 15 de febrero de 2020 que se firma el contrato y se paga la totalidad del precio. Asimismo, es importante tener en cuenta que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción.

Pues bien, dado que se cumplen los requisitos que la doctrina jurisprudencial viene exigiendo para reclamar el saneamiento por vicios ocultos, Aussie LTD estaría facultado para iniciar tal reclamación frente al Sr. García, quien estaría obligado responder por los vicios ocultos de los vehículos que le transmitió al fondo australiano al formalizar la compraventa.

Igualmente, el artículo 1486 CC le otorga la facultad a Aussie LTD de optar entre ejercitar: (i) la acción redhibitoria, que consiste en desistir del contrato, devolviendo el precio pagado; (ii) la acción *quantum minoris*, que consiste en que se rebaje una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos; o (iii) exigir la indemnización de daños y perjuicios en caso de que el vendedor haya obrado de mala fe por conocer los vicios ocultos y no comunicarlo.

3.3. Conclusión

Desde mi punto de vista, Aussie LTD tiene dos opciones dependiendo de si quiere seguir con el negocio de Car4u, o si, por el contrario, decide no hacerlo y desistir del contrato que firmó con el Sr. García.

En el caso de que Aussie LTD quisiera mantener el control que posee sobre la empresa Car4u, le recomendaría que optase por la acción *quantum minoris*, ya que si se rebaja el precio podrá compensar el precio que le cueste la reparación de los vehículos y las ganancias dejadas de percibir, pero podrá seguir explotando el negocio. En el caso contrario, le recomendaría que desistiera del contrato, devolviendo el precio que pagó.

Por lo tanto, la diferencia esencial frente a la pregunta anterior relativa al incumplimiento contractual, es que en ese caso se resolvía el contrato por una causa sobrevenida que aparece una vez que el mismo se ha perfeccionado (en este caso el incumplimiento de las

obligaciones por parte del vendedor), sin embargo, en el caso de los vicios ocultos se opta por rescindir el contrato, es decir, se deja sin efecto, pues había un defecto (vicio oculto) en el momento en el que el mismo se celebró.

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

3.4. Oposición al saneamiento por vicios ocultos: Argumentos a favor

A continuación, analizaré los posibles argumentos que podría alegar el Sr. García para defender que no es posible aplicar al caso planteado lo previsto en el artículo 1484 CC, y a que Aussie LTD deberá arrebatar.

3.5. *Due Diligence*

En este sentido es importante definir qué se entiende por *due diligence*. En español, esta figura puede traducirse como “diligencia debida”, sin embargo, no existe una traducción que refleje su auténtico significado, por lo que en la práctica se utiliza el término inglés.

La *due diligence* hace referencia a un proceso de investigación, revisión detallada o verificación de los distintos aspectos financieros, fiscales, legales, técnicos y operativos de una empresa o grupo de empresas, normalmente en el contexto de una transacción mercantil, y conforme a un alcance anteriormente determinado.¹⁵

El objetivo principal de la misma es obtener información sobre los elementos claves del negocio que se pretenden adquirir para que el comprador pueda tomar una decisión debidamente formada. Desde la perspectiva del comprador, tiene numerosas ventajas, pero también alguna desventaja.

Las ventajas, como comentábamos, es que permite conocer en profundidad los elementos claves de la sociedad *target*, y conocer así los posibles riesgos que pueda asumir el comprador al adquirirla, para posteriormente, tomar una decisión adecuadamente

¹⁵ Lefebvre, F., Memento Sociedades Mercantiles, Madrid, 2021, p.8690

formada. La desventaja, es que una vez realizado el proceso de *due diligence* es complicado reclamar que existían vicios o defectos en el objeto de la compraventa, puesto que se ha realizado un análisis completo de los activos y pasivos de la compañía.

Volviendo al caso planteado, surge ahora la cuestión de si Aussie LTD puede reclamar saneamiento por vicios ocultos al Sr. García después haber realizado una exhaustiva *due diligence*. A continuación, explicaré los argumentos que podría utilizar el Sr. García para defender que la realización de una *due diligence* impide al comprador acogerse al régimen de los vicios ocultos previsto en el artículo 1484 CC.

Aussie LTD es un fondo de inversión que se dedica a invertir en compañías de todo tipo. Además, no es la primera vez que invierte en una empresa de *car sharing*, ya que tiene participaciones en cuatro empresas dedicadas a lo mismo en Vancouver, Boston, Sydney y Roma. Por lo tanto, es innegable que el comprador sabe perfectamente cómo funciona el negocio y la importancia del buen funcionamiento de los vehículos para el mismo. Como es lógico, una empresa que se dedica al alquiler de coches debe conocer en todo momento cual es el estado de los mismos, ya que sin estos no hay negocio.

Cuando contrata a un equipo para realizar la *due diligence*, debería de haberse asegurado de que se revisaba cual era el estado de los vehículos. Es muy sencillo, a través de la propia revisión de los papeles de los coches podría haberse asegurado de que no había ningún defecto (por ejemplo, que había pasado la última ITV) o haber solicitado que se realizara una revisión por parte de un experto antes de adquirirlos.

Por todo ello, se entiende que es los defectos en los activos es un riesgo que asumió Aussie LTD al adquirir el control de Car4u con la compra de las participaciones sociales y no haber investigado sobre el estado de dichos activos (vehículos), y que, por lo tanto, no podrá reclamarle al vendedor el saneamiento por los vicios ocultos.

En línea con lo anterior, afirma la Audiencia Provincial de Barcelona que resulta evidente que “(...) *si tras el desarrollo de la due diligence se reitera el interés y el "compromiso con la transacción" no es sino porque la compradora, a través de la documentación y demás información aportadas por la vendedora, consideró en su momento que contaba*

*con todos los datos necesarios de la empresa que se proponía adquirir para formarse un criterio cabal sobre la conveniencia o no de la compraventa (...)*¹⁶

Aussie LTD tuvo acceso a toda la información de la sociedad *target* y, aun así, decidió continuar con la compraventa. Como comentaba anteriormente, siendo los vehículos esenciales para el negocio, y teniendo a su disposición información sobre los mismos, debería de haberse percatado de la existencia de tal contingencia, y, por lo tanto, ahora no le queda más remedio que asumir el riesgo de no haberlo hecho.

3.6. Perito por razón de profesión u oficio

La segunda parte de artículo 1484 CC excluye del régimen de saneamiento por vicios ocultos a aquellos compradores que se consideren peritos por razón de su profesión u oficio, y que, en consecuencia, deban fácilmente conocer fácilmente los defectos, sean manifiestos a la vista o no. Por ello, habrá que determinar si Aussie LTD es un perito a la luz de dicho precepto.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de julio de 1984, aporta una definición de perito. Así, el mismo afirma que: *“(...) ya que la expresión perito a que se refiere el citado artículo mil cuatrocientos ochenta y cuatro hay que entenderlo no en el sentido técnico de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales, lo que indudablemente es de apreciar en quien, como los relacionados compradores-demandados, explotan una empresa para la realización de productos con determinados materiales, pues que la normal lógica impone quien fabrica deba conocer las adecuadas calidades del material a emplear en la fabricación (...).”*

Cuando el precepto 1484 CC habla de perito, no se refiere a aquella persona que tenga un título profesional como tal, sino a aquellas personas físicas o jurídicas que, por su actividad profesional, tenga cualidades para conocer las características del negocio. Aplicando esta definición al caso planteado, y en relación lo expuesto en el apartado anterior, no es la primera vez que Aussie LTD invierte en una empresa de *car sharing*, ya que tiene participaciones en cuatro empresas dedicadas a lo mismo en Vancouver, Boston,

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 3 de junio 2020, núm. 118/2020 (FJ 3)

Sídney y Roma. Por todo ello, sabe cómo funciona el negocio de coches compartidos y de la importancia de estos. Por ello, el Sr. García podrá alegar que el fondo australiano no puede acogerse al régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil.

3.7. Conclusión

Por todo lo expuesto, existen argumentos a favor del Sr. García para defender que Aussie LTD no puede exigirle el saneamiento por vicios ocultos. El comprador realizó una *due diligence* exhaustiva y, por lo tanto, tenía acceso a la información de la sociedad target, pudiendo haber investigado fácilmente sobre el estado de los vehículos, que además resulta crucial en un negocio como el *car sharing*. Asimismo, dado que Aussie LTD ha invertido en más compañías de *car sharing* en diferentes países del mundo, es conocedor negocio y, por lo tanto, encaja adentro de la definición de perito que aporta el artículo 1484 CC y explica el Tribunal Supremo.

Tal y como afirma la Audiencia Provincial de Barcelona, “*Que se trate de una contingencia no significa que constituya un vicio oculto, y no lo es porque se ha identificado, o al menos la compradora y sus asesores se encontraban indiscutiblemente en predisposición para detectarlo, tanto por la documentación facilitada por la vendedora como por la experiencia y cualificación profesional de aquellos asesores, en los términos apuntados.*”¹⁷

Por todo lo expuesto, Aussie LTD tendrá que defenderse de las afirmaciones del Sr. García y aportar argumentos en contra a la oposición del saneamiento por vicios ocultos.

3.8. Oposición al saneamiento por vicios ocultos: Argumentos en contra

La vendedora defiende que Aussie LTD no podría acogerse al régimen de saneamiento por vicios ocultos ya que (i) realizó una exhaustiva *due diligence*; y (ii) es un perito por razón de su profesión u oficio. No obstante, existe una opción a la que podría acogerse el fondo australiano para negar la oposición al saneamiento por vicios ocultos y es la mala fe del Sr. García.

¹⁷ *Ídem.* (FJ 4)

Uno de los principios generales del derecho privado es el principio de buena fe. Tanto el artículo 7.1 CC como el artículo 1258 CC recogen la regla general de cumplimiento de los deberes y obligaciones conforme a las exigencias de la buena fe.¹⁸ En el caso en el que el Sr. García conociera los defectos de los coches y no hubiera informado a Aussie LTD cuando firmaron el contrato de compraventa, se entenderá que este actuó de mala fe.

En línea con lo anterior, dice el precepto 1269 CC, “*Hay 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.*”

En base al artículo 1485.2 y 1486 CC, Aussie LTD podría agravar la responsabilidad del Sr. García derivada de la existencia de vicios ocultos, o añadir una indemnización por los daños y perjuicios causados. Además, podría haberse de dolo incidental, en virtud del artículo 1270 CC, ya que el vendedor conocía los defectos de los coches y aun así continuó con la compraventa.

Por todo ello, es irrelevante que Aussie LTD hubiera realizado una *due diligence* exhaustiva o que se considere un perito por razón de su profesión, ya que el Sr. García había maquinado una forma de que el mismo no se percatara de los defectos, actuando con mala fe.

3.9. Conclusión

Por todo ello, se entiende que en el supuesto en el que el Sr. Gracia conociera el mal estado de los vehículos, lo que es altamente probable ya que la mayor parte de estos estaban averiados y era él quien explotaba el negocio de Car4u, Aussie LTD le podría exigir responsabilidad por dolo incidental, independientemente de si el fondo australiano es un perito o si realizó una *due diligence* exhaustiva.

4. TERCERA CUESTIÓN: CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

¹⁸ Lacaba Sanchez, F., “Pacta Sunt Servanda versus Rebus sic Stantibus”, Revista de Derecho vLex, abril 2020, Núm. 191, Pp. 1-15 (disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/pacta-sunt-servanda-versus-843984402> ; fecha de última consulta: 29/12/2021)

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

En el caso planteado se paraliza totalmente la actividad de la empresa Car4u debido a la pandemia del Coronavirus (Covid-19). Los ciudadanos no salen de sus casas ya que el Gobierno aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, a través del cual se decretó el estado de alarma en todo el territorio nacional para hacer frente a la expansión de dicho virus. En consecuencia, no se alquilaron coches y, por lo tanto, el tiempo que el estado de alarma estuvo vigente Car4u no obtuvo ingresos. Todo ello hizo que viera necesario incluir a la mayor parte de sus empleados en los correspondientes Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, y los resultados de la empresa disminuyeran de manera significativa.

Car4u carece de liquidez para hacer frente a los pagos que debe en el préstamo bancario que obtuvo para invertir en la compra de nuevos vehículos cuando Aussie LTD adquirió las participaciones sociales de la compañía.

Para intentar paliar esta situación, Car4u presenta ante los juzgados una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* (sin audiencia a la otra parte) para suspender durante un año el pago de los intereses devengados, así como las cuotas de principal pagaderas en agosto y en diciembre de 2020 invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.

Surge ahora la duda de si puede invocarse, o no, dicha cláusula por el deudor en un contrato de préstamo.

Con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se acepta que una importante variación de las circunstancias, imprevisible por las partes, pueda dar lugar a la resolución del contrato o la modificación de los términos contenidos en el mismo, para que las prestaciones entre las partes vuelvan a estar equilibradas.¹⁹

Es evidente que la crisis económica y sanitaria que ha provocado el Covid-19 ha tenido un gran impacto en el derecho de obligaciones y contratos.

¹⁹ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación en las operaciones inmobiliarias” Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2018, p.118. (disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5895/documento/art011.pdf?id=8347> ; fecha de última consulta: 28/12/2021)

A continuación, ofreceré dos puntos de vista sobre la aplicación de esta cláusula tan excepcional para modificar lo pactado por las partes en un contrato, y sobre su aplicación concreta al caso planteado.

4.1. Cláusula *rebus sic stantibus*: Argumentos a favor

Para una mejor comprensión de la citada cláusula, resulta conveniente acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha ido evolucionando a lo largo de los años al respecto.

En un primer momento, el Alto Tribunal solicitaba la concurrencia de manera cumulativa de los siguientes requisitos:²⁰

“1. Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes en el tiempo de su celebración.

2. Desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones.

3. Que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias totalmente imprevisibles.”

Con la crisis económica y social que sufrió España entre los años 2008 y 2012, aumentaron las demandas en la jurisdicción civil solicitando la aplicación de cláusula *rebus sic stantibus*. El quid de la cuestión radicó en determinar si podía utilizarse la crisis económica como fundamento para justificar la aplicación de esta cláusula por las partes contratantes. La pandemia del Covid-19 también ha provocado una gran crisis económica en España que, inevitablemente, no ha dejado indiferente a nadie. Por ello, recientemente han aumentado las demandas solicitando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para dejar sin efecto aquellos contratos que se han visto afectados como consecuencia de la pandemia.

Las conclusiones que pueden extraerse de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo y que Lacaba Sanchez sintetiza de manera muy clara son las siguientes:

1. El Tribunal prevé la cláusula como algo excepcional. Sin embargo, las crisis sufridas en España han hecho que la doctrina se vuelva más laxa al respecto y que se hayan

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de noviembre de 1992

admitido las situaciones de crisis económica como causa justificante para la alteración de las cláusulas contenidas en los contratos. Esta flexibilización encuentra su fundamento en los textos y proyectos europeos en materia de contratación, como, por ejemplo, los Principios Unidroit o PECL (*Principles of European Contract Law*).

2. La aplicación de la misma ha de ser *ad casum*, es decir, para el caso concreto que se plantee. No puede admitirse la cláusula *rebus sic stantibus* como un remedio generalizado y aplicable a cualquier contrato.

3. En ningún caso la aplicación de esta cláusula supondrá la resolución del contrato, pero si su modificación “*ponderando los intereses en juego*”.

4. Será importante tener en cuenta la supuesta incapacidad de pago del adquirente, y la posibilidad o no de uno de las partes de obtener financiación.

5. Por último, esta cláusula se suele aplicar en contratos de larga duración.

La reciente jurisprudencia del TS sostiene que: “(...) *la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (STS Pleno 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819) . Es condición necesaria para la aplicación de la regla rebus la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo (...) No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato, (...)*”²¹

Por lo tanto, y siguiendo la doctrina del Supremo, sí podría entenderse la crisis tanto económica como sanitaria que ha provocado el Covid-19 un justificante para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato firmado entre el Sr. García y Aussie LTD. Además, el comprador no pide la resolución del contrato, sino la suspensión durante un año del pago de los intereses devengados, así como las cuotas de principal pagaderas en

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de julio, núm. 452/2019 (FJ 3)

agosto y diciembre de 2020. No solicita que se resuelva el contrato, sino que se suspendan de manera temporal sus obligaciones. Aussie LTD no tiene liquidez debido a la paralización de la economía en el país, como consecuencia de la pandemia del Covid-19, pero una vez que regrese la normalidad, la compañía retomará su actividad y podrá hacer frente a sus obligaciones.

4.2. Solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*

En cuanto a la solicitud de la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, haré referencia al Auto número 155/2020, de 30 de abril, del Juzgado de Primer Instancia n.º 60 de Madrid.

En el mismo, se adoptaron medidas cautelares que consistían en la suspensión temporal de determinadas obligaciones de la parte deudora en un contrato de financiación, y la prohibición a la parte acreedora de resolver dicho contrato, así como dar por vencido el préstamo o ejecutar las garantías del mismo y reclamar su reembolso.²²

El Juzgado basa su pretensión en el artículo 733.2 de la LEC, el cual afirma: “(...) *cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.*”

Por lo tanto, los requisitos que se exigen para adaptar las medidas cautelares consisten en: (i) acreditar la existencia de razones de urgencia; o (ii) justificar que la celebración de la audiencia previa puede poner en riesgo la finalidad de la medida cautelar. Se deduce de las palabras del Juzgado que no han de darse de manera cumulativa, sino que bastará con que se cumpla una de ellas.

Por otro lado, hace mención el Juzgado a los requisitos generales para la adopción de medidas cautelares. Los presupuestos que exige la LEC y que viene recogidos en el artículo 728.1 son los siguientes:²³

²² Auto del Juzgado de Primera Instancia (n.º 60 de Madrid), de 30 de abril, núm. 155/2020

²³Banaloche Palao, J. y Cubillo López I.J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil 3ª Edición*, La Ley, Madrid, 2016. Pp. 441-445.

1. ***Fumus boni iuris*** o **apariencia de buen derecho**: han de existir razones que, en principio, justifiquen lo que se está pidiendo.

2. ***Periculum in mora*** o **peligro por la mora procesal**: ha de existir un riesgo objetivo que pueda impedir la posible ejecución de la sentencia condenatoria si no se adopta la medida cautelar solicitada.

3. **Prestación de caución**: para cubrir los daños y perjuicios que puedan causar al demandado la adaptación de las medidas cautelares solicitadas.

En línea con lo anterior, afirma Banaloché Palao que también podrán adoptarse, de manera excepcional, medidas cautelares *inaudita parte*. Para la adopción de las mismas, deviene necesario que “(..) cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días (...)”²⁴

En este caso concurre uno de los motivos que recoge el citado precepto, y son las razones de urgencia. La parte actora (Aussie LTD) puede alegar que la crisis económica y social que ha provocado la pandemia del Covid-19 ha de considerarse como una razón urgente, que ha provocado que carezca de liquidez suficiente para hacer frente al pago de intereses devengados y las cuotas principal pagaderas en agosto y diciembre de 2020, y por ello, resulte adecuado la suspensión de dichos pagos durante un periodo de tiempo determinado.

4.3. Conclusión

La cláusula *rebus sic statibus* permite la flexibilización del principio *pacta sunt servanda*, pues acepta que las partes modifiquen las cláusulas contenidas en un contrato cuando se alteren las circunstancias de manera significativa y estas no hubieran podido prever dicha alteración en el momento en el que se firmó el contrato. Por todo lo expuesto, parece conveniente suspender durante un año el pago de los intereses y de la cuota principal derivada del préstamo bancario que solicitó Aussie LTD, como medida cautelar. La situación extraordinaria que ha provocado el Covid-19 ha hecho que Car4u no haya obtenido ingresos durante varios meses y no cuente con liquidez suficiente para realizar

²⁴ *Ídem*.

los pagos que le corresponden, por ello, solicita que se suspenda dicha obligación para evitar incumplir con la misma.

4.4. Clausla *rebus sic stantibus*: Argumentos en contra

En contraste con lo anterior, aportare una serie de argumentos por medio de los cuales entiendo que no será posible la aceptación de las medidas cautelares *inaudita parte* solicitadas por Aussie LTD invocando la cláusula *rebus sic stantibus* para suspender durante un año el pago de los intereses devengados de un contrato de préstamo que firmó con una entidad bancaria, así como las cuotas de principal pagaderas en agosto y diciembre de 2020.

Como punto de partida, es importante recordar que esta cláusula no se encuentra regulada en ningún precepto legal. Más bien al revés, podría entenderse como contraria a nuestro ordenamiento jurídico. Uno de los principios generales del derecho privado es el principio de *pacta sunt servanda*, esto es, “lo pactado obliga”. Los artículos del Código Civil en los que este principio encuentra su fundamento son los siguientes:

El artículo 1091 del Código Civil prevé que: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.*”

Asimismo, el artículo 1278 del Código Civil recoge: “*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.*”

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

En resumidas cuentas, puede afirmarse que nuestro ordenamiento privado otorga al contrato el carácter de “*lex privata*”.²⁵

²⁵ Lacaba Sanchez, F., *op. cit.*, Pp. 1-15

Una vez que se perfeccionan los contratos, las partes deberán cumplir con sus respectivas obligaciones. En nuestro ordenamiento jurídico, el compromiso negocial se equipara a la categoría de ley.²⁶

Por lo tanto, existen dos posturas. Una de ellas le otorga el carácter de ley a los contratos, y otra más flexible, que permite suavizar las obligaciones de las partes, como es la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido una regla de conducta que a seguir ante esa disyuntiva.²⁷

A mi parecer, el principal argumento para denegar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es la gran inseguridad jurídica que la misma genera para las partes contratantes. Una aplicación generalizada de la misma supondría que lo pactado por estas no tiene credibilidad, ya que alguna de ellas podría invocar la mencionada cláusula en algún momento para no cumplir con sus obligaciones. Se utilizaría como comodín por las partes para incumplir sus obligaciones, rompiendo totalmente con los principios generales del derecho privado como son el principio de *pacta sunt servanda* o de buena fe contractual (art. 1258 CC).

Otro argumento en contra de la aplicación de la mencionada cláusula puede extraerse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien niega la aplicación de la misma cuando se alega que el deudor no encuentra financiación para cumplir con sus obligaciones. El mismo recoge textualmente en su Sentencia número 447/2017, 13 de Julio de 2017: *“Como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse.”*²⁸

Por ello, el hecho de que Car4u no tenga liquidez o no encuentre forma de obtener financiación para hacer frente al pago de los interés y cuota principal derivadas de un contrato bancario, es un riesgo que asumió en el momento en el que firmó el contrato de financiación.

A tenor de lo expuesto, la crisis económica que alega Car4u para aplicar la cláusula no debería de ser suficiente para suspender el pago de los intereses del prestamos que

²⁶ *Ídem.*

²⁷ *Ídem.*

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de Julio de 2017, núm. 447/2017 (FJ 5)

solicitó, así como parte de la cuota de principal, ya que contaba con el pago de dichas cantidades desde el momento que firmó el contrato de financiación y la paralización de la actividad durante unos meses no es excusa suficiente, ya que, si en vez de ser el Covid-19 se alegaran pérdidas por bajos ingresos, no se aceptaría la aplicación de esta cláusula.

4.5. Conclusión

A mi parecer, el principal motivo para defender que la aplicación de esta cláusula debería ser muy rígida es que la misma rompe totalmente con el ya comentado principio de *pacta sunt servanda*, por lo tanto, genera gran inseguridad jurídica para los contratantes, ya que, de aplicarse esta cláusula de manera generalizada en los contratos, las partes contarían con una vía de escape para eludir sus obligaciones.

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

4.6. Suspensión rentas de arrendamiento de oficinas: Argumentos a favor.

Tras la declaración de la pandemia provocada por la expansión del Covid-19, se aprobó en España el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (en adelante, RDL 15/2020).

En el mismo, se regulan diferentes medidas de carácter social y económico para hacer frente a la situación en España.

El artículo 2 del RDL 15/2020 recoge una serie de medidas basadas en la negociación y aplazamiento del pago de la renta de arrendamientos para uso distinto del de vivienda con grandes tenedores, recogiendo de manera expresa que: *“La persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, o de industria, cuyo arrendador sea distinto de los definidos en el artículo 1.1, y cumpla los requisitos previstos en el artículo 3, podrá solicitar de la persona arrendadora, en el plazo de un mes, desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley el aplazamiento*

temporal y extraordinario en el pago de la renta siempre que dicho aplazamiento o una rebaja de la renta no se hubiera acordado por ambas partes con carácter voluntario.”

El precepto 3.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) afirma que tendrán la consideración de arrendamientos para uso distintos de vivienda, entre otros, los arrendamientos de fincas para ejercer una “*actividad industrial o comercial*”.

Por ello, podrán acogerse a lo establecido en el RDL 15/2020 aquellos arrendatarios que sean pymes o autónomos, quienes podrán solicitar el aplazamiento del pago de las rentas del arrendamiento a aquellos arrendadores que sean: (i) empresas; (ii) entidades públicas de vivienda; o grandes tenedores (persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m²).

Dado que Car4u no es autónomo, y a falta de información sobre el arrendador, descartaré la aplicación del RDL 15/2020 y pasaré a analizar el resto de opciones que tiene Car4u para suspender durante el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas durante 5 meses.

En primer lugar, Car4u, como arrendatario, podría intentar llegar un acuerdo con el arrendador del edificio de oficinas donde desarrolla su actividad y suspender el pago de las rentas, alegando que, debido al confinamiento impuesto a los ciudadanos, y que el edificio de oficinas se encuentra en una zona confinada, no ha podido ejercer su actividad de manera normal y no tiene la liquidez con la que contaba para hacer frente al pago de las rentas.

Si por el contrario, no consiguieran llegar un acuerdo el arrendador y el arrendatario, debería de acudir a los tribunales y solicitar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para suspender el pago de dichas rentas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia, en su sentencia número 176/2021, de 1 septiembre²⁹ aplica la cláusula *rebus sic stantibus* en un caso en el que los hechos litigiosos son similares a los sucedidos en el caso en cuestión.

En dicha sentencia, el Juzgado afirma que se da un España una situación extraordinaria, provocada por la expansión del Covid-19. En consecuencia, los derechos de las personas

²⁹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 8 de Murcia), de 1 de septiembre, núm. 176/2021

se vieron restringidos, limitando, entre otras cosas, su libre circulación. Todo ello afecta gravemente al negocio de la parte actora, quien se dedicaba a vender productos de viaje, pues la imposibilidad de los ciudadanos de circular libremente les impide viajar, y por ello, la situación pre-pandemia y post-pandemia es totalmente diferente para la empresa. Afirma el Juzgado que la pandemia del Covid-19 produce una “(...) *alteración impredecible y sobrevenida a las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, que ha afectado extraordinariamente a la actividad comercial que se venía ejerciendo en el local arrendado*”.³⁰

Lo que se pretende con esta acción es ajustar el contrato de arrendamiento a la nueva situación ocasionada por el Covid-19, ya que la misma ha provocado que se rompa el equilibrio entre las prestaciones de las partes. Por ello, se autoriza la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. El caso de Aussie LTD y el Sr. García es muy similar. A pesar de que el negocio de Car4u es de *car sharing* y no de viajes, la actividad de la compañía se ve gravemente afectada tras la declaración del estado de alarma y la reducción de movilidad de las personas. Todo ello hace que el alquiler de vehículos disminuya de manera consecuencia de la paralización de la movilidad de los ciudadanos.

Además, habrá que revisar si se cumplen con los requisitos que el Tribunal Supremo viene exigiendo para la aplicación de esta cláusula y que Sanchez Lacaba recoge de manera sintética, siendo los mismos:

1. Excepcionalidad de la cláusula, ya que rompe con el principio general de *pacta sunt servanda*. Si bien es cierto, se ha flexibilizado la posición del Tribunal Supremo, volviéndose más objetiva debido a las crisis económicas sufridas en España (con la crisis de 2008 y la crisis de generada por la pandemia del Covid-19) admitiendo esta situación de crisis como causa justificativa para la aplicación de la cláusula. Igualmente, será necesario acreditar que se ha producido modificación de las circunstancias, permitiendo así modificar las bases sobre las que se fundó el contrato.

2. El efecto de la aplicación de la *rebus sic stantibus* no será la resolución del contrato, sino la modificación del mismo. En este caso no se solicita que se resuelva el contrato de arrendamiento, si no que se suspenda el pago de las rentas durante un periodo de tiempo determinado.

³⁰ *Ídem*.

3. En cuanto al riesgo contractual y la capacidad de pago del adquirente, Aussie LTD no tiene liquidez debido a que ha tenido que paralizar su actividad empresarial por la pandemia del Covid-19 y la limitación a la libertad de circulación de los ciudadanos. Cuando recupere la actividad, podrá volver a tener liquidez para hacer frente al pago de las rentas de arrendamiento.

4. Aunque también se ha admitido su aplicación a contratos de corta duración, lo común es que se aplique a aquellos que sean de larga duración. Dado que como el contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo, las obligaciones de las partes deberán de cumplirse a largo plazo, por lo tanto, encajaría dentro de este requisito.

4.7. Conclusión

Por todo lo expuesto, y debido a la excepcionalidad de la circunstancia de crisis económica provocada por la imprevisible pandemia del Covid-19, entiendo que podría aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus* para suspender el pago de las rentas de arrendamiento. En este caso, no se aplicaría el RDL 15/2020, ya que ni Car4u es un autónomo ni sabemos si el arrendador reúne los requisitos que el mismo exige.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha vuelto más laxa respecto a la aplicación de la *rebus sic stantibus*, que permite su aplicación en casos en los que se alegue que se ha producido un grave trastorno de las circunstancias y que, por ello, tiene que abrirse la posibilidad a modificarse las bases sobre las que se fundó el contrato. Eso, si, las circunstancias han de cambiar de manera extraordinaria y han de ser imprevisibles por las partes.

4.8. Suspensión rentas de arrendamiento de oficinas: Argumentos en contra

A continuación, aportare una serie de argumentos por los cuales entiendo que el arrendador podría oponerse a la suspensión del pago de las rentas de arrendamiento por parte de Aussie LTD durante 5 meses.

El contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo. Los contratos de tracto sucesivo implican la realización de diversas prestaciones durante un periodo prolongado de tiempo. Ahí radica la diferencia principal entre, por ejemplo, un contrato de compraventa y uno de arrendamiento. En el primero, se entiende que las partes han

cumplido sus respectivas obligaciones cuando una entrega la cosa y la otra paga un precio cierto por ella. Sin embargo, en el contrato de arrendamiento las partes tienen obligaciones que se prolongan en el tiempo: el arrendatario pagar la renta de arrendamiento; y el arrendador poner a disposición del arrendatario el inmueble.

Surge la duda de determinar qué implicación tendría la suspensión del pago de las rentas por parte del arrendatario al arrendador. En caso de que Aussie LTD no cumpliera con su obligación de pago, el arrendador podría solicitar la resolución del contrato, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1124 CC. En cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, como comentábamos en el apartado anterior, no puede entenderse como una aplicación generalizada.

Pues bien, el Tribunal Supremo exige la imprevisibilidad del riesgo como un requisito esencial para la aplicación de la cláusula. En este caso, es evidente que la crisis económica provocada por el Covid-19 era imprevisible para todo el mundo, pero no tienen por qué serlo las pérdidas del negocio. Aussie LTD tendría que haber asumido el riesgo de tener pérdidas durante unos meses y no poder hacer frente al pago de sus deudas, ya sea por una crisis, o por cualquier otro factor (como puede ser que aparezca un nuevo competidor en el mercado). Por ello, y como comentábamos en el apartado anterior, es su responsabilidad obtener financiación para hacer frente al pago de las rentas de arrendamiento. Además de todo lo expuesto, el negocio de *car sharing* no necesita unas oficinas, ya que el alquiler de coches puede hacerse a través de una aplicación móvil. Por ello, es un riesgo que Aussie LTD asumió al alquilar el local de oficinas y debe hacerse responsable del mismo, sin que resulte de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*.

4.9. Conclusión

Si bien es cierto que los tribunales han admitido las crisis económicas como causa justificativa de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, su aplicación no puede generalizarse. No puede olvidarse el principio de *pacta sunt servanda* y la importancia del mismo en el derecho contractual. Por ello, la aplicación debe de ser excepcional y los contratantes deben de cumplir con sus respectivas obligaciones.

5. CUARTA CUESTIÓN: CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA

¿Qué puede hacer Aussie LTD ante esta situación? ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi?

Una vez superada la pandemia del Covid-19, Car4u recupera su actividad. Sin embargo, meses más tarde aparece una nueva compañía en el mercado denominada Car4mi. Esta nueva compañía comparte formas de trabajar, así como campañas publicitarias y estrategia de mercado. En consecuencia, disminuyen los ingresos de Car4u, ya que parte de sus clientes e incluso proveedores se pasan a la competencia. Por si esto fuera poco, la accionista mayoritaria de Car4mi es Dña. Beatriz Madariaga (“Sra. Madariaga”), mujer del Sr. García.

En el contrato de compraventa firmado entre Aussie LTD y el Sr. García se había incluido una cláusula de no competencia, que prohibía al vendedor operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un periodo de al menos 10 años, así como utilizar el *know-how* de Car4u sin su permiso. Asimismo, Car4u recibe por error un email de la directora de Ramiro Investments, S.A. (en adelante, “RIS”) en el que esta le comunicaba a Car4mi que acabaría el contrato de colaboración que tenía suscrito con Car4u y empezaría a colaborar con ellos.

5.1. Argumentos a favor de Aussie LTD

Aussie LTD solicita asesoramiento jurídico para ver cómo puede hacer frente a esta situación, con el propósito de que Car4mi deje de hacerle competencia. A continuación, recogeré las opciones a las que podrá acogerse el fondo australiano.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 2063/2016, de 9 de mayo de 2016³¹ recoge la doctrina sobre las cláusulas de prohibición de competencia que se incorporan en los contratos de compraventa de empresas y la obligación del vendedor de no hacer competencia a la sociedad *target* una vez celebrado el mismo. La finalidad de estas cláusulas es evitar que quienes venden una sociedad, por los recursos que tienen tras dicha venta y el conocimiento que poseen sobre el negocio, continúen con el mismo, ya sea por

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2016, núm. 2063/2016 (FJ 6)

sí mismos o por medio de personas jurídicas, restándole valor y participación en el mercado a la empresa objeto de la transmisión.³²

En primer lugar, recalca el Tribunal que cuando se adquieren el 75% de las acciones de una sociedad se toma el control de la empresa, ya que, aunque no se obtenga el 100% del capital social, en la práctica, se ha adquirido el negocio. Esto es lo que sucede en el caso de Aussie LTD, ya que adquiere un 80% de las participaciones sociales de Car4u.

En dicha sentencia, el Supremo sostiene que cuando se adquiere una empresa es lógico que *“exista un interés legítimo de los adquirentes en evitar que el transmitente pueda realizar actividades concurrentes. Sin que ello suponga, como erróneamente afirma la sentencia recurrida, un supuesto sujeto a la normativa de competencia desleal. Por esta razón, las cláusulas de prohibición de competencia no tienen por objeto impedir la competencia, sino que como dijimos en la sentencia 301/2012, de 18 de mayo, son cláusulas accesorias”*. Igualmente, habla el Alto Tribunal de la importancia de dichas cláusulas, que en ocasiones pueden ser incluso exigibles, aunque no hayan sido expresamente pactadas (Arts. 1258 y 57 C. de Com.). Por ello, es evidente que el incumplimiento de las mismas no puede pasar desapercibido.

Pues bien, en este caso nos encontramos ante una obligación accesoria (de no hacer) que no se ha cumplido por parte del vendedor. Se trata de una obligación accesoria de la obligación principal, que era la entrega del objeto de la compraventa (participaciones sociales), en el caso del vendedor, y el pago del precio, en el caso del comprador. Además, puede afirmarse que el Sr. García actuó de manera dolosa al incumplir esta obligación accesoria, ya que, mientras firmaba el contrato de compraventa y se entregaron las participaciones sociales, tenía en mente que comenzaría el negocio de Car4mi junto con su mujer.³³ Esta podría ser incluso la razón por la que vendió la empresa, pues sabía que continuaría con el negocio de *car sharing* a través de Car4mi. Todo apunta a que los hechos sucedieron así, sobretodo el poco tiempo que pasó desde que vendió Car4u y apareció en el mercado Car4mi. Además, del e-mail que recibe por equivocación Car4u por parte de la directora de RIS, se deduce que el Sr. García quería intencionadamente

³² Mejía Servan, L., “La cláusula de no competencia en la venta de empresas” marzo 2019 (Disponible en: <https://lexlatin.com/opinion/la-clausula-de-no-competencia-en-la-venta-de-empresas>; fecha de última consulta: 29/12/2021)

³³ J, Alfaro., “Casos: Transmisión de empresa y prohibición de competencia del vendedor”, 27 de mayo de 2016, (disponible en: <https://almacendederecho.org/casos-transmision-empresa-prohibicion-competencia-del-vendedor> ; última consulta: 03/01/2022)

empeorar la reputación de la empresa, para que los proveedores de la misma colaborasen con Car4mi.

Por todo ello, se entiende que el Sr. García ha actuado de manera dolosa, en virtud del artículo 1269 CC, pues el mismo, con palabras o maquinaciones insidiosas, indujo a Aussie LTD a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Sin embargo, es importante remarcar que nos encontramos ante dolo incidental, ya que no cumple con unos de los requisitos que exige el artículo 1270.2 CC para que el dolo cause la nulidad del contrato, y es que este sea grave. A mi parecer, el incumplimiento de la cláusula de prohibición de competencia no supone un incumplimiento grave, ya que, la obligación principal del contrato sí se ha cumplido, y lo que se ha incumplido es una obligación accesoria. Por ello, nos encontramos ante dolo incidental, recogido en el segundo apartado del precepto 1270 CC. Dicho artículo afirma que quien empleó dolo incidental, en este caso el Sr. García, solo está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que haya causado.

Por todo lo expuesto, Aussie LTD podrá solicitar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios al Sr. García por incumplir con la cláusula de no competencia, acudiendo a la vía civil, todo ello en virtud del artículo 1270.2 CC, y del ya comentado artículo 1101 CC.

Además de lo expuesto anteriormente, existe otro contratiempo. La marca Car4mi resulta ser muy similar a la marca Car4u. En consecuencia, Car4mi puede aprovecharse de la buena reputación de Car4u en el mercado para confundir a los consumidores y que estos alquilen sus coches, influenciados por dicha confusión.

La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante, Ley de Marcas) afirma en su artículo 6 b) que no podrán registrarse aquellas marcas que “(...) *por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.*” Es evidente que en este caso existe un riesgo de confusión con la marca anterior (Car4u) y por ello no debería de admitirse su registro en la OEPM.

Asimismo, el artículo 40 de la citada Ley de Marcas sostiene que “*El titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales*

que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia, todo ello sin perjuicio de la sumisión a arbitraje, si fuere posible.”

En virtud del precepto 41 de la Ley de Marcas, Aussie LTD podrá reclamar en la vía civil: (i) la cesación de aquellos actos que violen su derecho; (ii) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; (iii) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, específicamente, que se retiren del tráfico económico los productos, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca y destrucción de aquellos.

Es importante tener en cuenta que, según la Ley de Marcas, las acciones civiles anteriormente comentadas prescriben a los 5 años, a contar desde el día en el que pudieron ejercitarse.

Desde otra perspectiva, pero en línea con lo anterior, Aussie LTD podrá alegar que se han producido actos de confusión, en base a la Ley de Competencia Desleal (en adelante “LCD”). Así, el precepto 6 de dicha Ley recoge *“Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.*

En este caso, Car4u podrá defender que la compañía Car4mi genera confusión entre los consumidores, ya que presta los mismos servicios que la primera y tiene un nombre prácticamente idéntico.

En virtud del artículo 32 de la citada Ley, se podrán ejercitar las siguientes acciones contra Car4mi: (i) acción por la que se declare la deslealtad; (ii) acción para cesar la conducta desleal y prohibir que se repita en el futuro (iii) acción de remoción de los efectos producidos (iv) acción para rectificar las informaciones falsas o incorrectas; y (v) acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

5.2. Conclusión

En resumidas cuentas, Aussie LTD podrá reclamar en la vía civil la indemnización de los daños y perjuicios que le ha causado el Sr. García, al fundar junto con su mujer la empresa Car4mi. Se ha producido en este caso el incumplimiento de una obligación accesoria (la

de no competencia) mediando dolo incidental por parte del vendedor. Además de los daños y perjuicios, podrá solicitar que el Sr. García y su mujer dejen de utilizar aquellos productos, material publicitario, etc., que generen confusión en el público y violen el derecho de marca de Car4u.

5.3. Argumentos en contra de Aussie LTD

En contraposición a lo comentado anteriormente, Car4mi y el Sr. García podrán utilizar una serie de argumentos para defenderse frente a Aussie LTD, que expondré continuación.

En primer lugar, analizaré la postura que podría tomar el Sr. García, como parte del contrato de compraventa firmado el 15 de febrero de 2020 con el fondo australiano.

El artículo 20 de la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) recoge textualmente que: *“Las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas durante un máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos. Cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por períodos de hasta dos años.”*³⁴

En base a dicho precepto, no estaría justificado que la cláusula de no competencia tuviera una duración de 10 años, ya que, como máximo, puede tener una duración de tres (suponiendo que en este caso se transmite también la clientela fidelizada).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, independientemente de las previsiones contenidas en la legislación de consumo, admite la posibilidad de mantener la validez de un contrato y la nulidad de algunas cláusulas, siempre que no se altere de forma sustancial el equilibrio creado por las partes.³⁵ Por lo tanto, la cláusula de no competencia pactada entre ambas partes con una duración de 10 años sería nula, y, por lo tanto, se entenderá por no puesta, manteniendo la validez del resto del contrato. Así, el Sr. García no sería responsable del incumplimiento de dicha cláusula, ya que, al ser nula, ha de considerarse

³⁴ Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03), Diario Oficial de la Unión Europea, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:ES:PDF>

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo, núm. 301/2012 (FJ 4)

inexistente, pero se mantendría la validez del resto del contrato de compraventa firmado entre las partes.

En cuanto a la defensa de Car4mi, podrá alegar que la Sr. Madariaga, accionista mayoritaria de la compañía, no era parte del contrato de compraventa que firmaron el Sr. García y Aussie LTD. Por lo tanto, el pacto de no competencia no le afecta a ella. Asimismo, el artículo 38 CE recoge la libertad de empresa. Vivimos en un mundo globalizado y competitivo, donde todas las empresas tienen que hacer frente a sus competidores y han de adaptarse a ellos, por lo que, no se puede impedir a la Sra. Madariaga a iniciar otro negocio de *car sharing* en España por el simple hecho de que perjudique a Car4u. Asimismo, y en cuanto a la confusión de marcas, es evidente que en un negocio de *car sharing* es muy probable que la palabra “*car*” vaya a estar presente en el nombre de la compañía. Por ello, Car4mi podrá defender que no existe violación de marca ni actos de confusión.

5.4. Conclusión

En resumen, el Sr. García podrá alegar que la cláusula de no competencia incluida en el contrato de compraventa que firmó con Aussie LTD es nula, ya que como recoge la normativa europea expuesta, las cláusulas de no competencia están justificadas por un máximo de tres años.

Por otro lado, la Sra. Madariaga es un tercero ajeno al contrato de compraventa, y por ello, no se ve afectada por la cláusula de no competencia que incluyeron las partes en el contrato. Por ello, Aussie LTD solo podrá reclamar que se ha producido una violación de marca contra Car4mi, quien, por su parte, tratará de defender que no genera confusión en el público.

6. CONCLUSIONES

A continuación, recogeré de manera breve las conclusiones finales que se extraen de las cuestiones anteriores para responder a las preguntas que planteó el fondo australiano, Aussie LTD, respecto a los diferentes problemas que surgen a raíz del contrato de compraventa de participaciones sociales que firmó con el Sr. García.

En primer lugar, en cuanto a los vehículos defectuosos que recibe, existen dos posibilidades. De un lado, Aussie LTD podrá alegar que se ha producido una entrega de una cosa diferente a lo pactado, o *aliud pro alio*, ya que el hecho de que los coches estén defectuosos hace que se frustre el fin de la compraventa, que para el comprador era explotar el negocio de *car sharing*. En base a ello, Aussie LTD podrá exigir la resolución del contrato y la indemnización por los daños (daño emergente y lucro cesante) sufridos.

De otro lado, y para el caso en que no se acepte la resolución del contrato por incumplimiento del mismo, el fondo podrá solicitar el saneamiento por vicios ocultos. Para ello, deberá de acreditar que el vicio es: (i) oculto; (ii) anterior a la venta; (iii) grave; y (iv) ejercitar la acción dentro del plazo legal de 6 meses. Si Aussie LTD quisiera mantener el control que posee sobre la empresa Car4u, le recomendaría que optase por la acción *quantum minoris*. De esta manera, podría rebajar el precio de la compraventa y compensar así lo que le cueste la reparación de los vehículos y las ganancias dejadas de percibir, pero continuando con el negocio de *car sharing*.

Asimismo, pregunta el fondo australiano si es posible invocar la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor en un contrato de préstamo y en un contrato de arrendamiento, para suspender el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas donde gestionaba la compañía.

Una vez más habrá que ver si se cumplen con los requisitos que la jurisprudencia exige para la aplicación de la misma, teniendo en cuenta que esta cláusula no puede aplicarse de manera generalizada a todos los contratos porque afecta de manera directa al principio general del derecho privado *pacta sunt servanda*. La jurisprudencia exige que se alteren las circunstancias de manera significativa y que las partes no hubieran podido prever dicha alteración en el momento en el que se firmó el contrato. Si bien es cierto, la crisis económica ha sido aceptada en numerosas ocasiones por los tribunales de la jurisdicción civil como causa sobrevenida que justifica la aplicación de esta cláusula.

Por último, Aussie LTD podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios que el Sr. García le ha ocasionado al incumplir con la cláusula de no competencia que habían incorporado en el contrato de compraventa, al fundar Car4mi, mediando dolo incidental. Sin embargo, y dado que la Sra. Beatriz no es parte del contrato, no podrá reclamarle a la misma tal indemnización. Sí podrá ejercitar las acciones correspondientes, en virtud de la Ley de Marcas, por haber violado su derecho de marca al utilizar un nombre muy similar

que puede generar confusión en el público. Asimismo, tiene la opción de ejercitar las acciones contra Car4mi que prevé la LCD por la realización de actos de confusión.

7. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

España:

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

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

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

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

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

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

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

Unión Europea:

Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) (disponible en: <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:ES:PDF>)

2. JURISPRUDENCIA:

Auto del Juzgado de Primera Instancia (n.º 60 de Madrid), de 30 DE abril, núm. 155/2020 [versión electrónica – base de datos: CENDOJ ECLI: ES:JPI:2020:13A]. Fecha de última consulta: 09/01/2022

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 3 de junio, núm. 118/2020 [versión electrónica – base de datos: Vlex. ECLI:ES:APB:2020:4421]. Fecha de última consulta: 03/01/2022

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia de 1 de septiembre, número 176/2021, [versión electrónica – base de datos: Aranzadi. Ref. JUR\2021\294483]. Fecha de última consulta: 29/12/2021

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 14 de octubre, núm. 914/2000, [versión electrónica – base de datos: Vlex. ECLI:ES:TS:2000:7358]. Fecha de última consulta: 03/01/2022

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de julio, núm. 452/2019 [versión electrónica – base de datos: Vlex. ECLI:ES:TS:2019:2556]. Fecha de última consulta: 03/01/2022

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de mayo, núm. 301/2012 [versión electrónica – base de datos: Vlex. ECLI: ES:TS:2012:4006]. Fecha de última consulta: 04/01/2022

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de octubre, núm. 686/2011, [versión electrónica – base de datos: Vlex. ECLI:ES:TS:2011:6569]. Fecha de última consulta: 03/01/2022

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de junio, núm. 317/2015 [versión electrónica – base de datos: Vlex. ECLI:ES:TS:2015:2345]. Fecha de última consulta: 03/01/2022

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de noviembre de 1992 [versión electrónica – base de datos: Vlex. ECLI:ES:TS:1992:8258]. Fecha de última consulta: 03/01/2022

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de mayo, núm. 2063/2016, [versión electrónica – base de datos: Vlex. ECLI:ES:TS:2016:2063]. Fecha de última consulta: 03/01/2022

3. OBRAS DOCTRINALES

Aguilar Gualda, S., “La reclamación por vicios o defectos constructivos: a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.” 2019, pp.1-104.

Fayos Galdo, A., “Derecho Civil: Manual de Derecho de Obligaciones.” 2016.

Lefebvre, F., Memento Contratos Mercantiles, Madrid, 2019-2020, p.1311

Lefebvre, F., Memento Sociedades Mercantiles, Madrid, 2021, p.8690

Banaloché Palao, J. y Cubillo López I.J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil 3ª Edición*, La Ley, Madrid, 2016. Pp. 441-445.

4. RECURSOS DE INTERNET

J, Alfaro., “*Casos: Transmisión de empresa y prohibición de competencia del vendedor*”, 27 de mayo de 2016, (disponible en: <https://almacenederecho.org/casos-transmision-empresa-prohibicion-competencia-del-vendedor> ; última consulta: 03/01/2022)

J, Alfaro., “*La compraventa de empresas (v): Patología y remedios frente al incumplimiento*” 4 de agosto de 2021, (disponible en: <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-v-patologia-y-remedios-frente-al-incumplimiento>; última consulta: 27/12/2021)

J, Alfaro., “*Lección. Introducción a la compraventa de empresas (i)*”, 25 de mayo de 2021, (disponible en: <https://almacenederecho.org/leccion-introduccion-a-la-compraventa-de-empresas>; última consulta: 27/12/2021)

Carazo Alcalde, J., “*Economipedia*” (Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/carsharing.html>; última consulta: 28/12/2021)

Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus y su aplicación en las operaciones inmobiliarias”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2018, P.118. (disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5895/documento/art011.pdf?id=8347> ;
fecha de última consulta: 28/12/2021)

Lacaba Sanchez, F., “Pacta Sunt Servanda versus Rebus sic Stantibus”, Revista de Derecho vLex, abril 2020, Núm. 191, Pp. 1-15 (disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/pacta-sunt-servanda-versus-843984402> ; fecha de última consulta: 29/12/2021)

Mejía Servan, L., “La cláusula de no competencia en la venta de empresas” marzo 2019, (disponible en: <https://lexlatin.com/opinion/la-clausula-de-no-competencia-en-la-venta-de-empresas> ; fecha de última consulta: 29/12/2021)