



UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS ICAI-ICADE

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA

CASO PRÁCTICO PARA EL TRABAJO FIN DE MÁSTER

ESPECIALIDAD DERECHO DE LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

2021/2022

Autor: Íñigo Merino Uceda

Tutora: Carmen Temprano Vázquez

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| I. Introducción | 3 |
| II. Cuestiones suscitadas y posibles argumentos de las partes..... | 5 |
| 1. ¿Puede Aussie LTD resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García por el hecho de que parte de los vehículos que forman parte de la flota de Car4u estén averiados? | 5 |
| a. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría Aussie LTD? ¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD al vendedor? | 10 |
| b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Car4u (asumo Sr. García)? | 13 |
| 2. ¿Puede Aussie LTD exigir al vendedor saneamiento por vicios ocultos? ¿Cómo fundamentaría la pretensión? | 17 |
| 3. Car4u (asumo Sr. García) se opone al saneamiento por vicios ocultos con base en que (i) Aussie LTD realizó una <i>due diligence</i> exhaustiva y (ii) en que Aussie LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.184 del Código Civil. | 25 |
| a. Argumentos de Car4u (Sr. García)..... | 26 |
| b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Aussie LTD?29 | |
| 4. ¿Puede invocarse la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> por el deudor de un contrato de préstamo? | 30 |
| a. Argumentos a favor..... | 35 |
| b. Argumentos en contra..... | 38 |
| 5. ¿Sería diferente la situación si lo que Car4u pretendiera suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde gestionaban la compañía y al que no han podido acceder por estar localizado en una zona confinada durante un periodo de 5 meses?..... | 39 |
| a. Argumentos a favor | 44 |
| b. Argumentos en contra..... | 48 |
| 6. ¿Qué puede hacer Aussie LTD ante esta situación? | 52 |
| 7. ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi? (Asumo Sr. García)..... | 56 |

I. Introducción

En primer lugar, para el absoluto entendimiento del asunto en cuestión por parte del cliente, se considera necesaria la realización de un breve y conciso relato de los hechos.

1. En el año 2010 se constituyó Car4u, S.L (en adelante “Car4u”).
2. El 15 de febrero de 2020, después de la realización de una *due diligence* exhaustiva, Aussie LTD (fondo de inversión australiano) adquirió el 80% de las participaciones sociales de Car4u, pertenecientes al Sr. García, por un precio de 3.500.000 euros.
3. El 15 de febrero de 2020, se concede a Car4u un préstamo para la adquisición de más vehículos.
4. Posteriormente, Aussie detecta averías en algunos vehículos y tasa la reparación en 300.000 euros.
5. A partir de marzo de 2020, como consecuencia del confinamiento, la actividad de Car4u se paraliza casi completamente y encuentra problemas para hacer frente al pago de las cuotas del préstamo.
6. Car4u solicita la adopción de medidas cautelares inaudita parte (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*) para suspender el pago de las obligaciones derivadas del préstamo.
7. Cuando remite la pandemia, Aussie LTD se da cuenta de la aparición de una nueva empresa de *car sharing* de la cual hay que considerar lo siguiente:
 - a. Su nombre (Car4mi) es extremadamente parecido al de la empresa de la que Aussie LTD adquirió las participaciones.

- b. Coinciden muchos aspectos del *know how* de ambas empresas.
- c. Se pierden clientes y empresas colaboradoras se marchan con Car4mi.
- d. La máxima accionista de Car4mi es Dña. Beatriz Madariaga, quien convive con D. Nicolás García (fundador de Car4u).
- e. Una empresa colaboradora envía erróneamente a Car4u un correo electrónico dirigido a Car4mi a la atención de Nicolás.

Sentadas las bases en las que consiste la disputa, se continuará realizando un informe detallado de las diferentes posibilidades que tienen ambas partes para la solución del conflicto que nos ocupa.

II. Cuestiones suscitadas y posibles argumentos de las partes

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

Es necesario comenzar a resolver esta cuestión desde el núcleo de la misma, es decir, analizando la acción de resolución contractual por incumplimiento del contrato desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial.

En primer lugar, según lo dispuesto en el Artículo 1.124 del Código Civil¹, *“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”*. Así, la capacidad para resolver el contrato reside en ambas partes, si considera incumplidas por la contraria las obligaciones que de las estipulaciones del mismo se derivan.

Continúa el mencionado precepto declarando que *“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”*, así como también podrá exigir *“la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultara imposible”*, sin perjuicio de la decisión que tome el tribunal competente sobre el asunto en cuestión.

En el caso de una compraventa como la que nos ocupa, el incumplimiento que justificaría –o no– una resolución contractual debería realizarse conforme a las consideraciones que, a continuación, tratarán de expresarse.

Así, teniendo en cuenta el precepto del Código Civil mencionado anteriormente, podemos asegurar -entre otras- las siguientes consideraciones:

- La facultad de resolución de los contratos por incumplimiento es una potestad contenida en los contratos de obligaciones sinalagmáticas.

¹ Artículo 1.124 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

- La facultad de resolución pertenece al acreedor. Asimismo, la parte cumplidora del contrato tiene la capacidad de requerir a la incumplidora el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios si los hubiere, además de los intereses.

Por su parte, ÁLVAREZ VIGARAY definió la acción de resolución por incumplimiento contractual como *“el derecho de impugnación del contrato bilateral, ejercitable por la parte cumplidora, mediante demanda judicial o por declaración dirigida a la otra parte y encaminadas a producir la extinción (generalmente retroactiva) del contrato, por haber desaparecido la composición del interés inicial en el contrato, en virtud del incumplimiento culpable de la otra parte².”*

Asimismo, el Tribunal Supremo ha sentado doctrina con sentencias tales como la de 3 de julio de 1997³, en la cual se asegura que es de aplicación el artículo 1.124 del Código Civil por *“incidir en todas las obligaciones recíprocas, en cuanto es implícito a las mismas y conforma facultad o derecho potestativo que corresponde ejercitar al contratante cumplidor, frente al que resulta incumplidor ante una situación singular, para cancelar la relación, poniendo término a la misma, tanto atendiendo a lo pactado, como a lo previsto en la norma legal, al tratarse del lícito ejercicio del principio de autonomía negocial.* En ese sentido, otras resoluciones del alto tribunal señalan como naturaleza indiscutible de la resolución la opción del cumplidor de llevar a cabo la acción⁴.

Consecuentemente, podemos asegurar los dos extremos mencionados anteriormente: la resolución del contrato es una facultad implícita en los contratos que generan obligaciones sinalagmáticas y, además, es una potestad que pertenece a la parte cumplidora de las

² ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 3ª ed. Granada: Editorial Comares, 2003, página 75 (ISBN 84-8444-6468).

³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de julio de 1997, Recurso núm. 2247/1193, VILLAGOMEZ RODIL, A., (Ponente), fundamento jurídico nº 3.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 2007, Recurso núm. 824/2000, SALAS CARCELLER, A., (Ponente), fundamento jurídico nº 2.

obligaciones contenidas en el mismo, así como que es una facultad que ha de ejecutarse en sede judicial y confirmarse por sentencia⁵.

Por otro lado, una vez remarcada la naturaleza sinalagmática de las obligaciones contractuales⁶, la doctrina que emana del estudio de nuestro Código Civil (MONTÉS PENADÉS, entre otros) establece que, con independencia de que, en la utilización del principio de autonomía de la voluntad, las partes no hubieran incluido ninguna cláusula que posibilitara la resolución contractual por incumplimiento, el cuerpo normativo posibilita extinguir la relación⁷.

Dicho lo anterior, y basándonos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (21 de marzo de 1986, entre otras), es el momento de enumerar aquellas condiciones que deben cumplirse en un hecho concreto para que pueda estimarse la acción de resolución por incumplimiento de una de las partes. Concretamente, se debe asegurar que

(i) Exista y esté vigente la relación contractual,

En cuanto a la primera cuestión, es lógico que se exija la existencia y vigencia del contrato en cuestión para que pueda resolverse, puesto que un contrato ya consumado no puede resolverse. Puede ser aclaratorio traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 2006, la cual, en aras de resolver este punto, expone además la necesidad de diferenciación entre la acción de nulidad y la acción resolutoria del Código Civil. Declara la resolución que *“en el pronunciamiento de las sentencias de instancia, lo mismo que ocurría con la pretensión alternativa que estima, se incurre en la imprecisión de expresar dos conceptos jurídicos incompatibles como son la nulidad y la resolución, pues la primera obedece a una causa originaria y la segunda (en la perspectiva técnica; no siempre en la jurisprudencia) a una causa sobrevenida, y además, y éste es el aspecto más relevante, si el contrato es inválido no cabe hablar de resolución*

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8 de febrero de 2010, Recurso núm. 1133/2005, SALAS CARCELLER, A., (Ponente), fundamento jurídico nº 5.

⁶ DÍEZ- PICAZO L., *Fundamentos, op cit.*, página 803.

⁷ MONTÉS PENADÉS V. L., *op cit.*, página 4.

porque ésta se refiere siempre a un contrato válido. Cuando se produce una imposibilidad de cumplimiento de la prestación hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato) en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad contractual de conformidad con el art. 1.272 en relación con el art. 1.261.2, ambos del Código Civil, o si se trata de una imposibilidad sobrevenida -con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora- en cuyo caso (art. 1.184 CC) se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual). En tal sentido, por todas, Sentencias de 10 de abril 1.956 y 30 de abril 2.002⁸”

(ii) Las obligaciones sean exigibles y recíprocas,

Además, el segundo requisito se refiere a que las obligaciones han de ser exigibles, hecho que resulta de la imposibilidad de incumplimiento de una obligación de la que no se puede exigir su cumplimiento⁹.

En línea de lo anterior, continuando con el requisito de que la obligación sea recíproca, es conveniente citar a DÍEZ-PICAZO cuando asegura que es innegable el hecho de la necesaria existencia del sinalagma. Literalmente afirma que *“La doctrina de que la resolución exige el sinalagma es inconcusa con referencia a la norma general del artículo 1.124¹⁰.”* Y, además, esa reciprocidad ha de identificarse sin ninguna duda, tal y como el Tribunal Supremo ha determinado en diversas ocasiones. La sentencia de 18 de noviembre de 1994, entre otras, desarrolla que *“como declaran las sentencias de 5 de enero de 1935, 5 de mayo de 1953 y 22 de marzo de 1993 , el artículo 1124 no ha de interpretarse de una manera automática, sino en sentido racional, lógico y moral, de forma que no bastaría una infracción, que en esta litis no aparece clara, sino que requiere*

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de abril de 2006, Recurso núm. 2579/1999, CORBAL FERNÁNDEZ, J., (Ponente), fundamento jurídico nº 3.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de mayo de 2008, Recurso núm. 1008/2001, FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., (Ponente), fundamento jurídico nº 4.

¹⁰ DÍEZ- PICAZO L., *Fundamentos, op cit.*, página 818.

que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado y que las prestaciones y contraprestaciones estén inequívocamente definidas.¹¹”

(iii) El deudor haya incumplido con sus obligaciones.

En cuanto al tercer requisito para la viabilidad de la acción resolutoria del 1.124 del Código Civil, y que se tratará posteriormente, supone la base sobre la que se desarrollan la mayoría de los litigios cuya pretensión es la estimación de la acción que venimos a estudiar: el deudor ha de haber incumplido su obligación.

(iv) Que el acreedor haya cumplido las suyas.

El último requisito para que proceda la resolución de un contrato es el que exige que la parte que pide el cumplimiento de la obligación haya cumplido su parte del contrato, requisito desarrollado por la doctrina jurisprudencial, puesto que el artículo 1.124 no desarrolla el mismo. De hecho, así lo ha venido exigiendo el Tribunal Supremo en gran cantidad de resoluciones como por ejemplo la de 10 de diciembre de 2009: *“únicamente puede exigir la resolución el sujeto de la obligación recíproca que ha cumplido su obligación¹²”*.

Por tanto, la facultad de resolver sólo la puede ejercitar la parte que haya cumplido con sus obligaciones, salvo que su incumplimiento sea motivado por el incumplimiento de la otra parte, y ello porque el derecho a resolver surge del incumplimiento de la contraparte. La Sala de lo civil del Tribunal Supremo¹³ ha manifestado de forma constante y rotunda que, si el incumplimiento del resolvente proviene del incumplimiento anterior del otro, aquel queda liberado de sus obligaciones y está facultado para resolver el contrato.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de noviembre de 1994, Recurso núm. 1954/1991, SANTOS BRIZ, J., (Ponente), fundamento jurídico nº 4.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de diciembre de 2009, Rec. Núm. 1232/2005, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., (Ponente), fundamento jurídico nº2.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de octubre de 2008, Rec. Núm. 2465/2002, AUGER LIÑAN, C., (Ponente), fundamento jurídico nº 2 y 3.

Por tanto, queda constatado por estos razonamientos que es requisito preceptivo del artículo 1.124 el cumplimiento previo de las obligaciones concernientes a la parte resolvente o, en su caso, que esta haya intentado cumplir las obligaciones que le incumben y que no haya podido hacerlo debido a la conducta del incumplidor que impide su realización.

Sentadas las bases de la doctrina general de resolución contractual por incumplimiento, se procederá a desarrollar los argumentos de las partes en cuanto a esa cuestión.

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

Poniéndonos en la situación de que Aussie LTD ejerciera la acción resolutoria del Artículo 1.124 del Código Civil, lo primero que debemos tener en cuenta es la doctrina *aliud pro alio*, es decir, el cumplimiento defectuoso de las obligaciones por parte del Sr. García.

Esta doctrina, que se refiere a aquellos contratos de compraventa en los que el vendedor entrega una cosa distinta a la que se ha pactado o, en su caso, se entrega una cosa que, debido a que es inhábil, frustra el fin del contrato, ha sido expuesta por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. De estas resoluciones se puede desprender que esta doctrina, que emana del artículo 1.166 del Código Civil, una vez se ha determinado la cosa objeto de compraventa, no es posible sin previo acuerdo de las partes, cambiarla, porque el cambio unilateral por parte del deudor determina el incumplimiento de la obligación¹⁴. Resulta reveladora la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2010 que declara que el “*el aliud pro alio se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que*

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 858/2009, de 14 de enero de 2010 (Roj: STS 42/2010) Ponente: María Encarnación Roca Trias.

*permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual.*¹⁵” Continúa la citada resolución exponiendo que, en el seno de la relación contractual, deben cumplirse una serie de cuestiones para que pueda considerarse que se ha entregado una cosa distinta a la pactada y, por tanto, se aplique la doctrina *aliud pro alio*. Dichos requisitos, extraídos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009¹⁶ son:

1. *La inhabilidad del objeto para el que se ha destinado*, cuestión que en el caso de Aussie LTD es fácilmente demostrable, puesto que para que los vehículos fueran útiles para la actividad a la que realmente están destinados, necesariamente han de pasar por un costoso proceso de reparación; y
2. *La insatisfacción del comprador, puesto que cuando se acepta el objeto distinto no puede después alegarse la citada doctrina.*

Escudándose en lo explicado anteriormente, cabe la posibilidad de que Aussie LTD plantee la aplicación de la doctrina *aliud pro alio* para ver estimada su pretensión de resolución contractual. Así, el hecho de que los coches no estén en perfecto estado y las averías no los haga válidos para una conducción segura y eficiente podría considerarse por los tribunales como una circunstancia reveladora de la inhabilidad del objeto y, por supuesto, de insatisfacción de la parte compradora.

Aussie LTD podrá exigir la aplicación del Artículo 1.124 del Código Civil (citado con anterioridad) con la respectiva solicitud de resolución contractual. A dicha pretensión, se le unirá la reclamación de los daños y perjuicios causados por el Sr. García y los intereses que correspondan prevista en el artículo 1.124 del Código Civil.

Precisamente debido a ese incumplimiento contractual derivado de la inutilidad del objeto para el fin al que fue destinado, procede la indemnización de los daños y perjuicios causados, tal como establece el artículo 1.101 del Código Civil según el cual “*quedan*

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 858/2009, de 14 de enero de 2010 (Roj: STS 42/2010) Ponente: María Encarnación Roca Trias.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 23/2009, de 10 de febrero (Roj: STS 168/2009) Ponente: Román García Varela.

sujetos a 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 contravinieran al tenor de aquellas.”

Además, Aussie LTD tendrá que argumentar que, aunque sobre el papel el objeto de la compraventa sean las participaciones sociales, el objeto real y lo que realmente se quiere transmitir mediante esta operación es la flota de vehículos propiedad de Car4u. Existe jurisprudencia que avala esta reflexión y que declaran que, en transmisiones de empresas no solo se adquieren las participaciones sociales, sino que se está transmitiendo también el activo subyacente. En ese sentido, Aussie LTD tendrá que señalar que, al transmitirse el activo y resultar defectuoso, son procedentes tanto la resolución contractual alegando *aliud pro alio*, como la acción de saneamiento por vicios ocultos.

En la línea del argumento anterior se pronuncian resoluciones como la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019, la cual declara lo siguiente:

“4. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción por inaplicación del art. 1484 CC y por incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial del aliud pro alio con relación a los arts. 1101, 1124, 1484, 1485, 1486 y 1489 CC, en cuanto a la inhabilidad del objeto entregado. Argumenta que no se ha entregado ningún bien inhábil a Isastur Servicios S.L., sino que ha obtenido lo que pretendía con la compraventa, que era el 75% de las participaciones sociales de Asas Corporative S.L. Únicamente resultarían de aplicación las acciones edilicias, referidas al saneamiento por vicios ocultos, pero la acción se encontraría caducada, pues desde el momento de la adquisición de las participaciones sociales, hasta el momento de ejercitarse la acción, habrían transcurrido los plazos previstos en el CC y en el CCom. En todo caso, el ejercicio de la actio quanti minoris impediría exigir la condena al pago de los daños y perjuicios, al no haberse optado por la rescisión de la compra con base en el art. 1486 CC.

5. El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, hay que precisar, que, si bien es cierto que la sentencia de la Audiencia, fundamento de derecho tercero, apartados 5 y 6, declara que comparte la valoración de la prueba

*realizada en la primera instancia que llevó apreciar, dada la gravedad del incumplimiento, que se entregó una cosa distinta a la pactada e inhábil para el uso a que se destina, no obstante, a continuación de forma expresa señala "que dicha valoración no tiene otra finalidad que la meramente dialéctica". Para puntualizar dicha sentencia, más adelante, que lo que realmente ejercita la demandante es una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, razón por la cual la demandante no viene constreñida sólo a lo previsto para el caso de las acciones edilicias, tal y como pretende la recurrente."*¹⁷

b. ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Car4u (asumo Sr. García)?

Ante la posibilidad de la adopción de medidas legales por parte de Aussie LTD fundamentando su pretensión en lo expresado en el apartado anterior, el Sr. García debería utilizar las siguientes tres líneas argumentales de defensa:

(i) El objeto de la compraventa fue la adquisición de participaciones

En primer lugar, la doctrina jurisprudencial que ha sentado el Tribunal Supremo y que reproducen reiteradamente el resto de nuestros tribunales recalcan que los requisitos para que pueda aplicarse el artículo 1.124 del Código Civil, relativo a la resolución contractual por incumplimiento, que ya han sido adelantadas anteriormente, son los siguientes:

- que exista un vínculo contractual,
- que sea recíproco y exigible,
- que haya habido incumplimiento grave por una de las partes

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 187/2019, de 27 de marzo (Roj: STS 1009/2019) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

- y que la otra parte no haya inobservado lo que le corresponde.

Sentado lo anterior, el primer argumento que podría utilizar el Sr. García sería el relacionado con el objeto del contrato de compraventa. El vendedor sostendría que el objeto de dicho contrato consistía en la venta del 80% de las participaciones sociales de Car4u y que ha cumplido sus obligaciones, por cuanto se ha producido la transmisión de la propiedad de dichas participaciones, libres de cargas y gravámenes. Los vehículos no formaban parte del contrato de compraventa y, por lo tanto, los eventuales defectos de que adolezcan no pueden servir de causa para resolver el contrato.

En este sentido existe doctrina jurisprudencial, pudiendo citar la Sentencia del Tribunal Supremo nº 852/2009, de 21 de diciembre¹⁸ que declara que no puede pretender cambiarse el objeto del negocio jurídico argumentando que, aunque se compren las participaciones sociales, realmente se compra el activo subyacente. La citada resolución expone, en su literalidad, lo siguiente:

“Cuando la sentencia recurrida hace referencia al móvil, yerra ya que éste es intrascendente para el derecho a no ser que se incluya como condición o que se llegue a integrar en la causa, como móvil casualizado. Pero no es éste el caso. La sociedad demandante quiso explotar un hotel y, de entre las varias opciones jurídicas para ello (compraventa, arrendamiento, usufructo, etc.) eligió una, que fue la adquisición de la sociedad que era propietaria del mismo. No pretenda ahora, convertir su negocio jurídico de compra de las acciones de una sociedad, en el negocio jurídico de compra de un inmueble que era, entre otras cosas, propiedad de la sociedad. Y ello es lo que ha hecho la sentencia recurrida: ha valorado el móvil, lo ha elevado a la categoría de causa y ha entendido que la compraventa no era de acciones, sino de un hotel, sin aclarar lo que pasaba con los demás elementos que no eran hotel.”¹⁹”

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 852/2009, de 21 de diciembre (Roj: STS 8109/2009) Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2009, Recurso núm. 1694/2005, O’CALLAGHAN MUÑOZ. X., (Ponente), fundamento jurídico nº 2.

En este mismo sentido, sería oportuno traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013 que se refiere a la causa de un contrato de compraventa de las acciones de una sociedad. Dicha resolución declara lo siguiente:

“El que la causa del negocio fuera la transmisión de las acciones de una sociedad, para transmitir con ello el control y la facultad de disposición de una serie determinada de fincas, no significa que el objeto del contrato de compraventa fueran las fincas, ni consiguientemente, que el comprador tenga derecho, al pretender la perfección del contrato, que este tenga por objeto directamente la transmisión de las fincas...²⁰”

En este sentido, y atendiendo a la naturaleza del contrato entre las partes, no podría estimarse la resolución por incumplimiento contractual por parte de ningún tribunal, debido a que las participaciones sociales (recordemos que son el objeto del contrato de compraventa) estaban libres de cargas y gravámenes y, además, entendemos que se entregaron en la forma que se estipuló en el contrato. Por esta razón, no podría argumentarse por parte de Aussie LTD un incumplimiento contractual que traiga causa de averías en los coches puesto que el activo no era el objeto del contrato de compraventa, sino las participaciones sociales; así como tampoco podrían reclamarle daños por ningún concepto de los mencionados en el epígrafe anterior.

(ii) Imposibilidad de aplicación del *aliud pro alio* por no frustración de la finalidad

Señala, por otra parte, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que, para que se estime la Acción de Resolución contractual del 1.124 del Código Civil, es necesario que *“se produzca la frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del*

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 612/2013, de 21 de octubre (Roj: STS 5307/2013) Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

*incumplimiento obstativo de la contraria.*²¹” La finalidad de este argumento es hacer ver a su señoría que la aplicación de la doctrina *aliud pro alio* como causa para que se estime una resolución contractual del 1.124 del Código Civil es improcedente porque la transmisión de las participaciones sociales se ha realizado adecuadamente y sin vicios de ningún tipo (recordemos que es el móvil de la compraventa).

Por otro lado, aunque se diera el caso en que se estimara que el fin último de la compraventa era la transmisión de los vehículos, el Sr. García debería argumentar que tampoco se da una frustración del fin del contrato. Esto es así en tanto en cuanto los vehículos volverían a estar en perfectas condiciones con una reparación cuyo precio, a mayor abundamiento, no alcanza siquiera el 10% del precio de la transacción.

Por último, también podría traerse a colación la doctrina del Tribunal Supremo que expone que la frustración del fin último del contrato tampoco supondría *per se* un incumplimiento esencial, constituyéndose dicha cuestión en un plano relativo a la satisfacción del comprador. Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2013:

“En efecto, en el ámbito del incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa en una relación sinalagmática, como la del presente caso, el efecto resolutorio se proyecta de un modo excepcional, conforme a la prestación programada, cuando la gravedad observada refiera el incumplimiento de una obligación principal, la realización de una prestación diferente a la prevista y, en su caso, el incumplimiento de condiciones o deberes contratados expresamente previstos con dichos efectos. Fuera de estos supuestos, de un claro desajuste o quiebra del plano de la prestación programada, la transcendencia resolutoria que se deriva de la prestación defectuosa, en orden a su falta de utilidad o inidoneidad para el fin o la función que le era natural o se le había destinado, corresponde, más bien, al plano satisfactivo del cumplimiento que le es propio al presupuesto causal que informa al régimen de aplicación del incumplimiento esencial,

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 383/2010, de 10 de junio (Roj: STS 3047/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

particularmente a la valoración o ponderación de la idoneidad de resultados, beneficios o utilidades que legítimamente cabe esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado; de suerte que su inidoneidad o falta de utilidad comporte la frustración del mismo.²²”

En definitiva, el vendedor podría desvirtuar las alegaciones que Aussie LTD podría realizar respecto de su insatisfacción o frustración del fin pretendido con la compra, puesto que los vehículos serían idóneos para el fin al que se iban a destinar al ser factible su reparación por un importe que reviste escasa entidad.

(iii) Inexistencia de *aliud pro alio* por condición de experto del comprador

En la línea de la última condición para que se estime una acción de resolución contractual por incumplimiento deberá ir el este argumento del Sr. García. Aunque se tratará debidamente (en el apartado que corresponde) el hecho de que Aussie LTD hubiera hecho una Due Diligence, recomendaría que se avanzara en la argumentación recalcando que, de una manera palmaria, Aussie LTD ha inobservado su obligación de asegurarse de que “lo que estaba adquiriendo” estaba en buen estado o, al menos, no ha actuado con la diligencia debida.

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

Tal y como se ha realizado en la cuestión anterior, es necesario comenzar la exposición del razonamiento con una sinopsis del concepto, doctrina y jurisprudencia de los tribunales a cerca de la acción de saneamiento por vicios ocultos. Recogida en el artículo 1.484, es la acción basada en la obligación que tiene el vendedor “*al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a la que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador,*

²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 782/2013, de 23 de mayo (Roj: STS 2404/2014) Ponente: Excmo. Sr. D, Francisco Javier Orduña Moreno.

no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella". También dispone el artículo anterior que el comprador no le podrá reclamar al vendedor por este concepto en caso de que sean *"defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos."*

Por otra parte, declara el Artículo 1.485 del Código Civil que *"el vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase"*, así como que el propio precepto no será de aplicación *"cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido."*

Posteriormente, el artículo 1.486 del Código Civil establece las diferentes opciones de las que dispone el comprador a la hora de fundamentar el *petitum* de la acción de saneamiento por vicios ocultos. Así, establece que *"En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión."* Estas dos acciones se conocen respectivamente como "Acción Redhibitoria" y "Quantum Minoris".

Así, reiterada jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal que, según algunos autores fue asentada por la Sentencia 99/1984 de 17 de febrero²³, define los vicios ocultos como aquellos *"deterioros, desperfectos o irregularidades en la calidad o idoneidad de los objetos suministrados que dificultan su utilidad"*. Continuando con el análisis de la doctrina de los Vicios Ocultos, resultan reveladoras Sentencias del Tribunal Supremo tales como las de 31 de enero de 1970, 10 de septiembre de 1996 o 17 de septiembre de 2005, en las cuales se establecen los requisitos que tienen que cumplir los vicios ocultos para que pueda estimarse una posible Acción de Saneamiento del 1.485 del Código Civil:

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1984 (RJ 1084/690) Ponente Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso.

- **En primer lugar, es necesario que el vicio sea oculto, es decir, que no pueda ser percibido fácilmente.** Además, es necesario añadir a esta cuestión que la parte vendedora será eximida de cualquier responsabilidad en caso de que la contraparte sea perito que pueda tener facilidad para reconocer o percibir los defectos de la cosa. En este sentido, desarrolla la jurisprudencia que es perito aquel que *“por su actividad profesional tiene cualidades para conocer las características de determinadas cosas”*²⁴.
- **En segundo lugar, el vicio tiene que existir antes de que se formalice el contrato de compraventa en cuestión,** por lo que el vendedor no tendrá que responder de aquellos defectos sobrevenidos después del contrato de compraventa. Esto se extrae del Artículo 1.468 del Código Civil que dispone que *“el vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.”*
- **En tercer lugar, es imprescindible que el vicio que padezca la cosa vendida sea grave,** tal y como se desprende del ya citado artículo 1.484 del Código Civil cuando dispone que se estará obligado el vendedor al saneamiento de los vicios ocultos *“[...] si la hacen impropia para el uso a la que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso...”*.
- **Por último, para que se vea estimada la Acción de Saneamiento del 1.485 del Código Civil es que se lleve a cabo en el plazo legal establecido.** Dicho plazo viene determinado en el Artículo 1.490 del Código Civil, cuya redacción literal es la siguiente: *“Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida.”*

En relación con el asunto objeto de análisis en el presente informe, es muy probable que el Sr. García alegue que el objeto de la compraventa fueron las participaciones sociales y

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984 (RJ 1984/3799) Ponente Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez.

que, por lo tanto, no procede la estimación de la demanda que Aussie LTD interpondría, porque las participaciones sociales fueron transmitidas libres de cargas y gravámenes.

Con el fin de rebatir el probable argumento del Sr. García, podría ser conveniente que Aussie LTD se adelantara y defendiera en la demanda que formule que, aunque objeto del Contrato de Compraventa sean las participaciones sociales, el móvil de la misma es el activo de la sociedad, es decir, los vehículos y que, por lo tanto, procede el ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos.

Para sostener este argumento, es necesario precisar lo que se considera activo esencial. Según la Resolución de 18 de junio de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, aquellos activos *“afectos al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo [...] o cuando conforme un porcentaje mayor al 25% del activo total de la sociedad”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, Aussie LTD dispone de argumentos para sostener que los vehículos de Car4u son un activo esencial de la compañía, debido a que, sin ellos, la finalidad económica de la sociedad, así como el negocio, pierden su razón de ser. Por ello, sería ilógico pensar que el móvil de la compraventa es la adquisición de las participaciones sociales y no el activo de la sociedad, es decir, la flota de vehículos.

Por otro lado, Aussie LTD también podría desarrollar un argumento en base a la jurisprudencia que el Tribunal Supremo ha sentado con sentencias como la de 19 de octubre de 2011²⁵, referida a la naturaleza de la compraventa. Al igual que otras resoluciones del Alto Tribunal, dicha sentencia declara que la compraventa no podrá calificarse como mercantil en ningún caso cuando no cumpla con lo establecido en el Artículo 325 del Código de Comercio. Así, si la compraventa no se realiza para revender los bienes adquiridos y lucrarse con la reventa, no podrá reputarse mercantil dicho contrato. Concretamente la resolución declara lo siguiente:

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 686/2011 de 19 de octubre (Roj: STS 6569/2011) Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández.

“Los motivos deben ser estimados porque la sentencia recurrida declara que el contrato es mercantil, y consiguientemente aplica, en materia de intereses, el artículo 63.1 del Código de Comercio, y sin embargo la compraventa es civil porque no se adquirieron los bienes comprados para revenderlos, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa, como exige el art. 325 del Código de Comercio para que la compraventa sea mercantil.”

Además, otras resoluciones basadas en la anterior se encargan de completar la doctrina, añadiendo más criterios o posibilidades a la mercantilidad de la compraventa. Sentencias como la del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020 disponen que habrá de reputarse mercantil aquella compraventa de participaciones sociales aquellas en las que el comprador adquiera la sociedad para introducirla a su explotación:

“Junto a dicha corriente jurisprudencial cabe identificar otra (integrada, entre otras, por las sentencias de 16 de enero de 2011, 10 de abril de 2003, 3 de noviembre de 1988, 3 de mayo de 1985 y 12 de marzo de 1982) conforme a la cual la compra por un empresario con la intención de destinar el objeto comprado a su explotación o integración industrial o comercial debe reputarse mercantil (la llamada compraventa-inversión). En este caso el elemento tipificador de la mercantilidad de la compraventa estaría no en el propósito de la reventa con ánimo de lucro, sino en la integración del objeto de la compraventa en el proceso productivo de la empresa (lo que en todo caso presupone igualmente la concurrencia del ánimo de lucro ex art. 116 Ccom).”

Todo lo anterior apoyará el argumento sobre la naturaleza del contrato de compraventa, puesto que no se cumplen ninguno de los requisitos para considerar la mercantilidad del contrato de compraventa de las participaciones sociales de Car4u. En ese sentido, Aussie LTD deberá argumentar que, en realidad, con el contrato de compraventa entre la sociedad y el Sr. García, lo que se estaba transmitiendo era la flota de vehículos, siendo,

consecuentemente, posible la interposición de la Acción de Saneamiento por Vicios Ocultos.

Una vez analizado el objeto del contrato de compraventa y la procedencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos atendiendo al verdadero móvil del contrato, en nuestra opinión debería desarrollarse el análisis de cada uno de los requisitos que han de reunir los defectos para que se vea estimada la pretensión, así como de los hechos concurrentes en el presente caso que deberían conducir a la estimación de la demanda.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 26 de mayo del presente año 2021²⁶, realiza un estudio detallado de dichos requisitos que procedemos a exponer a continuación:

(i) Vicio oculto.

El primer requisito que debe concurrir para que la acción de saneamiento es que el vicio sea oculto. Para que se pueda apreciar el mismo, es necesario que el comprador no haya podido observar el defecto a simple vista o, en este caso, probando el vehículo. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1981, según la cual *“el vicio ha de estar oculto; sin que puedan ser considerados ocultos todos aquellos que pueda apreciar fácilmente en la oportuna inspección del bien con motivo de la entrega.”*²⁷ Se pronuncian de igual modo, otras Sentencias del Tribunal Supremo tales como la de 11 de julio de 1983²⁸, de 20 de febrero de 1984²⁹ o de 28 de febrero de 1997³⁰.

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) nº 402/2021 de 26 de mayo (AC 2021/1266) Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 28 de mayo de 1981 (RJ 1981/2144) Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 de julio de 1983.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984/693) Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 151/1997 de 28 de febrero (RJ 1997/1322) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Continuando en la línea de lo anterior, y como se ha adelantado en un momento anterior, también hay que tener en cuenta que se eximirá de toda responsabilidad al vendedor por lo vicios ocultos en caso de que el comprador fuera un perito que por razón de su profesión pudiera percatarse de aquellos defectos fácilmente. Contra este argumento que es muy probable que sea esgrimido por el Sr. García, Aussie LTD ha de alegar que es un banco de inversión dedicado a invertir en diferentes empresas y a la parte económico-financiera de las misas. Por lo tanto, carece de los conocimientos técnicos que podrían conllevar una mayor exigencia en la diligencia empleada en el proceso de compra.

(ii) Preexistencia del vicio oculto.

El siguiente requisito consiste en que el vicio oculto tiene que existir antes de que se formalice el contrato de compraventa. Es decir, no podrá estimarse la acción si se tratara de defectos sobrevenidos y achacables al normal uso de la cosa, en este caso, los vehículos. Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1989 cuando declara que *“el vicio ha de existir en el momento de perfección del contrato, pues si fuese posterior serían aplicables las reglas sobre el riesgo en el contrato de compraventa del artículo 1.452 del Código Civil.”*³¹ En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991³², entre otras.

La línea argumentativa de Aussie LTD sobre esta cuestión deberá necesariamente versar sobre el insignificante lapso de tiempo transcurrido desde la compraventa hasta que los vehículos comienzan a presentar problemas que hacen necesarias las reparaciones. En nuestra opinión, sería aconsejable realizar un informe pericial que analice la causa de los defectos advertidos en los vehículos con el fin de despejar cualquier duda sobre el origen del vicio y su existencia previa a la compraventa.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 de octubre de 1989.

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª) nº 412/2019 de 3 de septiembre (JUR 2019/279933) Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Luis Viguer Soler.

(iii) Gravedad del vicio oculto.

Por otro lado, en cuanto al requisito consistente en que el vicio que padezca la cosa vendida sea grave, requisito que se desprende del ya citado artículo 1.484 del Código Civil, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª) número 412/2019, de 3 de septiembre, argumentando que *“el vicio oculto ha de ser grave. No basta cualquier clase de defecto para que entre en juego la acción de saneamiento. Es preciso que sea de una importancia tal que haga la cosa impropia para el uso al que se la destina o que disminuya de tal modo ese uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.”*³³

En el caso de Aussie LTD y el Sr. García es palmario que, si como consecuencia del vicio oculto preexistente en los vehículos, la sociedad adquirente ha tenido que desembolsar una notable cantidad de dinero en concepto de reparaciones, el precio que hubiera pagado por las participaciones sociales de haber conocido dichos graves defectos habría sido mucho menor.

(iv) Plazo de caducidad de la acción.

Por último, y finalizando con los requisitos que han de cumplir los vicios en la compraventa de Car4u, debemos tener en cuenta que el plazo de seis meses que contempla el artículo 1.490 del Código Civil es un plazo de caducidad, tal como establece nuestra jurisprudencia. A este respecto, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1994 que viene a confirmar lo anterior:

“Como última cuestión a decidir es la concerniente a si el plazo antes mencionado debe estimarse de prescripción o de caducidad, sobre la cual, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han venido sosteniendo criterios

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª) nº 412/2019 de 3 de septiembre (JUR 2019/279933) Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Luis Viguier Soler.

distintos, [...] pero desde hace años el criterio imperante es el favorable a la caducidad...³⁴”

Por lo tanto, siendo dicho plazo de caducidad no admite interrupción, a diferencia de la prescripción, tal y como se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo en resoluciones como la Sentencia de 26 de septiembre de 1997:

“La caducidad, como ha declarado la doctrina de esta Sala a partir de la Sentencia de 30 de abril de 1940, genera la decadencia de los derechos o facultades automáticamente, por el simple transcurso del tiempo.

[...]

es desde luego un plazo de caducidad y no de prescripción, que no admite interrupción, de tal manera que el tiempo transcurre inexorablemente...³⁵”

En el asunto analizado en este informe no disponemos de información que permita determinar exactamente el tiempo transcurrido desde la compraventa y la eventual interposición de la demanda, pero el texto expresa que los defectos se detectan pocos días después.

A la vista de lo anterior, si la demanda se interpusiera dentro de los 6 meses siguientes a la compraventa, se estaría cumpliendo el plazo contenido en el artículo 1.490 del Código Civil.

3. Car4u (asumo 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

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 227/1994, de 10 de marzo (Roj: STS 1602/1994) Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 826/1997, de 26 de septiembre (Roj: STS 5659/1997) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Hernández Gil.

LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.184 del Código Civil.

En primer lugar, es necesario que Car4u argumente -nuevamente- que no puede argumentarse la existencia de un vicio oculto puesto que el objeto del contrato de compraventa no eran los vehículos, sino las participaciones sociales, las cuales estaban libres de cargas y gravámenes.

Además, para la resolución de este epígrafe hay que remitirse a lo expuesto en el epígrafe 2 anterior en el que se analiza la doctrina existente en torno a los requisitos que deben concurrir para que prospere una acción de saneamiento por vicios ocultos. De aquí en adelante, es conveniente el estudio de los argumentos que eventualmente alegaría el Sr. García para oponerse a la acción formulada por Aussie LTD

a. Argumentos de Car4u (Sr. García)

(i) Falta de diligencia por parte de Aussie LTD.

Nuestra doctrina jurisprudencial exige unánimemente que el comprador debe prestar la diligencia debida para que prospere la acción de saneamiento por vicios ocultos. En el presente caso, Aussie LTD realizó un proceso de *due diligence* que le pudo dar acceso a toda la información necesaria sobre, entre otras cuestiones, el estado de los vehículos. Una *due diligence* es el proceso por el cual, en el seno de una operación de compraventa de empresas, la parte compradora realiza un detallado estudio de los aspectos societarios a los que hay que atender para conocer la realidad jurídica, económica y financiera de una compañía³⁶.

En tal sentido, y adelantándonos al siguiente apartado, la cuestión del deber de prestar diligencia en la operación de compraventa es apoyada por la jurisprudencia con mayor

³⁶ GIMENO RIBES, M. “Sobre la aplicabilidad de las acciones edilicias al contrato de compraventa de empresas: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 230/2011, de 30 de marzo (RJ 2011/3133). Cuadernos de Derecho y Comercio 2013, núm. 59, págs. 355-378.

intensidad cuando el comprador se trata de un experto, como es el caso de Aussie LTD. Algunas resoluciones que se pronuncian apoyando este fundamento son, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de enero de 2018³⁷ o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 2015. Esta última dispone que:

“Que el defecto sea oculto, en el sentido de que no fuera conocido ni lo pudiera ser por el adquirente por no tener una evidencia externa; de ahí que el Código excluya la responsabilidad por vicios ocultos cuando se trate de defectos manifiestos o que estuvieren a la vista o cuando el comprador sea un perito que, por razón de su profesión u oficio debiera fácilmente conocerlos, debiendo tener en cuenta, por tanto, que no serán ocultos aquellos defectos que, si bien no son reconocibles por un comprador medio, sí lo son por un perito, mediante el empleo de una mínima diligencia, de modo que incurre en culpa lata, al no reconocerlos, debiendo entenderse la expresión "perito" que emplea el precepto, como dice la S.T.S. de 6/7/84 , "no en el sentido de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosa o materiales.”³⁸”

Así las cosas, el argumento principal del Sr. García deberá ser demostrar la exención de su responsabilidad debido a la falta de diligencia de Aussie LTD a la hora de realizar la *due diligence*.

(ii) Aussie LTD es un experto y no puede ampararse en la existencia del vicio oculto.

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) nº 19/2018, de 18 de enero de (Roj: SAP B 200/2018) Ponente: Ilma. Sra. Dña. Rebeca González Morajudo.

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) nº 271/2019 (Roj: SAP B 4629/2019) Ponente: Ilma. Sra. Dña. Marta Font Marquina.

En primer lugar, hay que estar a lo dispuesto en el Artículo 1.484.1 del Código Civil, el cual dispone 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 [...] 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.*³⁹”

Siendo concedores de tal extremo, hay que ser conscientes también de que, tal y como se refleja en el supuesto de hecho, Aussie LTD, como fondo de inversión, ya ha tenido experiencia en la compraventa de participaciones y gestión de empresas de la misma naturaleza que Car4u. Así puede extraerse de la expresión literal del enunciado:

“Aussie LTD es uno de los diez fondos de inversión más grandes del mundo e invierte en empresas que llevan a cabo actividades muy variadas. EL mundo del car sharing no es ni mucho menos desconocido para Aussie LTD, ya que tiene participaciones en cuatro empresas de car sharing que operan en Vancouver, Boston, Sydney y Roma, respectivamente.”

Así, considerando lo anterior, sería conveniente apoyarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en reiteradas ocasiones, se ha pronunciado sobre qué se entiende por perito en el marco de este precepto. Según dicha doctrina del Alto Tribunal, en nuestro supuesto de hecho, Aussie LTD puede considerarse un perito o experto en la materia. Entre muchas otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984 desarrolla lo siguiente:

“[...] por razón de su oficio y profesión tienen el carácter de perito que les permitiría fácilmente conocer tales pretendidos defectos, ya que la expresión perito a que se refiere el citado artículo 1484 hay que entenderlo no en el

³⁹ Artículo 1.484.1 del Código Civil: *“El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.”*

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...⁴⁰”

Por todo lo expuesto, el Sr. García puede argumentar lo razonado anteriormente para eximirse de toda responsabilidad en la acción de saneamiento por vicios ocultos.

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

El primer argumento en contra de los fundamentos del Sr. García sobre la cuestión de los vicios ocultos deberá basarse en que Aussie LTD no puede ser considerado un perito o un experto en el sector del *car sharing*. De esta manera, Aussie LTD podrá conseguir que el Sr. García no pueda eximirse de la responsabilidad como vendedor por los vicios ocultos de los vehículos. Como se ha adelantado anteriormente, la doctrina y jurisprudencia considera al perito al que se refiere el artículo 1.484 del Código Civil no como un profesional con un título específico de perito en la materia, sino como aquel que, por razón de su oficio o profesión puede conocer con facilidad los defectos que padezca la cosa⁴¹.

Un fondo de inversión es un instrumento financiero que se encarga de agrupar diferentes aportaciones dinerarias que realizan personas independientes para invertirlas y proporcionarles una rentabilidad. Un fondo es una Institución de Inversión Colectiva formado por esas aportaciones de dinero de los inversores. Así, los inversores independientes tienen la posibilidad de acceder a mercados de difícil acceso por no tener el capital suficiente⁴².

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 437/1984, de 6 de julio (Roj: STS 1489/1984) Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 437/1984, de 6 de julio (Roj: STS 1489/1984) Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

⁴² <https://bit.ly/33di8AO>

Atendiendo a la propia definición y a la razón de ser de los fondos de inversión, el cual es invertir el dinero que aportan individuos independientes, no puede considerárseles un perito. Esto es así debido a que, en realidad, los fondos de inversión no son expertos en las empresas de los mercados que invierten, sino en detectar empresas en las que invertir, por lo que sus conocimientos técnicos no van más allá de los económicos.

Por otro lado, en cuanto a la *due diligence* que se realiza, tampoco puede argumentarse de contrario que los equipos de auditores, economistas, expertos fiscalistas, etc, puedan ser considerados expertos o peritos en la parte técnica del negocio, puesto que ellos se encargaron de la parte más económica de la *due diligence*.

Por último, una de las características de un proceso de *due diligence* es que el vendedor aporte toda la información necesaria para que el proceso se realice correctamente y sin trabas. Con respecto a esto, Aussie LTD podría argumentar que no ha recibido toda la información necesaria para un proceso de *due diligence* completo y veraz puesto que, en ese caso, se habrían encontrado los defectos en los vehículos antes de realizar la compraventa.

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

En primer lugar, para el completo entendimiento de la presente cuestión y su oportuna resolución se debe comenzar realizando un pequeño acercamiento al concepto de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyo significado literal es “mientras continúen así las cosas”⁴³.

Mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se puede realizar una revisión de los derechos y obligaciones que generan los contratos para las partes siempre y cuando, con motivo de una serie de circunstancias que, por su carácter impredecible, no hayan

⁴³ <https://bit.ly/3tcCc1i>

podido preverse, la posición de las partes se encuentre en una situación de desequilibrio tal, que no puedan cumplirse dichas obligaciones o su cumplimiento sea inviable⁴⁴. La aplicación de la cláusula pretende, por lo tanto, que, en un contexto de inestabilidad sobrevenida e impredecible, se restablezca el equilibrio en la situación de las partes con respecto al contrato en cuestión, sus derechos y sus obligaciones. Es decir, que los derechos y obligaciones de las partes van a seguir siendo vinculantes para las partes en el marco contractual, pero siempre y cuando se mantengan las condiciones en las cuales se pactó⁴⁵.

Sin embargo, la aplicación de esta cláusula no se encuentra reflejada en el Código Civil ni en ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico, sino que es de creación jurisprudencial. Así, en reiteradas ocasiones (debido a los efectos de la crisis económica de 2008 y durante la pandemia del Covid-19), el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la aplicación de la *rebus sic stantibus*. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18/07/2019 (ECLI:ES:TS:2019:2556), que también será traída a colación en la siguiente pregunta, se declara lo siguiente:

“Aunque el Código Civil no regula un mecanismo que expresamente permita extinguir o modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles, doctrina y jurisprudencia recurren a la cláusula rebus sic stantibus para solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato.”

Asimismo, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones cuáles son los requisitos que un supuesto de hecho ha de cumplir para que sea de aplicación la mencionada cláusula. En concreto, de la Sentencia del Tribunal Supremo

⁴⁴<https://bit.ly/3r5oAIJ>

⁴⁵ <https://bit.ly/3zHXC7J>

(Sala de lo Civil), nº 333/2014, de 30 de junio⁴⁶, pueden extraerse los siguientes requisitos:

1. que se trate de una situación sobrevenida, que no haya podido preverse y de carácter fortuito,
2. que debido a la circunstancia anterior las condiciones de las partes pierdan el equilibrio que en el momento de la formalización del contrato existía y
3. por último, que, debido a las circunstancias expuestas en los dos apartados anteriores, sea imposible el cumplimiento de las obligaciones por la parte que invoca la aplicación de la cláusula.

Históricamente, el Tribunal Supremo ha sido muy restrictivo en la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*, así como muy prudente en su aplicación. De hecho, resoluciones tales como la sentencia citada anteriormente, reconocen el carácter excepcional a la hora de proceder a la aplicación de esta cláusula. Otro extracto que puede ser revelador para entender la *rebus* es el siguiente:

“Respecto de la cuestión de fondo que plantea el presente caso, en torno a la valoración del régimen de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, debe señalarse que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula "peligrosa" y de admisión "cautelosa", con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles"; caso de la sentencia de esta

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 333/2014, de 30 de junio (ECLI: ES:TS:2014:2823) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

Sala, de 10 de febrero de 1997, que es tomada como referente por la Audiencia Provincial.⁴⁷”

Como podemos observar, la propia sentencia que acaba aplicando la cláusula, define la misma como “*peligrosa y de admisión cautelosa*”. Sin embargo, en los periodos de crisis económica, como en el que nos encontramos ahora, encontramos una ligera flexibilidad que puede servir para apoyar la pretensión del Sr. García.

Por último, una sentencia relativamente reciente de nuestro Alto Tribunal se pronuncia de una manera brillante sobre la procedencia de la aplicación de la cláusula, su naturaleza y requisitos. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de julio de 2019⁴⁸ declara lo siguiente:

“Como recuerda la sentencia del pleno de esta sala 820/2012, de 17 de enero de 2013 , aunque el Código Civil no regula un mecanismo que expresamente permita extinguir o modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles, doctrina y jurisprudencia recurren a la cláusula "rebus sic stantibus" [estando así las cosas], próxima en su fundamento a los arts. 7 y 1258 CC , para solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato. Según esta doctrina, 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 propia finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes. 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

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 333/2014, de 30 de junio (ECLI: ES:TS:2014:2823) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 452/2019, de 18 de julio (Roj: STS 2556/2019) Ponente: Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.

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 (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)".”

Asimismo, otras resoluciones como la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013, aunque aceptan que su aplicación ha de ser restrictiva puesto que hay que respetar las obligaciones que emanan de los contratos, también reconocen las situaciones excepcionales de los momentos de crisis:

“Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla rebus sic stantibus haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla.⁴⁹”

Una vez sentadas las bases de esta cláusula de creación jurisprudencial, así como desarrolladas las condiciones y requisitos que han de cumplirse para su aplicación, se pasará a exponer los argumentos concretos de las partes.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 820/2013, de 17 de enero (Roj: STS 1013/2013) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

a. Argumentos a favor.

En el supuesto de hecho, sería fácil demostrar y fundamentar que se dan las condiciones que exige la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, tal como exponemos a continuación.

(i) Circunstancias sobrevenidas.

En primer lugar, el carácter sobrevenido de las circunstancias es palmario. Tal y como han declarado desde el inicio de la pandemia numerosos expertos epidemiólogos y sanitarios de toda índole, no podía preverse la aparición de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19, ni tampoco que situación sanitaria iba a tener una importancia tan agresiva⁵⁰. Consecuentemente, la situación socioeconómica derivada de esta crisis tampoco ha podido preverse de ningún modo.

Por lo tanto, el primer requisito, que se refiere al carácter sobrevenido de la situación, se ve reflejado en nuestro supuesto.

(ii) Desequilibrio de las prestaciones.

Por otro lado, en cuanto al requisito consistente en que, debido a lo anterior se produzca un desequilibrio en las prestaciones de las partes, se ve cumplido igualmente por el siguiente razonamiento. En el momento de la firma del contrato de préstamo, hemos de presuponer que prestador y prestatario gozaban de unas prestaciones equilibradas: uno cedía capital y el otro pagaba unas cuotas con sus respectivos intereses. Sin embargo, en aquel entonces, la situación económica permitía a Car4u hacer frente a la obligación de pago de dichas cuotas, obteniendo por la actividad de la sociedad, los recursos económicos suficientes como para no dejar de lado la misma. Sin embargo, con la llegada

⁵⁰ <https://bit.ly/3ncBexY>

de la pandemia y la decisión del ejecutivo de declarar el Estado de Alarma⁵¹, se aplicaron medidas severamente restrictivas, enfocadas a la frenada de los contagios, a través de confinamientos, que provocaron la paralización del país. Con motivo de la interrupción de todas las actividades excepto las esenciales, y la consecuente imposibilidad de los ciudadanos de salir de sus domicilios, se dejarnos de utilizar los servicios que ofrecía Car4u, lo que produjo una disminución crítica en los ingresos de la sociedad.

Además, una vez se relajaron ligeramente las medidas adoptadas por el ejecutivo y la población pudo salir a la calle con más asiduidad, siguieron sin contratar los servicios de Car4u debido al miedo al contagio. Por lo tanto, podríamos considerar cumplido el requisito del desequilibrio de las prestaciones de las partes, en tanto en cuanto la prestataria no puede asumir las obligaciones contractuales y dicha situación no es en absoluto achacable o subsumible en el concepto de riesgo del contrato.

(iii) Imposibilidad de cumplimiento.

Por último, el tercer requisito que, como se ha explicado anteriormente, es necesario que se cumpla para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es el que se refiere a la imposibilidad de la parte que invoca la aplicación de la cláusula de cumplir con las obligaciones que se derivan del contrato como consecuencia de las dos circunstancias anteriores. Es, igual que el resto de las condiciones, absolutamente innegable que, debido al cambio en las situaciones por la crisis sociosanitaria derivada de la pandemia, a Car4u le resulta imposible por la desaparición de los ingresos, pagar las cuotas del préstamo que solicitó.

Por último, otro requisito de la jurisprudencia para la aplicación de la cláusula es que el contrato tiene que ser de larga duración y de tracto sucesivo, debido a que bajo esta circunstancia es más probable, lógicamente, que cambien las circunstancias en las que se firmó el contrato. Algunas resoluciones que así lo expresan son las Sentencias del

⁵¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Publicado en el BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020, páginas 25390 a 25400.

Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004⁵², de 9 de enero de 2019⁵³ o de 6 de marzo de 2020, entre otras. Concretamente esta última declara que:

“El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la rebus sic stantibus es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato.”⁵⁴

En cuanto a lo anterior, el contrato de préstamo bancario puede considerarse de tracto sucesivo o de ejecución diferida, puesto que no finaliza con la perfección del mismo, sino que se va cumpliendo periódicamente. Es ese sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 13 de febrero de 2018, cuando declara que:

“En atención a esta doctrina, que es la aplicable al caso, de un lado, las prestaciones de ambas partes en el contrato litigioso no han quedado completamente cumplidas y liquidadas, como es obvio, es decir, al calificarse el contrato como de tracto sucesivo o de ejecución diferida, no queda consumado en el momento de su perfección, manteniéndose las obligaciones y el pago de prestaciones periódicas, y así la dicha consumación se producirá con el pago completo del préstamo, una vez cumplidas tales obligaciones de reintegro por los prestatarios...”⁵⁵

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 313/2004, de 22 de abril (Roj: STS 2638/2004) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 5/2019, de 9 de enero (Roj: STS 13/2019) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 156/2020, de 6 de marzo (Roj: STS 791/2020) Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo,

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) nº 685/2017, de 13 de febrero (Roj: SAP SA 45/2018) Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Jacinto García Pérez.

b. Argumentos en contra.

A continuación, se expondrán argumentos en contra de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el marco de un contrato de préstamo bancario.

En primer lugar, hay que mencionar el principio que choca directamente con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: el principio *pacta sunt servanda*. Dicho principio puede encontrarse plasmado en diferentes preceptos del Código Civil. En primer lugar, el Artículo 1.091 del Código Civil establece que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.*” Por otro lado, declara el 1.256 del mismo cuerpo legal que “*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*” Asimismo, dicta el Artículo 1.258 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.*”

De todo lo anterior puede extraerse que el principio *pacta sunt servanda* es aquel por el cual la doctrina establece que los contratos están para cumplirse. Así, por muchas excepciones que la propia doctrina haya establecido, como por ejemplo la cláusula *rebus sic stantibus*, las partes quedan sometidas a las obligaciones que del contrato que libremente han firmado emanan.

Por tanto, en contra de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* podría argumentarse la vulneración de los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil, así como la vulneración del principio *pacta sunt servanda*.

Por otro lado, tal y como se explicará en el apartado segundo de la siguiente pregunta, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* siempre ha sido tomada por los tribunales con una actitud cautelosa, achacándose los cambios en las circunstancias de las partes a los riesgos normales que se derivan de los contratos, en la mayoría de las resoluciones. Del mismo modo se argumentará en ese mismo momento que no hay una excesiva

onerosidad por parte de la entidad bancaria, puesto que la contraparte ya había recibido el dinero del préstamo, quedando las partes en equilibrio de prestaciones.

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

Con motivo de la llegada de la pandemia del COVID-19, el ejecutivo español decidió tomar una serie de medidas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas (en adelante “PYMES”), para intentar paliar el descenso sustancial de los ingresos de las mismas, así como para aumentar sus capacidades de hacer frente a los gastos fijos que, en aquel momento, fueron muy difíciles de asumir. En el caso de Car4u, debemos estar a lo dispuesto en dos normas de ámbito estatal que contemplaban medidas destinadas a lo descrito anteriormente, para las PYMES que se encontraran en una situación de incapacidad financiera:

1. El Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (“RD-L 15/2020”).
2. El Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (“RD-L 35/2020”).

Debido a que en el supuesto de hecho no se nos apunta exactamente al mes en que se solicitarían estas medidas, se va a asumir que, se hace en los mismos meses en que se solicitan las medidas cautelares *inaudita parte*, por lo que serán de aplicación los dos cuerpos normativos señalados anteriormente.

El sistema seguido por el Real Decreto Ley 35/2020 (entrada en vigor, el 24 de diciembre del 2020) es el mismo que el del Real Decreto Ley 15/2020 (en vigor desde el 23 de abril

del 2020), con la novedad más destacada de que en el segundo se reconocen dos medidas posibles (moratoria y condonación parcial) que pasan a estar disponibles a opción del arrendador (pero el derecho de elección pasa al arrendatario con la mora creditoris⁵⁶. Este modelo opcional está tomado de la solución que ya preveía el Real Decreto Ley 11/2020 para arrendamientos de vivienda⁵⁷.

Sin embargo, para acogerse a estas medidas, las empresas tenían que cumplir una serie de criterios y requisitos⁵⁸, que se detallan a continuación:

1. Que la sociedad no supere los límites establecidos en el art. 257.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Esto es, que durante dos ejercicios consecutivos no reúnan, a fecha de cierre de cada uno de ellos, dos de las tres circunstancias siguientes:
 - Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros.
 - Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.
 - Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.
2. Que su actividad haya quedado suspendida o haya sufrido una reducción de la facturación del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento o reducción de la renta en, al menos, un 75 por ciento, en relación con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior.

⁵⁶ Art. 1.3 del Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.

⁵⁷ <https://bit.ly/3n9QNGZ>

⁵⁸ Art. 3 del Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.

En el supuesto de hecho no se aportan los datos de los últimos ejercicios económicos para que podamos defender la posibilidad de Car4u de acogerse a estas medidas. Sin embargo, para la viabilidad del informe, asumiremos que la sociedad cumplía adecuadamente con estos requisitos, así como los que establece el Anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión Europea para definir a las PYMES⁵⁹.

Por otra parte, ambos Reales Decretos-Ley presentaban diferencias en sus propios textos, así como entre ellos, referidas a las medidas y los procedimientos según la condición del propietario del inmueble arrendado. Como no tenemos constancia de la naturaleza del arrendador en el supuesto de hecho a continuación, se desarrollarán dichas diferencias.

Dentro del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, las medidas que se adoptaron fueron las siguientes:

1. Medidas previstas cuando el arrendador no es empresa o entidad pública ni gran tenedor.

El arrendatario, es decir, Car4u, asumiendo que cumplía con los requisitos antes expuestos, podía solicitar hasta el 23 de mayo de 2020 un aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o una rebaja de la renta no se hubiese acordado por las partes voluntariamente.

El Real Decreto-Ley 15/2020 permitía además que las partes, es decir, Car4u y el arrendador, puedan disponer de la fianza arrendaticia en el marco del acuerdo alcanzado, que podría servir para el pago total o parcial de alguna/s mensualidad/es de renta. Si tal fuera el caso, el arrendatario tendría que reponer el importe dispuesto en el plazo más

⁵⁹ Artículo 2.1 del Anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado: “*La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.*”

breve de los dos siguientes: un año desde el acuerdo entre las partes; o la vigencia del contrato.

2. Medidas previstas cuando el arrendador es empresa o entidad pública o gran tenedor.

El artículo 1 del RD-L 15/2020 prevé que el arrendatario podía solicitar a su arrendador (empresa o entidad pública o gran tenedor) y hasta el 23 de mayo de 2020, una moratoria en el pago de la renta durante el periodo de duración del estado de alarma (y sus prórrogas) y las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con el impacto provocado por el COVID-19, hasta un máximo, en total, de cuatro mensualidades. La renta aplazada no devenga intereses ni implicará penalizaciones, y Car4u tendría que devolverla (siendo la primera cuota pagadera en la mensualidad siguiente a la finalización de la moratoria) en el más corto de los siguientes dos periodos: dos años o la vigencia del contrato. Esta clase de arrendador sí estaba obligado a conceder la moratoria solicitada, siempre que las partes no hubiesen alcanzado ya un acuerdo de moratoria o reducción de renta.

En segundo lugar, en lo que respecta al Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, las medidas que se adoptaron fueron las siguientes:

1. Medidas previstas cuando el arrendador es empresa o entidad pública o gran tenedor.

El artículo 1 del RD-L 35/2020 dispuso que el arrendatario, podría solicitar de este tipo de arrendador, y antes del 31 de enero de 2021, la aplicación de una de las siguientes dos medidas:

- O bien una reducción del 50 % de la renta durante el tiempo que durara el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, sus prórrogas, y hasta un máximo de cuatro mensualidades.

- O bien una moratoria del pago de la renta durante el tiempo que durara el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, sus prórrogas, y hasta un máximo de cuatro mensualidades adicionales. En este caso, al igual que la moratoria prevista en el RD-L 15/2020, la renta aplazada no devengaba intereses ni implicaría ningún tipo de penalización. El pago aplazado de las rentas se podría realizar durante un periodo de dos años a contar desde la finalización de la moratoria, y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas, repartiéndose los importes aplazados de manera proporcional a lo largo del período.

En virtud del artículo 1.3, el arrendador tendría que comunicar su decisión al arrendatario en el plazo de siete días hábiles desde que este hubiera formulado la solicitud de forma fehaciente. Es decir, pese a que era el Car4u quien tenía la facultad de solicitar una de las dos medidas, la que se aplicaría finalmente (reducción o moratoria) sería lo elegido por el arrendador. No obstante, debe tenerse en cuenta que en caso de que el arrendador no contestara en el plazo de siete días hábiles, se aplicaría la medida elegida por Car4u.

La medida que correspondiera sería de aplicación a partir de la mensualidad siguiente a la finalización de los indicados plazos⁶⁰. Además, el artículo 1.2 del RD-L 35/2020 excluía expresamente de la reducción o moratoria cualesquiera gastos que, conforme al contrato, tuviera que soportar el arrendatario (previsión expresa que no se incluyó en el RD-L 15/2020, según se ha expuesto). Por tanto, el arrendador que sea empresa o entidad pública o gran tenedor estaría igualmente obligado a conceder la moratoria o reducción de la renta siempre que las partes no hubiesen alcanzado ya un acuerdo al respecto.

No obstante, a diferencia de lo que ocurría con el RD-L 15/2020, en éste, se hacía constar expresamente que, si las partes hubiesen llegado a un acuerdo que afectara únicamente a una parte del periodo comprendido por el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, y sus prórrogas, así como a un máximo de cuatro mensualidades posteriores, los

⁶⁰ Art.1 apartado tercero Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.

arrendatarios podrían solicitar la moratoria o reducción, pero únicamente para la parte del período no afectada por el acuerdo⁶¹.

2. Medidas previstas cuando el arrendador no es empresa o entidad pública ni gran tenedor.

El arrendatario de un local de negocio cuyo arrendador no sea persona jurídica o gran tenedor, y cumpla con los requisitos señalados anteriormente, también podría solicitar antes del 31/01/2021, 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.

Se incluyó, además, expresamente, que, exclusivamente en el marco del acuerdo al que se refiere el apartado anterior, las partes podrán disponer libremente de la fianza prevista en el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que podría servir para el pago total o parcial de alguna o algunas mensualidades de la renta arrendaticia. En caso de que se dispusiera total o parcialmente de la misma, el arrendatario tendría que reponer el importe de la fianza dispuesta en el plazo de un año desde la celebración del acuerdo o en el plazo que reste de vigencia del contrato, en caso de que este plazo fuera inferior a un año.⁶²

a. Argumentos a favor

Así, en caso de que Car4u no cumpliera los requisitos establecidos anteriormente para que le fueran de aplicación las medidas de los Reales Decretos, o de que no se llegara a un acuerdo entre arrendador y arrendatario para la aplicación de las medidas dispuestas por los cuerpos normativos expuestos anteriormente, Car4u seguiría teniendo la posibilidad de solicitar en sede judicial la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*".

⁶¹ Art.1 apartado cuarto Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.

⁶²<https://bit.ly/3q5NIPj>

Con todo ello, y teniendo en cuenta que fue unánime la calificación de la situación socio-sanitaria como un fenómeno sobrenvenido, imprevisible y extraordinario, podemos afirmar que, en nuestro el supuesto de hecho, Car4u cumple con los requisitos necesarios para que sea de aplicación la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus».⁶³

Para fundamentar la pretensión en el momento en que se presentara el escrito de solicitud de Medidas Cautelares *inaudita parte*, señalaría resoluciones como la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18/07/2019 (ECLI:ES:TS:2019:2556)⁶⁴ que analiza dicha cláusula en los siguientes términos:

“Aunque el Código Civil no regula un mecanismo que expresamente permita extinguir o modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles, doctrina y jurisprudencia recurren a la cláusula rebus sic stantibus para solucionar los problemas derivados de una alteración sobrenvenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato.”

El legislador hace constar en el preámbulo del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que pretende ser la salvaguarda para aquellos casos en los que las partes contratantes no llegan a un acuerdo para modular la renta si el arrendatario no puede hacer frente al pago durante la pandemia. Salvaguarda que entiende necesaria por no contemplar ni Código Civil ni la Ley de Arrendamientos Urbanos una solución específica para estos casos, es decir, una regulación expresa de la cláusula "*rebus sic stantibus*". Las disposiciones de los reales decretos-ley examinados, en las que contemplan reducciones o moratorias de renta van, según dispusieron sus preámbulos, “en línea con la cláusula rebus”.

No existe razón alguna para exigir que el arrendatario se conforme con las medidas contempladas en los reales decretos-ley, medidas que más bien permiten ser el conducto a través del cual el arrendatario pueda evitar una resolución contractual ante la imposibilidad de cumplir pero nada obsta para que, si las considera insuficientes, o prevé que la afectación a su contrato no sea meramente transitoria si no que pueda prolongarse

⁶³ <https://bit.ly/3qZgOtr>

⁶⁴ <https://bit.ly/3r4R1QC>

en el tiempo, pueda solicitar una modificación de su contrato o, incluso, en los casos más graves, la resolución, aplicando la cláusula "*rebus sic stantibus*" en los términos que considere justos o adecuados para restablecer el equilibrio entre las prestaciones de las partes⁶⁵.

Pero para ver hasta qué grado está siendo de aplicación dicha doctrina, se hace imprescindible estudiar los distintos Autos y Sentencias que sobre el particular se han dictado hasta la fecha, en los que se ha resuelto sobre posibles suspensiones o reducciones del pago de la renta en tanto continúe la situación actual.

En la actualidad se cuenta con un número significativo de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos judiciales en los que se demanda la aplicación de la cláusula "*rebus sic stantibus*".

En el Auto 26/2021 del JPI nº7 de Palencia se alude a la situación de crisis sanitaria y económica y los efectos negativos que ha provocado en las actividades y negocios comerciales en tanto en cuanto los ingresos han sufrido un desplome casi total en la época de cierre completo pero las rentas continuaban devengándose. En el mismo sentido se pronuncia el Auto 305/2021 de 23 de marzo referente a los alquileres de las tiendas situadas en el aeropuerto de Barajas. Razona el juez que,

“parece incuestionable la fuerte caída en el tráfico aéreo de pasajeros con ocasión de la pandemia”, y que por tanto “se adivinan concurrentes los presupuestos que soportan la doctrina indicada, que se basa en la premisa fáctica de la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias existentes al tiempo de la contratación.”

En cuanto a la posibilidad de solicitar la aplicación de la cláusula "*rebus sic stantibus*" para modificar la renta de un contrato de arrendamiento después de que se haya aplicado alguna de las moratorias previstas en los reales decretos-ley dictados durante la pandemia COVID-19, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº81 de Madrid

⁶⁵ <https://bit.ly/3HOqZId>

de fecha 25/09/2020 (ECLI:ES:JPI:2020:74^a), resuelve en sentido estimatorio la solicitud de medidas cautelares instada por el arrendatario de un local de negocio dedicado a la sala de fiestas.

El Juzgado de 1.^a Instancia confirma que la previsión del Real Decreto-Ley 15/2020 “*no es óbice per se a una futura posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus*” pues como dispone el juzgador, el real decreto-Ley se centra en los efectos más inmediatos de la crisis, mientras que la cláusula "rebus" tiene como objetivo que el negocio supere el bache económico y, a largo plazo, pueda cumplir la duración que en el contrato se previó. Y, asimismo, hace alusión al preámbulo del real decreto-Ley, indicando que, aunque la norma se apruebe “en línea con la cláusula rebus” no se comparte la opinión de algún autor en el sentido de que dichas medidas sean excluyentes de cualquier otra que pueda solicitar el arrendatario si no que “*es perfectamente factible que el arrendatario intente la aplicación de la cláusula "rebus" para el ajuste del contrato según las verdaderas necesidades del caso concreto*”.

Además de las modificaciones contenidas en la legislación citada anteriormente, la casuística de estos últimos meses comienza a sentar precedentes en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para la prohibición cautelar de desahucios en locales comerciales. Algunas decisiones judiciales como por ejemplo el Auto 162/2020 de 7 de julio del JPI N^o2 de Benidorm, el Auto 221/2020 de 1 de septiembre del JPI N^o3 de Barakaldo y el Auto 305/2021 de 23 de marzo del JPI N^o39 de Madrid han apoyado estas pretensiones alegando que debe ser entendida como una abstención temporal de llevar a cabo dicha conducta. Además, consideran que deben ser decisiones con “*carácter urgente*” y adoptadas “*inaudita parte*” en cumplimiento de la obligación establecida en los Reales Decretos-Ley 15/2020 y 35/2020 de “*frenar el impacto económico del estado de alarma de forma inmediata y a que el procedimiento judicial que se utilice por los afectados con dicho objeto deberá tramitarse con carácter preferente*”.

A mayor abundamiento, en el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8^a) de fecha 10/02/2021, aplica la cláusula “rebus sic stantibus” en un procedimiento de medidas cautelares, siendo la primera Audiencia Provincial en aplicar la cláusula.

Se trata, también en esta ocasión, de un contrato de arrendamiento de industria, concretamente de un hotel, en que el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia acuerda como medida cautelar, el aplazamiento del pago del 50% de la renta mínima mensual pactada en el contrato durante la tramitación del procedimiento, manteniendo el aplazamiento de las rentas que se generen a partir del mes de marzo de 2021 (fecha de comienzo de la temporada turística) en caso de que se mantengan las restricciones de aforo y movilidad.

En el Auto se valoran los requisitos para la adopción de medidas cautelares (aparición de buen derecho, “periculum in mora” y ofrecimiento de caución) y la aplicabilidad de la cláusula “rebus sic stantibus” en relación a la aparición de buen derecho.

Tras una extensa referencia a la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la cláusula que nos ocupa, el Auto recoge que dado el carácter extraordinario e imprevisible de la pandemia que ha tenido efectos devastadores precisamente en el sector turístico, queda acreditada la situación extraordinaria y excepcional lo que podría justificar prima facie la aplicación de la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus”, por lo que confirma la medida cautelar adoptada por el Juzgado de Primera Instancia.

Con todo lo expuesto, podemos llegar a la conclusión de que Car4u puede solicitar la suspensión del pago de la renta de arrendamiento o, en su caso, la condonación de la misma en los términos desarrollados anteriormente.

b. Argumentos en contra.

El primer argumento en contra de la posibilidad de la moratoria o suspensión de la renta de arrendamiento es el que se basa en la imposibilidad de Car4u de acogerse a las medidas dispuestas por los Reales Decretos.

En primer lugar, un requisito indispensable a cumplir por el arrendatario para acogerse a las medidas previstas en los cuerpos normativos citados en el apartado anterior era que la actividad que realizara hubiera quedado suspendida por el Real Decreto que declaró el

Estado de Alarma. La actividad de Car4u no se vio suspendida por la norma puesto que era una actividad de transporte. Por tanto, ese requisito no se vería cumplido.

Por otro lado, otro de los requisitos necesarios para gozar de los beneficios incluidos en los Reales Decretos se refiere a la caída en los ingresos. Lo que disponían los textos normativos era que “*se deberá acreditar la reducción de la facturación del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento o reducción de la renta en, al menos, un 75 por ciento, en relación con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior.*”⁶⁶ En principio, no se tiene constancia de esta reducción en la facturación, por lo que, por la información de la que se dispone, es sería otro argumento posible.

Por último, en cuanto al Real Decreto-Ley 35/2020 de 22 de diciembre, su propio nombre indica al sector de la actividad económica al que van dirigidas las medidas: “*Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.*” Así, no tendría sentido que una empresa que se dedica al alquiler de vehículos pueda verse beneficiada de las medidas que en este texto normativo se recogen.

Por otra parte, existen argumentos en contra de la viabilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para solicitar la moratoria del contrato de arrendamiento. Como se ha adelantado anteriormente, la cláusula *rebus sic stantibus* debería tener, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una aplicación muy limitada, al ser un instrumento legal peligroso⁶⁷. Así, hay numerosas resoluciones del Alto Tribunal que pueden citarse para fundamentar la imposibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Por citar algún ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012 declara que:

⁶⁶ Artículo 3.1.c) del Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 333/2014, de 30 de junio (ECLI: ES:TS:2014:2823) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

“[...]el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación.”⁶⁸”

Además, la jurisprudencia también ha expresado en numerosas ocasiones que no podrá incluirse en la aplicación de la cláusula aquellos riesgos derivados de la propia naturaleza contractual. Una de las resoluciones que así se pronuncian es la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015⁶⁹:

“Por su parte, el otro criterio concorde a esta función delimitadora de la tipicidad contractual en la aplicación de esta figura viene representado por el aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado “riesgo normal del contrato”

[...]

En este sentido, y conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, interesa resaltar que la consideración, por esta Sala, del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula rebus sic stantibus a partir de dicho periodo...”

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 243/2012, de 27 de abril (Roj: STS 2868/2012) Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 64/2015, de 24 de febrero (Roj: STS 1698/2015) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

Citando la misma resolución que en el párrafo anterior, también puede argumentarse que no hay excesiva onerosidad que frustre la finalidad económica del contrato. Dicha resolución expresa que:

“En relación a la excesiva onerosidad hay que señalar que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida.”

Por último, en el caso de que el supuesto de hecho se refiera a un confinamiento de aquellos que se decretaron en determinadas zonas en los que la incidencia acumulada de casos de Covid-19 aumentó⁷⁰, pero después de que el primer confinamiento decretado en marzo de 2020 terminara, el razonamiento sería el siguiente.

Si nos centramos en el ejemplo de Madrid, ciudad en la que, por lo expresado en el supuesto de hecho, podemos asumir que se encuentran las oficinas de Car4u, las primeras medidas de confinamientos perimetrales tomadas por la Comunidad Autónoma se produjeron en septiembre de 2020. En tal sentido se pronuncia la Orden 1178/2020 de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 18 de septiembre⁷¹, cuya Disposición Primera, sobre el objeto y el ámbito de aplicación, expone que *“la presente Orden tiene por objeto*

⁷⁰ Se aporta un simple ejemplo de la situación en España en el mes de diciembre de 2020: <https://bit.ly/3r0KqXw>

⁷¹ Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del Covid-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica.

establecer, con carácter temporal y excepcional, medidas adicionales específicas de contención y prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 ante su evolución en los núcleos de población correspondientes a las siguientes zonas básicas de salud [...].

Centrándose en las medidas concretas, la Disposición Segunda declara que *“se restringe la entrada y salida de personas de los ámbitos territoriales recogidos en el apartado anterior, salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados que se produzcan por alguno de los siguientes motivos: [...] b) cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales o legales.”*

Además, tras la entrada en vigor de la Orden 1178/2020, el Gobierno de la Comunidad de Madrid compartió en Internet un modelo de certificado que justificaba las entradas y salidas de las zonas confinadas⁷².

Una vez dispuesto lo anterior, está claro que, el argumento de la suspensión del pago de la renta de arrendamiento al que está obligada Car4u, puede rebatirse fácilmente con dichas disposiciones de la Orden de la Comunidad Autónoma de Madrid y alegando que los trabajadores de Car4u podían acudir a sus puestos de trabajo con el justificante expedido por la empresa

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

En el supuesto analizado, existen indicios de que el Sr. García crea, a través de una tercera persona (la Sra. Madariaga) una nueva sociedad que tiene una actividad idéntica a la de Car4u, la cual denominan Car4mi. Además, también se expone que muchas de las empresas colaboradoras de Car4u comienzan a realizar negocios con la nueva empresa, rompiendo los contratos de colaboración con la empresa adquirida por Aussie LTD. Ante tal situación, Aussie LTD decide revisar el contrato de compraventa suscrito con el Sr. García, percatándose de que se había incluido una cláusula de no competencia. Dichas

⁷² <https://bit.ly/3zU2lDr>

cláusulas se encargan de proteger los secretos empresariales e industriales en operaciones de compraventas de empresas.⁷³

Ante tal situación, hay que destacar en primer lugar, que Aussie LTD solamente podría interponer una demanda contra el Sr. García por el incumplimiento de dicha cláusula contractual, debido a que fue con quien contrató. Sin embargo, Aussie LTD no podrá interponer ninguna acción de competencia desleal, puesto que como sociedad no es objeto de perjuicios, sino que será Car4u la que tendrá la legitimación activa. En caso de que se plantearan dichas acciones de competencia desleal, la legitimación pasiva correspondería a Car4mi y no al Sr. García. Por lo tanto, lo que aquí va a tratarse es la posible demanda de Aussie LTD frente al Sr. García, que fue con el que contrató, por incumplimiento del pacto de no competencia,

En cuanto a la acción concreta, la primera cuestión que debería analizarse es la validez de la cláusula de no competencia pactada en el contrato de compraventa. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 declara que el Derecho de la Competencia se encargará de dejar sin efectos una cláusula de no competencia post contractual cuando la misma afecte a la libre competencia en el mercado. Es decir, que, si como consecuencia de dicha cláusula se retira a un competidor relevante, sería nula de pleno derecho. Sin embargo, en el asunto que nos ocupa, la cláusula funciona como un impedimento temporal al Sr. García de desviar los clientes hacia una nueva empresa. Así se pronuncia igualmente la citada resolución:

“En numerosas ocasiones el tráfico mercantil impone o aconseja ciertas restricciones a la competencia, en cuyo caso las cláusulas de inhibición, de estar incorporadas a contratos cuyo objeto principal no sea restringir, impedir o falsear la competencia, que constituya restricciones accesorias del comercio, más o menos necesarias o simplemente útiles o convenientes, por lo que se alude su validez cuando están suficientemente justificadas y sirven a la finalidad perseguida en un contrato lícito.

⁷³ <https://bit.ly/3qc5rPT>

En lo que aquí interesa, cuando los contratos regulan relaciones que comportan a transmisión de una empresa, clientela, know how, en los que la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado.⁷⁴”

De hecho, tal es la forma en la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo defiende esta tesis que incluso declara que, aunque esta cláusula no esté incluida en el contrato, pueden considerarse accesorias al mismo, de tal forma que sería exigible su contenido en virtud de los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio. La resolución señalada en el apartado anterior expone que:

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

Del mismo modo es conveniente resaltar lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2016, la cual se pronuncia en el mismo sentido que la sentencia anterior y, además se centra en el hecho de que, con la concurrencia de la transmisión de casi la totalidad de las participaciones sociales, la sociedad adquirente tiene mayor legitimidad para defender el cumplimiento de la cláusula de no competencia:

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 301/2012, de 18 de mayo (Roj: STS 4006/2012) Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

“Un contrato de compraventa del 75% de las acciones de una sociedad mercantil supone en la práctica, aunque no se indique expresamente en el clausulado, una transmisión de la empresa que constituye su objeto social. De ahí que exista un interés legítimo de los adquirientes 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 como dijimos en la sentencia 301/2012, de 18 de mayo, son cláusulas accesorias, en el sentido de que son inmanentes al contrato hasta el punto de que pueden considerarse incluidas en el mismo, conforme al artículo 1.258 CC, aunque no se pacten expresamente.”⁷⁵”

El ponente continúa su exposición detallando las obligaciones que emanan de los contratos de compraventa de empresas, apoyando el razonamiento de la licitud y pertinencia de la cláusula de no competencia postcontractual:

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

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 303/2016, de 9 de mayo (Roj: STS 2063/2016) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

que la empresa transmitida está capacitada para captar en el momento de la transmisión; o si se prefiere, en posibilitar que el adquirente de la empresa, merced al negocio jurídico de transmisión, se coloque en condiciones de poder continuar la normal explotación de la empresa adquirida.⁷⁶”

Por último, es necesario recalcar en aras de rebatir el más que probable argumento del Sr. García de que el plazo establecido en la cláusula de no competencia es excesivo, que no tenemos conocimiento del momento en que la conducta antijurídica se produce, pero en caso de que no se hubiera sobrepasado el plazo apoyado por la jurisprudencia, la pretensión de Aussie LTD debería verse estimada siempre que no hubieran pasado 3 años desde la compraventa.

7. ¿Cuál puede ser la defensa de Car4mi? (Asumo Sr. García)

La defensa principal del Sr. García estará enfocada a la declaración de nulidad de la cláusula de no competencia del contrato de compraventa por ser abusiva. Esto es así debido al largo periodo de vigencia de la cláusula que se pretende: 10 años.

Así, tal y como apoya y defiende la jurisprudencia, los pactos de no competencia tras un contrato de compraventa empresarial no podrán superar los 3 años de duración.

Será conveniente traer a colación una resolución que se pronuncia en tal sentido, declarando que un plazo superior a tres años de vigencia de la cláusula de no competencia no podrá ser válido. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2008 expresa lo siguiente:

“En el caso de la venta de empresas, que no existe regulación expresa que limite un posible pacto de no competencia, no significa que no pueda apreciarse cuándo esta cláusula deja de ser accesoria a la transmisión de

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 303/2016, de 9 de mayo (Roj: STS 2063/2016) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

empresas, por ir más allá de lo estrictamente necesario para garantizar la transmisión, en este caso para hacer efectivo el traspaso del fondo de comercio. Ya hemos argumentado como el Tribunal de Defensa de la Competencia, bajo la vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, admitió estas cláusulas de no competencia siempre que persiguieran exclusivamente la consolidación del fondo de comercio, y su duración, ámbito geográfico y contenido no excedieran de lo razonablemente necesario. Y para realizar este juicio de ponderación sobre el tiempo razonablemente necesario, es para lo que tiene sentido tomar como punto de referencia la regulación del contrato de agencia, pues permite advertir cómo un plazo superior a dos años debería ser excepcional.

Y este parece ser el criterio seguido por la Comisión Europea en los supuestos en los que ha admitido las cláusulas de inhibición de competencia, con ocasión de adquisición de empresas. La Comisión considera como regla general que las cláusulas de inhibición de competencia están justificadas por períodos de hasta dos ó tres años, dependiendo de si el traspaso incluye sólo el fondo de comercio o también el know-how (Decisión 1 de septiembre de 2000 [caso Clayton Dubilier & Rise/Italtel]). Ahora bien, siendo ésta la regla general, en algún caso ha admitido periodos de duración mayores, de hasta 5 años, en determinadas circunstancias, como por ejemplo en escenarios caracterizados por un alto grado de fidelidad de los clientes y de productos con un largo ciclo de vida (Decisión de 1 de septiembre de 2000 [caso Volvo/Renault VI]). Por su parte, la STJCE de 11 de julio de 1985 (caso Nutricia), en un supuesto de venta de dos sociedades filiales a un tercero, en que se había pactado una prohibición de competencia por un plazo de diez años, consideró que tres eran suficientes para consolidar la clientela y, en consecuencia, declaró la validez de la cláusula con este límite temporal de tres años, y nula en el exceso.⁷⁷”

⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 164/2008, de 9 de mayo (Roj: SAP B 7740/2008) Ponentes: Ilmos. Sres. D. Ignacio Sancho Gargallo, D.Jordi Forgas i Folch y D. Blas Alberto González Navarro.

Del mismo modo que la resolución anterior, apoya la doctrina la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2015, la cual, citando en su literalidad otra sentencia de la Sección 20ª, se pronuncia de la siguiente forma:

“En el mismo sentido, también para un caso de venta del 100% de las participaciones de una sociedad, se pronuncia la sentencia de la sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Por lo demás, impedir al demandado desplegar su actividad profesional, por sí mismo o a través de una sociedad, por el plazo de 10 años que contempla el contrato, implicaría una inadmisibles restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el artículo 35 de la Constitución , del que es reflejo el artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores , por lo que dicho pacto vulnera el orden público, determinando la nulidad de la cláusula, al menos, en lo que excediera de dos años (artículo 1255 del Código Civil en relación con el límite establecido en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores), lo que conduce a la desestimación de la demanda al no constar que la sociedad constituida por el demandado comenzara su actividad antes de expirar el mencionado plazo.”⁷⁸”

Por otro lado, y dependiendo de la acción que llevara a cabo Aussie LTD, puede ser adecuado considerar lo siguiente. Es posible que Aussie LTD interpusiera acciones enfocadas a que se declarara un acto de competencia desleal. Si se diera el caso, además de que la legitimación activa no residiría en Aussie LTD, sino en Car4u, y la pasiva en Car4mi, el Sr. García podría apoyarse en jurisprudencia que no estima la concurrencia de un acto de competencia desleal por incumplimiento de una cláusula de no competencia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de julio de 2011 se pronuncia de la siguiente forma:

⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) nº 350/2015, de 4 de diciembre (Roj: SAP M 16726/2015) Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández.

“Como hemos señalado en nuestras sentencias de 14 de mayo de 2010 y 21 de enero de 2011 , la vulneración de un pacto de no concurrencia no constituye per se un ilícito concurrencial, ni constituye tampoco una conducta capaz de contribuir de modo significativo a configurar un acto contrario al principio de la buena fe concurrencial que proclama el mencionado artículo 5 , indicando a continuación que: "debe tenerse en cuenta que la Ley de Competencia Desleal constituye un conjunto normativo que pretende preservar la corrección en las prácticas mercantiles protegiendo a quienes intervienen en el mercado frente a conductas que, salvo en algunas hipótesis que no vienen al caso (vgr., deberes de confidencialidad o reserva del Art. 13-1), se caracterizan esencialmente por la nota de la extracontractualidad, es decir, por la inexistencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la acción de vínculo contractual alguno capaz de obligar jurídicamente a aquel respecto de este a abstenerse de ejecutar la conducta censurada. Cuando ese es el caso, el agraviado no precisa de la protección de la Ley de Competencia Desleal al tener siempre salvaguardados sus intereses concurrenciales al respecto por la posibilidad de ejercitar acciones típicamente contractuales (de cumplimiento y/o de resarcimiento en caso de incumplimiento del contrato). La infracción en sí misma de un compromiso de no concurrencia de origen contractual por parte del contratante sobre el que gravita esa obligación negativa no es, con independencia de la regulación laboral de la materia, conducta constitutiva del ilícito concurrencial alguno de cuantos contempla la Ley de Competencia Desleal: se trata, simple y llanamente, de una conducta incumplidora de un contrato que solamente puede ser enervada, corregida o reprimida mediante el ejercicio de su acción natural, a saber, la acción personal emanada del propio contrato.”⁷⁹”

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) nº 237/2011, de 14 de julio (Roj: SAP M 10171/2011) Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas Hernández.

