



Trabajo Fin de Máster

Especialidad Derecho de las Relaciones Jurídico-Privadas

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Autor: María Pont Esteban

Director: María Ángeles Bengoechea Gil

Facultad de Derecho (ICAIDE)

Enero 2022

Índice

I. INTRODUCCIÓN	4
II. LA POSIBLE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO ENTRE AUSSIE LTD Y EL SR. GARCÍA	5
1. NATURALEZA DEL CONTRATO Y REQUISITOS NECESARIOS PARA SU RESOLUCIÓN	5
2. ARGUMENTOS DE AUSSIE LTD A FAVOR DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO	6
3. ARGUMENTOS DEL SR. GARCÍA EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.....	11
III. LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN EDILICIA DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS POR PARTE DE AUSSIE LTD	14
1. ARGUMENTOS DE AUSSIE LTD A FAVOR DE LA ESTIMACIÓN DE LA ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS.....	14
2. ARGUMENTOS DEL SR. GARCÍA PARA Oponerse AL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS CON BASE EN QUE AUSSIE LTD REALIZÓ UNA <i>DUE DILIGENCE</i> Y EN QUE TIENE LA CONDICIÓN DE PERITO <i>EX</i> ARTÍCULO 1484 CC	17
3. ARGUMENTOS DE AUSSIE LTD EN CONTRA DE LOS ADUCIDOS POR EL SR. GARCÍA	19
IV. LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	21
1. ACERCA DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	21
2. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO	24
2.1 Argumentos a favor	24
2.2 Argumentos en contra.....	27
3. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO BAJO LAS RESTRICCIONES DEL COVID-19.....	30
3.1 Argumentos a favor	30
3.2 Argumentos en contra.....	33
V. LA APARICIÓN EN EL MERCADO DE LA COMPAÑÍA CAR4MI	36
1. ESTRATEGIA DE AUSSIE LTD Y CAR4U.....	36
2. ESTRATEGIA DE CAR4MI Y EL SR. GARCÍA.....	49
VI. CONCLUSIONES	56

Listado de abreviaturas

CC	Código Civil
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGP	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
LM	Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas
LSE	Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este dictamen es dar respuesta a una serie de cuestiones concernientes a la esfera de las relaciones jurídico-privadas en las que se han visto envueltas el fondo de inversión Aussie LTD y las compañías Car4mi y Car4u, así como el dirigente de esta última, el Sr. García.

La primera problemática planteada tiene origen en el contrato de compraventa de un porcentaje de las participaciones sociales de la empresa dedicada al negocio del *car sharing* Car4u. Se trata pues de analizar las posiciones contrapuestas del comprador (Aussie LTD) y el vendedor (el Sr. García) en relación con la posible resolución de dicho contrato con base en que algunos de los vehículos que forman parte de la flota de Car4u están averiados.

Más tarde, y en relación con el mismo contrato, surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que el comprador exija al vendedor el saneamiento por vicios ocultos por ese concreto motivo. En este punto se estudian los argumentos que podrían aducir ambas partes al respecto y se hace especial referencia a dos particularidades: las consecuencias que tiene que el comprador haya realizado una *due diligence* y la pertinencia de considerar a la parte compradora del mencionado contrato como un perito, de acuerdo con el artículo 1484 del Código Civil.

Asimismo, se dedica un capítulo al estudio de la cláusula *rebus sic stantibus* y al análisis de la posibilidad de su aplicación para modificar las condiciones inicialmente pactadas de dos contratos: el contrato de préstamo que formaliza Car4u con una entidad bancaria para invertir en la compra de nuevos vehículos y el contrato de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde Car4u gestionaba la compañía y al que no pudo acceder durante un periodo de cinco meses por estar localizado en una zona confinada debido a las restricciones impuestas como consecuencia de la pandemia del COVID-19.

Finalmente, se tratan una serie de temas referentes a la competencia desleal, propiedad industrial y pactos de no competencia, todos ellos relacionados con la aparición en el mercado de la compañía Car4mi. Así, se exponen las posibles estrategias de Aussie LTD y Car4u, por un lado, y el Sr. García y Car4mi, por otro.

II. LA POSIBLE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO ENTRE AUSSIE LTD Y EL SR. GARCÍA

1. NATURALEZA DEL CONTRATO Y REQUISITOS NECESARIOS PARA SU RESOLUCIÓN

En aplicación de la ley del contrato (derecho español común), el primer paso para poder dar respuesta a la cuestión que se suscita es determinar si la compraventa de participaciones sociales constituye un contrato de compraventa civil o mercantil.

La sentencia del Tribunal Supremo 686/2011, de 19 de octubre [FJ 11], abordó el problema de la calificación civil o mercantil del negocio de compraventa de acciones o participaciones sociales. El Alto Tribunal, siguiendo la línea jurisprudencial marcada por las anteriores sentencias de 9 de julio de 2008, 25 de junio de 1999 y 10 de noviembre de 1989, estimó el recurso sosteniendo que «[...] 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 artículo 325 del Código de Comercio para que la compraventa sea mercantil [...]».

De este modo, el Supremo constata que el doble requisito del elemento intencional de revender los géneros comprados y hacerlo con ánimo de lucro es condición *sine qua non* para calificar una compraventa como mercantil.

Junto a esta corriente jurisprudencial, se identifica otra paralela (de la que forman parte, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo 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), que establece que también se reputa mercantil aquella compraventa realizada por un empresario cuando este tiene la intención de destinar el objeto comprado a su explotación o integración industrial o comercial (la llamada compraventa-inversión).

A la luz de estas corrientes, la sentencia del Tribunal Supremo 119/2020, de 20 de febrero [FJ 3], excluye la naturaleza mercantil de una compraventa de acciones sociales, equiparable a la de participaciones, argumentando que, en la venta parcial de la titularidad de una sociedad, «[...] no consta el citado propósito de reventa (tampoco consta la integración de las acciones sociales en el proceso productivo de la empresa, de la que no consta un objeto social destinado a la inversión), y en el que la naturaleza del objeto del negocio traslativo, que supone la venta parcial de una sociedad, excluye, en vía de principios, por la propia naturaleza de dicho objeto, la consideración del contrato como mercantil. Por ello, aplicando la doctrina jurisprudencial antes reseñada no cabe sino calificar el contrato de compraventa de las acciones sociales litigioso como civil [...]».

Confirmada la naturaleza civil del contrato de compraventa de las acciones de Car4u y teniendo en cuenta que las partes no han incluido en el contrato ninguna cláusula que

regule o condicione el ejercicio de la facultad resolutoria, pues es principio básico en la contratación privada la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), se debe acudir a la regulación del Código Civil sobre la materia.

Hay que detenerse, en primer lugar, en el artículo 1506 CC, cuya rúbrica es: *De la resolución de la venta*. Este artículo determina que, entre otras causas, la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones.

Así, en sede de obligaciones, el artículo 1124 CC, junto con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que más adelante se analizará en detalle, establece los requisitos para que una de las partes tenga la facultad de resolver el contrato:

1. El reclamante (Aussie LTD) debe haber cumplido su obligación o debe poder acreditar que se encuentra en condiciones de hacerlo.
2. La otra parte contratante (Sr. García) no debe haber cumplido su obligación y el incumplimiento debe ser esencial.
3. La obligación incumplida debe ser una obligación recíproca.
4. La obligación cuyo incumplimiento fundamenta el ejercicio de la facultad resolutoria debe ser exigible.
5. No debe haber prescrito la acción para ejercitar la resolución del contrato.

Como se va a exponer a continuación, según la rigurosidad de los argumentos que alegue cada parte contratante y la adecuación de los medios de prueba que utilicen, el Tribunal enjuiciador podría llegar a sendas conclusiones: la pertinencia de la resolución del contrato o no.

2. ARGUMENTOS DE AUSSIE LTD A FAVOR DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Aussie LTD podría argumentar que se cumplen todos los requisitos mencionados de la siguiente manera.

En cuanto al primero, la jurisprudencia (STS 116/2010, de 4 de marzo [FJ 3], con cita en muchas otras) sostiene que «los contratos bilaterales sólo pueden quedar resueltos cuando la parte cumplidora manifiesta su voluntad de resolver»; el sujeto incumplidor no puede reclamar la resolución, de lo que se deduce que «el incumplimiento recíproco impide que pueda constituirse en causa de resolución».

Así lo confirma también la sentencia del Tribunal Supremo 168/2013, de 6 de marzo [FJ 4]: «en las obligaciones bilaterales o recíprocas se parte de la base de que, quien reclame

el cumplimiento haya cumplido con carácter previo y fielmente, frente a la contraparte que haya dejado de hacerlo, dado que, en otro caso, se vulneraría toda razón lógica-jurídica, yendo contra el principio de que lo pactado tiene fuerza de obligar entre las partes».

Por tanto, es necesario que Aussie LTD haya cumplido con sus obligaciones y, como parte compradora, su única obligación era pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato o, en defecto de pacto, en el tiempo y lugar en que se hiciera la entrega de la cosa vendida (artículo 1500 CC), tal y como lo hizo el 15 de febrero de 2020 pagando al Sr. García 3.500.000 euros. El cumplimiento de dicha obligación se podría verificar con la presentación de la escritura pública mediante la que se debió formalizar la compraventa (artículo 1464 CC).

En lo que tiene que ver con el segundo requisito, es importante señalar que puede considerarse cumplido aun cuando el incumplimiento sea parcial. Dado que el artículo 1124 CC no impone que el incumplimiento deba ser total, la acción de resolución del contrato permanece frente al contratante parcialmente incumplidor.

Sin embargo, es imprescindible que el incumplimiento, ya sea total o parcial, sea esencial, es decir, que haya malogrado de forma grave las expectativas del contratante que reclama la resolución, de manera que se haya frustrado el fin del contrato. No es suficiente, por tanto, que se produzca el mero incumplimiento de prestaciones accesorias.

Así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo 485/2012, de 18 de julio [FJ 8], con cita en diversas sentencias, cuando dice que para facultar la resolución unilateral en las obligaciones recíprocas, a instancia de quien no incumplió o lo hizo justificadamente, se exige que el incumplimiento revista «cierta entidad»; que haya un «incumplimiento grave de una obligación principal dentro de la economía el contrato»; en definitiva, «que se trate de un incumplimiento caracterizado como "verdadero y propio", "grave", "esencial", "que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes o bien genere la frustración del fin del contrato", "la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico"».

En este caso, Aussie LTD alegaría que el incumplimiento es esencial por las siguientes razones. Hay que partir de que el objeto de la compraventa es un porcentaje del negocio de Car4u, pues en atención al artículo 1281 CC (*in claris non fit interpretatio*), si las palabras del contrato son contrarias a la intención evidente de los contratantes, debe prevalecer esta sobre aquellas. Por tanto, aunque en el contrato se diga que se trata de una compraventa de participaciones sociales, la intención de los contratantes era la de transmitir y vender el negocio de *car sharing*.

Ello se desprende, entre otras cosas, de la multitud de negocios de este tipo que gestiona Aussie LTD y del régimen de no competencia que incluye el contrato, el cual prohíbe al

Sr. García operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un periodo de al menos diez años, así como utilizar el *know-how* de Car4u sin su permiso. Ambas circunstancias revelan que la voluntad de las partes era la compraventa del negocio de *car sharing*, que Aussie LTD pretendía dirigir sin tener la competencia del Sr. García en el mercado. Además, el fondo de inversión llevó a cabo un proceso de *due diligence* precisamente para conocer todos los detalles del negocio de Car4u y así estar en posición de valorarlo.

Identificado el objeto del contrato, este ha quedado inhábil para la finalidad perseguida por el comprador, pues le impide destinar lo adquirido al fin que perseguía al contratar: la explotación del negocio de *car sharing* de Car4u mediante el alquiler de los coches que han resultado averiados.

En esta misma situación, ha determinado ya otras veces el Tribunal Supremo que debe resolverse el contrato por incumplimiento imputable al vendedor. Ejemplo de ello es la STS 325/2017, de 24 de mayo [FFJJ 1 y 5], en que la Sala, en el marco de un contrato de compraventa de un suelo destinado a su desarrollo y transformación urbanística concluye que «[...] las participaciones indivisas transmitidas sobre las fincas [...] “son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante”, frustrándose la expectativa perseguida [por la compradora] con la firma de los contratos para la satisfacción de sus intereses [...]», pues la colindancia del suelo vendido con ciertas fincas fue elemento esencial y determinante para el negocio y, al no cumplir el objeto del contrato con las condiciones inicialmente pactadas por las partes, se le impide destinar lo adquirido al fin perseguido al contratar, conocido este por ambas partes.

A más abundamiento, afirma el Supremo en la misma sentencia [FJ 7] que: «[e]n el supuesto de que el incumplimiento se refiera al propio objeto del contrato, que no reúne las condiciones o características pactadas, la regla general es que haya de calificarse como esencial dicho incumplimiento ya que rompe la equivalencia de las prestaciones según lo pactado y no puede ser obligado un contratante a recibir un objeto que no tiene las condiciones pactadas».

Con base en esta línea jurisprudencial, Aussie LTD podría argumentar que el incumplimiento del contrato es esencial, pues los coches que formaban parte del conjunto empresarial eran elemento esencial del negocio, siendo su inclusión en la compraventa determinante para alcanzar el acuerdo; y el ochenta por ciento de estos está averiado, suponiendo está circunstancia que no puedan ser alquilados y que el negocio del *car sharing* no tenga base, frustrándose así el fin del contrato.

En relación con el tercero de los requisitos apuntados (que la obligación incumplida sea una obligación recíproca), se desprende de la definición del artículo 1445 CC que el contrato de compraventa tiene naturaleza de contrato bilateral: «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

Pero no basta con que el contrato por el que ambas partes estén ligadas sea bilateral para que se vea cumplido este requisito. La concreta obligación incumplida debe ser equivalente a la que el otro contratante sí ha cumplido y debe formar parte del objeto principal del contrato, sin que sea suficiente para resolver el contrato que se haya incumplido una obligación de carácter accesorio o complementario.

En el caso de la compraventa, las obligaciones principales de vendedor y comprador son, respectivamente, las de entrega de la cosa y pago del precio, tal y como se deduce de la redacción del citado artículo 1445 CC y habiendo sido también confirmado por el Tribunal Supremo en sentencias como la STS 714/2011, de 4 de octubre [FJ 3].

Así las cosas, Aussie LTD debería argumentar que la obligación incumplida es la de la entrega de la cosa objeto del contrato, equivalente a la del pago del precio, pues como ya se ha visto, la cosa entregada es inhábil para cumplir la finalidad perseguida por el comprador.

Por otro lado, y respecto al cuarto requisito más arriba apuntado, es necesario que la obligación cuyo incumplimiento fundamenta el ejercicio de la facultad resolutoria sea exigible.

Tal y como explica la sentencia del Tribunal Supremo 422/2021, de 22 de junio [FJ 4], es el artículo 1113 CC el que establece el régimen legal supletorio a falta de que las partes contratantes exceptúen su aplicación mediante pacto en contrario, difiriendo el momento a partir del cual las obligaciones de la entrega y pago de la cosa serán exigibles. Así, este artículo dispone que la ejecución de las prestaciones sea inmediata si no hay término de cumplimiento para ninguna de las partes.

De este modo, al no haber pactado nada al respecto comprador y vendedor y tratarse la entrega de la cosa objeto del contrato de una obligación pura, dicha obligación es exigible desde el momento en que el Sr. García la contrajo con la firma del contrato, es decir, desde el 15 de febrero de 2020. Por tanto, Aussie LTD alegaría que también se cumple este requisito.

Finalmente, en cuanto al último de los requisitos, no debe haber prescrito la acción para ejercitar la resolución del contrato. Al ser esta una acción personal sin un plazo especial previsto en el Código Civil u otra norma del Ordenamiento Jurídico, conforme a la actual redacción del artículo 1964.2 CC, prescribe a los cinco años desde que pudo exigirse su cumplimiento.

Con anterioridad a la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, dicho plazo general de prescripción era de quince años; sin embargo, la disposición final primera de esta ley redujo el mencionado plazo considerablemente. No obstante, no hay dudas de que al caso que nos ocupa le es aplicable la nueva redacción, pues todos los sucesos de la controversia, incluida la

reclamación de la resolución del contrato, se han producido con posterioridad a la entrada en vigor del actual texto.

Así pues, en aplicación de este precepto, Aussie LTD podría sostener que la acción no ha prescrito. Ello porque tuvo conocimiento de que el Sr. García había incumplido su obligación de entrega de la cosa pocos días después de la formalización del contrato, es decir, en febrero de 2020, momento desde el que no han transcurrido ni si quiera dos años. Una vez constatado que se cumplen los cinco requisitos que se deben dar para que una de las partes tenga la facultad de resolver el contrato, a mayor abundamiento, Aussie LTD podría desarrollar el argumento de que, para el ejercicio de la acción resolutoria, no se exige que la contraparte tuviese la voluntad de incumplir.

El hecho objetivo del incumplimiento es suficiente para estimar la acción resolutoria. Así lo confirma el Tribunal Supremo en la sentencia 190/2011, de 17 marzo, [FJ 7]: «[...] la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 del Código Civil, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa no imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato [...]».

Como consecuencia de la constatación del cumplimiento de todos los requisitos necesarios para resolver el contrato, Aussie LTD estaría en disposición de solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Dado que el contrato no incluye ninguna cláusula que establezca un criterio de indemnización concreto en caso de incumplimiento de alguna de las partes, hay que acudir a las normas del Código Civil y a la jurisprudencia.

Se debe partir del ya mencionado artículo 1124 CC, que permite al perjudicado solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios junto con la resolución del contrato, en relación con el artículo 1101 CC: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

La regla en derecho español es indemnizar el interés contractual positivo o el daño a la expectativa, entendido como la cantidad de dinero con la que el incumplidor debe indemnizar a la contraparte de modo que le deje en la misma situación en que se hubiera hallado de haberse cumplido el contrato. Así, el interés contractual positivo incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 1106 CC), pues la acción resarcitoria busca la total indemnidad del contratante que ha sufrido el incumplimiento. Así lo ponen de manifiesto las sentencias del Tribunal Supremo 404/2010, de 18 de junio, y 215/2013, de 8 de abril.

No basta con alegar el incumplimiento, sino que la existencia y cuantía del daño ha de probarlas quien pretende la indemnización, así como la relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños. Así lo proclama la sentencia del Tribunal Supremo 382/2019, de 2 de julio [FJ 4]: «Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 1101 CC es imprescindible la prueba y acreditación de la producción de un daño. Es decir, la condena a la indemnización de daños y perjuicios exige la prueba de su existencia, cuya acreditación incumbe a quien los reclama. Fuera de los supuestos excepcionales en que el incumplimiento de la obligación lleva a considerar la existencia de daños producidos *in re ipsa*, la regla general es que es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama [...]. De manera que el incumplimiento de un contrato no implica por sí solo la existencia de daños y perjuicios, que han de ser alegados y probados, y han de derivarse del pretendido incumplimiento».

En relación con esto, Aussie LTD podría argumentar que los daños son ciertos y consecuencia del incumplimiento de Sr. García del siguiente modo.

Los vehículos estaban averiados a los pocos días de ser recibidos por Aussie LTD, sin que hubiera tenido tiempo de ponerlos en funcionamiento, por lo que fue el Sr. García quien se los entregó así. Además, dichas averías podrían ser comprobadas por cualquier perito.

Las averías del ochenta por ciento de los coches constituyen el daño emergente, cuyo importe se identifica con el valor de 300.000 euros, referente al precio de su reparación. Por otro lado, los beneficios dejados de obtener por Aussie LTD (lucro cesante) son consecuencia de la entrega de los coches averiados, pues no han podido ser alquilados por este motivo. Para cuantificar este lucro cesante, habría que calcular la media de beneficios que genera un coche alquilado a la hora y multiplicarlo por las horas que tenga que estar cada coche en el taller, sin posibilidad de ser alquilado y generar beneficios. Sería necesaria para justificar este cálculo, la elaboración de un informe pericial al respecto.

Así pues, de la suma de las dos cantidades anteriores, resulta la indemnización que Aussie LTD podría reclamar al Sr. García en concepto de daños y perjuicios; cantidad que permitiría que el fondo de inversión quedara en una situación equivalente a la de haberse cumplido el contrato.

3. ARGUMENTOS DEL SR. GARCÍA EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

En contraposición a lo que argumentaría Aussie LTD, el Sr. García sostendría que no cabe la resolución del contrato de compraventa celebrado entre ambas partes por las razones que a continuación se exponen.

Respecto a los requisitos primero, tercero, cuarto y quinto enumerados más arriba, lo más prudente sería que nada dijera al respecto, pues no hay duda de que Aussie LTD ha pagado el precio que se estipulaba en el contrato, que la obligación de entrega de la cosa es recíproca respecto de la del pago del precio, la cual también es exigible, y que no ha prescrito la acción para reclamar. La mejor estrategia sería centrarse en plantear una solución distinta para el requisito del incumplimiento esencial del vendedor.

El Sr. García sostendría que ha cumplido perfectamente con su obligación de entregar la cosa (artículos 1461, 1462 y 1464 CC), pues puso en poder de Aussie LTD los títulos de pertenencia de las participaciones sociales.

Se apoyaría en la literalidad del contrato de compraventa (artículo 1281 CC) para sostener que el objeto del contrato eran las participaciones sociales y no el negocio de *car sharing* en sí o sus activos.

En este sentido resuelve la sentencia del Tribunal Supremo 852/2009, de 21 diciembre, [FFJJ 2 y 3], la cual concluye que la compra de acciones o, en el caso de Car4u, participaciones, de una sociedad supone «que todos sus bienes, derechos y obligaciones quedan bajo el control y disfrute del adquirente, pero el propietario de éstas no es el adquirente, sino la sociedad adquirida». Por tanto, no se puede afirmar que, en este tipo de compraventas, el objeto del contrato sean los activos y no las acciones o participaciones en sí, por lo que el Supremo estima que la interpretación contenida en la sentencia recurrida hecha en este sentido era contraria a Derecho, incumpliendo el artículo 1281 CC, «tanto como interpretación literal, prevalente, que coincide con la intencional ya que la intención de los contrayentes es clara, la compraventa de acciones de una sociedad anónima, sin que prevalezca el móvil subjetivo intrascendente para el derecho, conforme al artículo 1274 del Código civil y reiterada jurisprudencia».

Y es que, dispone la sentencia, el móvil de las partes para formalizar el contrato nada tiene que ver en la determinación del objeto del contrato, con la salvedad de que se incluya como condición o que se integre en la causa del contrato; e, igual que no fue el caso del supuesto tratado en la sentencia, tampoco es lo que ha sucedido en el contrato que aquí interesa.

Aussie LTD pudo optar, para ver satisfecho su interés de explotar el negocio de *car sharing* de Car4u, por comprar los activos de la empresa y, sin embargo, eligió adquirir sus participaciones sociales, por lo que debe atenerse a las consecuencias jurídicas de lo que libremente pactó.

Por otro lado, es cierto que, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha considerado que el objeto de la compraventa fue el negocio y no los títulos representativos de las participaciones en sí, pero lo ha hecho en supuestos en que el contrato hacía mención expresa del negocio como objeto del contrato (así, la sentencia del Tribunal Supremo

187/2019, de 27 marzo: «empresas o compañías objeto de compraventa»), cosa que en este caso no sucede.

También podría alegar el Sr. García, subsidiariamente, que, en caso de considerarse que el objeto de la compraventa es el negocio de *car sharing* y no las participaciones sociales, no se cumplen todos los requisitos, los cuales se han mencionado al exponer los argumentos de Aussie LTD, para que exista un incumplimiento que pueda dar lugar a la resolución del contrato.

Ello porque Aussie LTD llevó a cabo un proceso de *due diligence* de la empresa Car4u en la que pudo comprobar el estado de los coches, los cuales se le entregaron en esas mismas circunstancias y en las que también tenían en el momento de la perfección del contrato, cumpliendo con la obligación prevista por el artículo 1468 CC. Por tanto, el vendedor no debe responder por lo que debió de ser conocido por el comprador en este proceso revisión.

Pero, es más, aunque se apreciara por el Tribunal que el Sr. García debe responder, dada la escasa entidad de la avería, no debería hacerlo por incumplimiento mediante la resolución del contrato, sino por el saneamiento de los vicios ocultos. Así sucedió en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo 315/2004, de 22 abril [FJ 3], en la que se desestimó el motivo de impugnación que sostenía la pertinencia de la resolución del contrato por ser los vicios presentes en la cosa objeto de compraventa, a juicio del recurrente, de tal envergadura que la hacían impropia para su uso y que, de haberlos conocido, hubiera pagado un menor precio por ella o no la hubiera comprado. Por el contrario, el Alto Tribunal acogió la pretensión subsidiaria argumentando lo siguiente: «que los vicios denunciados no hacen impropia la cosa para el uso a que se destina, y que cabe su subsanación, y por ello se ha atendido a la petición subsidiaria de rebajar una cantidad proporcional del precio en función de los defectos denunciados en los términos que se reseñan en la sentencia recurrida».

Este mismo fallo es aplicable al caso objeto de dictamen, pues la contingencia sobrevenida de las averías de los coches puede repararse sin mayor dificultad y en un breve periodo de tiempo por un importe que tan solo asciende a 300.000 euros; que, en relación con el precio del contrato (3.500.000 euros), es un porcentaje muy pequeño que no puede consistir en ningún caso en un incumplimiento grave y esencial que frustre el fin del contrato, tal y como exige la jurisprudencia. El resto de elementos e información que conforman el negocio de *car sharing* han sido entregados a Aussie LTD y es tan solo una parte de uno de los elementos la que tendría un defecto fácilmente reparable.

Siguiendo esta línea argumental, la conducta del Sr. García no supondría un incumplimiento esencial de la obligación de entrega de la cosa, por lo que no se cumplirían todos los requisitos necesarios para solicitar la resolución del contrato ante los Tribunales.

Por último, respecto al *petitum* de Aussie LTD acerca de los daños y perjuicios sufridos, sostendría el Sr. García que, al no proceder la resolución del contrato conforme a todo lo apuntado al respecto, no son reclamables tampoco los daños y perjuicios.

III. LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN EDILICIA DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS POR PARTE DE AUSSIE LTD

1. ARGUMENTOS DE AUSSIE LTD A FAVOR DE LA ESTIMACIÓN DE LA ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

Tratada la posibilidad de resolver el contrato de compraventa, es pertinente ahora analizar si Aussie LTD podría exigir al vendedor el saneamiento por vicios ocultos.

En virtud del artículo 1474.2º CC, el vendedor está obligado a responder frente al comprador de los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase (artículo 1485.I CC). Aussie LTD debería sostener, entonces, que se cumplen todos los presupuestos jurídicos para que el Sr. García responda. Esto sucede cuando concurren dos condiciones imprescindibles:

1. Que se haya celebrado un contrato oneroso que permita el ejercicio de las acciones edilicias, como lo es la compraventa, y que este no contenga pacto de exclusión de la responsabilidad por vicios (artículo 1485.II CC).
2. Que el objeto del contrato tenga vicios ocultos, los cuales deben ser, tal y como ha reiterado el Tribunal Supremo (ejemplo de ello es la STS 777/2005, de 17 de octubre [FJ 2]):
 - a) De cierta relevancia, haciendo por ello a la cosa impropia par el uso a que se la destina o disminuyendo de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la hubiera adquirido o hubiera pagado menos precio por ella (artículo 1484 CC).

En el caso que nos ocupa, es claro que las averías de los coches los hacen inútiles para el negocio del *car sharing*, pues no puede ser alquilado un coche averiado. En consecuencia, si Aussie LTD no puede tener en las calles los coches en disposición de ser alquilados, es imposible que el negocio de *car sharing* sea fructífero, acabando esta circunstancia con su voluntad de comprar una empresa que se dedica a esta actividad pero que no la puede desarrollar por falta de activos.

Podría decirse que los coches son como una cualidad de la empresa en sí misma y que, a falta de esta cualidad, disminuye la utilidad de la empresa, reduciendo también su valor.

b) Existentes al tiempo de la celebración del contrato.

Los defectos debían existir al tiempo de celebración del contrato, pues se descubrieron a los pocos días de haberlo firmado, sin que Aussie LTD hubiera tenido tiempo aun de ponerlos en funcionamiento. Esta circunstancia la podría probar mediante una prueba testifical de los trabajadores de la empresa.

También podría proponer Aussie LTD una prueba pericial que determinara aproximadamente cuándo se produjeron las averías.

c) No manifiestos o existentes a la vista, siendo ocultos para el comprador pese a haber actuado con la diligencia que requerían las circunstancias. Siendo necesario que no los haya conocido ni si quiera por una vía diferente a la del reconocimiento del objeto.

Se desconoce el tipo de avería de que adolecen los coches, pero, si se tratara de un defecto propio de algún elemento interno y mecánico no visible a simple vista, se cumpliría también este último requisito.

Aussie LTD llevó a cabo un proceso de *due diligence* para conocer el estado de los activos del negocio de Car4u, actuando con la diligencia debida, y, aun así, no pudo conocer el defecto oculto de que adolecían los coches. En relación con esto, la sentencia del Tribunal Supremo 202/2007, de 22 de febrero, [FJ 2] dice: «[p]recisamente la base de la obligación de saneamiento se halla en que no conste en la escritura la existencia del gravamen o del vicio y la parte compradora no la conozca, sin que por ello tenga trascendencia, en cuanto a esta obligación, que declare conocer el “estado” de la cosa compradora como cuerpo cierto [...]; conoce el “estado” pero no el gravamen y vicio que están ocultos».

Sin embargo, no es necesario para exigir el saneamiento al vendedor que este haya actuado de mala fe, cuya única consecuencia será que el comprador pueda reclamar, además, en el caso de que opte por la rescisión del contrato, los daños y perjuicios sufridos por la existencia de los vicios ocultos (artículo 1486.II CC).

Constatado el cumplimiento de estos presupuestos jurídicos, en virtud del artículo 1486.I CC, Aussie LTD podría optar entre desistir del contrato, abonándosele el precio que pagó (acción redhibitoria) o que se le rebajara una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos (acción estimatoria o *quantum minoris*). En el segundo de los casos, dicha rebaja se podría corresponder con los 300.000 euros que vale la reparación de todos los vehículos averiados.

Es necesario tener en cuenta en este punto que la opción entre ambas acciones edilicias no varía en función de la importancia de los vicios, dejando abierta la elección para el comprador siempre que se corrobore la existencia de cualquier tipo de vicio.

En el caso de que desistiera del contrato, Aussie LTD podría reclamar también una indemnización por daños y perjuicios si probara que el vendedor conocía los vicios ocultos y no se los manifestó (artículo 1486.II CC).

En todo caso, la estrategia procesal que debería seguir el fondo de inversión con respecto a la acción edilicia que decidiera interponer (redhibitoria o estimatoria), sería la de acumularla a la acción de incumplimiento contractual general del artículo 1124 CC que ya se ha tratado anteriormente.

La jurisprudencia ha permitido, de modo reiterado, la aplicación conjunta de la acción de incumplimiento contractual y de la acción del resarcimiento derivado de aquellos supuestos en que el comprador base su demanda en hechos constitutivos de relevancia jurídica que configuren las condiciones específicas de las citadas acciones.

Tal y como dice la sentencia del Tribunal Supremo 635/2014, de 19 de noviembre, [FJ 3], «tanto el abolengo histórico que informó el peculiar régimen del saneamiento en nuestro Código Civil, como la función de las acciones edilicias, orientadas objetivamente al plano de la distribución de este riesgo, permiten sustentar una sistematización de estos regímenes que supere la dicotomía existente de la aplicación preferente de la ley especial (*lex specialis*), frente a la norma general, en orden a la relación de compatibilidad que ofrece el régimen general con el particular». Y sigue explicando que «esta razón de sistematización y, por tanto, de compatibilidad, se produce cuando el punto de conexión de ambos regímenes, esto es, la transcendencia o alcance del defecto de la cosa, afecte al ilícito contractual comprometiendo los planos sustantivos de la protección general dispensada al comprador [...] con relación al cumplimiento de la prestación (tras la insatisfacción de la prestación recibida, y la consiguiente acción de incumplimiento contractual); planos o extremos que quedan fuera del particular régimen del saneamiento por vicios o defectos ocultos y que deben ser resueltos, si así se solicita, en atención al régimen general en sede contractual».

Esta doctrina jurisprudencial es aplicable al caso aquí tratado, pues las averías de los coches suponen un vicio oculto en la cosa que hace de aplicación el régimen de saneamiento por cumplirse las condiciones específicas de las acciones edilicias; pero, además, la transcendencia de estas averías produce una insatisfacción de la prestación debida por el vendedor que hace inútil la cosa vendida (tal y como se ha expuesto más arriba) afectando esto a la protección integral del comprador.

No obstante, Aussie LTD también tendría la opción de interponer la acción edilicia con carácter subsidiario a la de incumplimiento del contrato, si considerara que el riesgo de que no se apreciara la concurrencia de ambas acciones podría suponer una desestimación total de su demanda.

2. ARGUMENTOS DEL SR. GARCÍA PARA Oponerse AL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS CON BASE EN QUE AUSSIE LTD REALIZÓ UNA *DUE DILIGENCE* Y EN QUE TIENE LA CONDICIÓN DE PERITO *EX* ARTÍCULO 1484 CC

En primer lugar, es abundante la doctrina¹ que advierte que la elaboración de revisiones técnicas convierte los vicios o defectos ocultos en conocidos por el comprador. Así, aunque esta no afirma que la práctica de un proceso de *due diligence* excluya automáticamente la protección ofrecida por las acciones edilicias, entiende que las convierte en estériles frente a reclamaciones relativas a contingencias derivadas de informaciones obtenidas mediante la *due diligence*. «Ello tiene su fundamento en el hecho que las acciones edilicias se basan principalmente en un elemento sorpresivo y desconocido ante el cual se encuentra una de las partes -normalmente el comprador- al detectar un derecho, defecto o vicio que no podía detectar o que permanecía totalmente oculto ante esta. Es en este caso dónde el efecto neutralizador de la información que proporciona la Due Diligence -inexcusabilidad de la falta de información- actúa dejando sin fundamento la base sobre la que se sustentan las acciones edilicias y por extensión sus efectos reparadores. No es el origen, contractual en el caso de la Due Diligence y legal en el caso de las acciones edilicias, lo que las hace incompatibles. Sino su funcionalidad como técnicas para resolver la inadecuación del objeto de la compraventa -la empresa- lo que las convierte excluyentes entre sí. Se puede llegar a esta conclusión si se analiza la naturaleza preventiva de la Due Diligence y la naturaleza reparadora de las acciones edilicias»².

Y es que es un hecho que la parte compradora tiene la obligación de diligencia a la hora de constatar los posibles defectos ocultos del objeto de la compraventa, especialmente si se le otorga la posibilidad de llevar a cabo un proceso de revisión exhaustiva del mismo, el cual permitiría advertir su existencia³. Por este motivo, numerosos autores sostienen que la utilización de la *due diligence* por parte del comprador supone una elevación del estándar de diligencia en su actuación, de modo que el vendedor ve reducidas sus obligaciones y, consecuentemente, su responsabilidad en relación con el comprador⁴.

No obstante, una excepción que cabría para que el comprador pudiese reclamar el saneamiento de vicios ocultos cuando ha realizado un procedimiento de *due diligence* sería que ambas partes hubiesen pactado en el contrato un régimen de especial

¹ Ejemplo de ello es PEÑA GONZÁLEZ y CASALS OVALLE, «Objeto y precio en las adquisiciones de empresas», en *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, Álvarez Arjona, J.M. y Carrasco Perera, A. (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 238 y ss., p. 262.

² GARCÍA MIRÓ, M., «La Due Diligence Legal y sus efectos en la compraventa de empresas», Trabajo de fin de Máster, 2015, p 106.

³ MIGUEL GIMENO RIBES, «Sobre la aplicabilidad de las acciones edilicias al contrato de compraventa de empresa: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 230/2011, de 30 de marzo (RJ\2011\3133)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2013, núm. 59, p. 355-378, p. 357 y 358.

⁴ GARCÍA MIRÓ, M., «La Due Diligence Legal y sus efectos en la compraventa de empresas», Trabajo de fin de Máster, 2015, p 99.

responsabilidad mediante Manifestaciones y Garantías, a través de las cuales se podría pactar que respondería el vendedor aun por los defectos que el comprador no detectara en la *due diligence*. Pese a ello, el contrato aquí analizado carece de este tipo de cláusulas. Tampoco se ha incluido una cláusula de *sandbagging* por la que el comprador pueda pedir responsabilidad por cualquier contingencia de los activos, independientemente de que tuviera conocimiento de ella.

La otra excepción posible sería que el comprador no hubiese incluido en ese proceso de comprobación el ámbito en el que ha surgido el defecto en cuestión. Sin embargo, Aussie LTD realizó una *due diligence* exhaustiva de todos los ámbitos de la empresa, inspeccionando también sus vehículos, actuando esta práctica en perjuicio del comprador y trasladándose sobre él la responsabilidad de haber podido detectar el defecto. Además, del hecho de que el comprador no hubiese querido conocer el estado de los coches se deduciría que no le interesaba lo suficiente, por lo que faltaría la nota de relevancia de los vicios.

Así sostendría el Sr. García que queda incumplido uno de los requisitos para poder reclamar al vendedor el saneamiento, pues el vicio pierde la cualidad imprescindible de haber estado oculto.

Esta teoría se reafirma con la línea jurisprudencial que expone el Tribunal Supremo (entre otras, STS 1167/2007, de 8 de noviembre) acerca de la cuestión, que valida la regla por la que se desplazan al comprador los riesgos de defectos de la cosa vendida que pudieran haber sido conocidos con el empleo de la diligencia ordinaria, bien porque constaba en la documentación que el comprador tuvo en su poder, bien porque podría haberse obtenido su conocimiento mediante la práctica de gestiones simples.

A todo esto, podría añadir el Sr. García que Aussie LTD se identifica con la figura de perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 CC.

Aussie LTD es uno de los diez fondos de inversión más grandes del mundo, cuya actividad lucrativa es invertir en empresas y, en concreto, tiene especial conocimiento del mundo del *car sharing*. Antes de adquirir participaciones de Car4u, ya tenía participaciones en cuatro empresas de este tipo, que operan en Vancouver, Boston, Sídney y Roma, por lo que tiene un equipo con mucha experiencia en el sector que debería haberse dado cuenta con facilidad de que algunos de los coches estaban averiados.

Pero, es más, Aussie LTD contrató expresamente para la realización de la *due diligence* de la empresa Car4u a diversos asesores, todos ellos empresas de servicios de primer nivel. Todos estos especialistas podrían haber conocido las averías y habérselas comunicado a Aussie LTD.

En una situación similar resuelve el Tribunal Supremo (STS 542/2011, de 22 de julio, [FJ 4]) que el vendedor no debe responder por los vicios ocultos por este mismo motivo. Y

es que, dice el Supremo, no puede interpretarse el artículo 1486 CC prescindiendo del artículo 1484 CC, ya que, si los vicios o defectos de la cosa son manifiestos o el comprador, por su condición de experto, hubiera debido conocerlos, el vendedor no responderá, aunque no se los manifestara al comprador. En relación con este argumento, cita otras sentencias en que se confirma que el vicio debe ser «no conocido ni cognoscible», «que no haya podido trascender ni ser conocido» o «no conocido por el adquirente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto».

Sobre esta base, argumenta el Alto Tribunal que, en el caso allí enjuiciado, referente a la compraventa de un inmueble, se cumplían los requisitos que permiten la aplicabilidad del artículo 1484 CC y que, por tanto, eximen de responsabilidad al vendedor; pues los vicios en cuestión no merecían la calificación de ocultos al no haberle importado a la compradora ver la finca antes de comprarla, estar la aluminosis (presunto defecto oculto) a la vista, y dedicarse dicha parte contratante a la promoción inmobiliaria (lo cual le otorgaba la condición de experta en la materia). Apunta también que la compradora pudo visitar la finca sin impedimento alguno en cuanto manifestó su voluntad de hacerlo, pudiendo detectar entonces los indicios de aluminosis a simple vista.

Aún más similar al de la compraventa de las participaciones de Car4u es el caso de la STS 533/2005, de 29 de junio [FJ 1], pues, en este, la dirección técnica de la empresa compradora de vigas de hierro para la construcción estaba formada por varios ingenieros de caminos y arquitectos, todos ellos expertos en el sector de la construcción. En esta situación, el Supremo resuelve que los puntos de soldadura de las vigas, tachados de defectuosos por la compradora, no podían considerarse vicios ocultos que dieran lugar a una responsabilidad por parte del vendedor que las había fabricado conforme a la redacción del artículo 1484 CC, ya que, para los expertos mencionados «era fácil conocer que en la realización del trabajo ejecutado por la [vendedora] debían de haberse efectuado numerosos puntos de soldadura que podían ser fácilmente detectables para expertos como ellos, máxime si además se encargó dicho trabajo [...] a laboratorios especializados».

En suma, sería un argumento fuerte para la defensa del Sr. García mantener que es exactamente esto lo que ha sucedido en el caso aquí analizado. Aussie LTD es un perito experto en este tipo de negocios que, además realizó un proceso de *due diligence* asesorado por otros tantos expertos, de manera que el vicio por el que reclama el saneamiento de la cosa vendida pudo ser conocido, circunstancias que exoneran al Sr. García de su obligación de responder del saneamiento por vicios ocultos.

3. ARGUMENTOS DE AUSSIE LTD EN CONTRA DE LOS ADUCIDOS POR EL SR. GARCÍA

Previamente, a la exposición de la argumentación de fondo, Aussie LTD debería ampararse en el artículo 1490 CC para confirmar que puede interponer la acción de saneamiento por vicios ocultos; pues, si la interpuso a los pocos días de adquirir las

participaciones sociales (el 15 de febrero de 2020), no habría transcurrido el plazo de seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida que establece dicho artículo y que supondría la caducidad de la acción.

Una vez comprobado que Aussie LTD está en plazo para interponer una acción de saneamiento por vicios ocultos, podría oponerse a las alegaciones del Sr. García con respecto a que la realización de un proceso de *due diligence* elimina la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos y que Aussie LTD ostenta la posición de perito del siguiente modo.

Las únicas excepciones a la responsabilidad que el vendedor tiene, por imperativo legal, cuando se descubre que el objeto de la compraventa tenía vicios ocultos se hallan en el artículo 1484 CC: que los vicios sean manifiestos o que el comprador sea un perito que, por razón de su oficio o profesión, debió fácilmente conocerlos.

Pues bien, en este caso no se da ninguno de los mencionados supuestos. El hecho de que Aussie LTD realizara un proceso de *due diligence* no convierte los defectos en manifiestos eliminando automáticamente la responsabilidad del vendedor. Esta responsabilidad se mantiene, si bien es cierto que puede verse reducida por el contrapeso que supone que el comprador haya podido tener conocimiento de los defectos en cuestión mediante este proceso de examen y revisión del objeto de la compraventa.

Sin embargo, en este caso, el defecto de los vehículos no era manifiesto ni la *due diligence* practicada permitió al comprador conocerlo. No se conoce el defecto en cuestión que hace inútiles los vehículos para el negocio de *car sharing*, pero podría tratarse de un defecto solamente perceptible cuando el coche lleva ciertos kilómetros en funcionamiento. De este modo, aunque el equipo de asesores que contrató Aussie LTD para llevar a cabo el proceso de *due diligence* analizara con rigor todos los coches e incluso los probara poniéndolos en circulación, pudo ocurrir perfectamente que el defecto no se pusiese de manifiesto por no haber circulado el coche los suficientes kilómetros. Todo esto podría probarlo Aussie LTD mediante la práctica de una prueba pericial.

Por otro lado, nada tiene que ver el hecho de realizar una *due diligence* con ostentar la posición de perito. El Código Civil es claro cuando indica quién es el sujeto que debe gozar de esta cualidad: el comprador, por razón de su oficio o profesión.

Por tanto, no hay dudas de que Aussie LTD no es un perito con arreglo a la definición que hace el artículo 1484 CC. Aussie LTD es un fondo de inversión que se dedica a invertir en empresas que llevan a cabo actividades muy variadas. Así, por razón de la actividad económica que realiza, tiene conocimientos en la materia financiera y empresarial. Sin embargo, no posee conocimiento alguno acerca de la mecánica de vehículos. Por eso mismo contrató a un equipo de expertos para que le asesorara en ese punto. Que tenga participaciones en otras empresas de *car sharing* no presupone que sea

experto en ese sector. Aussie LTD simplemente se dedica a invertir en este tipo de empresas, pero es un tercero quien se encarga de gestionar los negocios.

Por último, que el Sr. García alegue que Aussie LTD es un perito que debió conocer las averías de los coches por cuanto es experto en la materia por haber invertido en otras empresas de *car sharing*, tiene una consecuencia perjudicial para el mismo. Si, según el Sr. García, Aussie LTD debió conocer los defectos de los coches de Car4u, aun con más razón, debía conocerlos su dirigente, pues se trata de su propia empresa, la cual lleva diez años gestionando después de haberse estado formando en Seattle en el negocio del *car sharing*.

Por ello, el Sr. García está asumiendo implícitamente que conocía las averías de los coches que los hacen impropios para el uso al que se les quería destinar y que no informó de ello al comprador, aun conociendo el fin del contrato (poner dichos vehículos en disposición de ser alquilados como actividad principal de un negocio de *car sharing*) y que la *due diligence* se realizaba, entre otros motivos, para sacar a la luz ese tipo de vicios.

Este hecho daría cobertura a que Aussie LTD planteara que ha habido dolo por parte del vendedor y, por tanto, se le debiera indemnizar también, si optara por la rescisión del contrato, en concepto de daños y perjuicios, conforme al artículo 1486.II CC.

Así lo confirma el Tribunal Supremo en la sentencia 777/2005, de 17 octubre, [FJ 3]: «[...] el referido artículo 1486.2º contiene una agravación de la responsabilidad del vendedor fundada en la mala fe, y tiene lugar cuando el comprador opta por la rescisión del contrato y requiere que el vendedor conozca los vicios o defectos de la cosa vendida [...]».

IV. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

1. ACERCA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Dejando ya a un lado el contrato de compraventa, es ahora momento de analizar las cuestiones que se plantean en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*. Para ello, es preciso, primero, explicar brevemente la naturaleza, función y requisitos de esta cláusula.

La *rebus sic stantibus* es una especie de excepción al principio general de *pacta sunt servanda* recogido en el artículo 1091 CC. Esta cláusula de origen jurisprudencial supone que será obligatorio cumplir los pactos mientras no cambien las circunstancias existentes en el momento en que se celebró el contrato. *A sensu contrario*, permite revisar los contratos cuando se alteren dichas condiciones para reestablecer el equilibrio contractual.

El Tribunal Supremo ha configurado la cláusula en torno a una serie de requisitos cuyo cumplimiento debe examinarse en cada caso concreto para fallar sobre la pertinencia de su aplicación.

En primer lugar, debe haberse producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.

En segundo lugar, esta alteración debe provenir del acontecimiento de algún suceso extraordinario y radicalmente imprevisible. Por tanto, queda excluida su aplicación si la alteración es imputable a la conducta de alguna de las partes. Pero, además, el Tribunal Supremo también descarta su aplicación cuando ha existido previsión del posible riesgo, es decir, si dicho suceso se trata, como dice la sentencia del Tribunal Supremo 333/2014, de 30 de junio [FJ 2], de un «riesgo normal inherente o derivado del contrato»: «los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, ya por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato».

En tercer lugar, dicha alteración de circunstancias debe haber provocado una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes que haya alterado gravemente o acabado con el equilibrio de las prestaciones.

El cumplimiento de este requisito debe constatarse conforme a la doctrina de la base del negocio, que toma en cuenta la finalidad del contrato para determinar la afección del cambio de circunstancias en el equilibrio prestacional del contrato. Así, según ha establecido el Tribunal Supremo en la sentencia 333/2014, de 30 de junio [FJ 2], el cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:

- «La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.
- La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación».

La reciente sentencia del Tribunal Supremo 455/2019, de 18 de julio [FJ 2], expone de manera muy clara la obligación del cumplimiento de estos tres requisitos: «[...] según la doctrina jurisprudencial de la "rebus sic stantibus", la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla "rebus" la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por

definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero (RJ 2019, 5)). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato [...]».

En cuarto lugar, debe carecerse de otro medio de reequilibrio alternativo. Es decir, que no exista otro modo de corregir la desmesurada desproporción producida entre las prestaciones de las partes que no sea mediante la acción de los Tribunales por aplicación de la cláusula que está siendo objeto de estudio.

Por último, el contrato en cuestión debe ser de larga duración, aunque este requisito ha sido excepcionado en determinadas ocasiones en que el contrato era de tracto único. Así, merece la pena citar la sentencia del Tribunal Supremo 65/1997, de 10 de febrero [FJ 3], que, aunque antigua, expresa muy bien esta circunstancia: «[...] **en estos contratos de tracto único la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida»** (la negrita es del Tribunal Supremo).

Haciendo referencia a jurisprudencia más reciente, la sentencia del Tribunal Supremo 156/2020, de 6 de marzo [FJ 4], sigue argumentando en la misma línea, después de dos décadas, que: «un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato».

No obstante, tanto el contrato de préstamo como el de arrendamiento, son contratos de larga duración, por lo que este requisito no será óbice para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo 197/2007, de 1 de marzo [FJ 4], sintetiza de manera clara todos los requisitos jurisprudenciales expuestos: «La posibilidad de aplicar esta llamada «cláusula», que aparece como técnica para enmendar el desequilibrio de las prestaciones a lo largo del tiempo en que deban cumplirse, bajo la indicada forma o bajo fórmulas doctrinales más evolucionadas, como son la teoría de la presuposición, la excesiva onerosidad sobrevenida o la «base del negocio» [...] se refiere fundamentalmente a las relaciones de tracto sucesivo, aunque alguna sentencia no la descarta en las de tracto único pero de ejecución diferida [...], pero siempre predicando la necesidad de gran cautela y de atención a casos excepcionales, en que se haya producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes en el momento de la celebración, por razón de circunstancias imprevisibles, y que se carezca de otro medio para salvar o impedir el perjuicio [...] y tiene fundamentalmente efectos modificativos, dirigidos a compensar el desequilibrio [...]».

2. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO

2.1 Argumentos a favor

Una vez aclarados los requisitos que exige el Alto Tribunal para aplicar esta cláusula a cualquier tipo de contrato, se pueden entrar a valorar los argumentos favorables a su aplicación en un contrato de préstamo al que ha afectado la crisis del COVID-19.

El mundo entero se ha visto afectado por una pandemia de características jamás vistas con anterioridad que ha provocado una crisis de gran envergadura, lo que constituye un riesgo totalmente imprevisible para cualquiera de las partes del contrato.

Es cierto que el Tribunal Supremo ha determinado en otras ocasiones que una crisis económica no se trata en sí misma de un riesgo imprevisible al ser un suceso inherente al ciclo de la economía. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 214/2019, de 5 de abril [FJ 4], cita la STS 64/2015, de 24 febrero: «del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula "rebus sic stantibus" a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate».

No obstante, cabe en este caso la aplicación de la cláusula por cuanto el acontecimiento imprevisible no es la crisis en sí, sino la pandemia que la ha provocado, que ha cambiado las circunstancias existentes al tiempo en que Car4u tomó el préstamo con la entidad bancaria, alterando gravemente el equilibrio de las prestaciones de los contratantes y haciendo desaparecer la base del negocio.

La base del negocio era la obtención de financiación con el propósito de comprar más coches para aumentar el número de vehículos que poder tener en la calle en disposición de ser alquilados. Sin embargo, esta desapareció cuando el Gobierno decretó el estado de alarma por el que limitó casi por completo el derecho de libre circulación de todos los ciudadanos del país. Car4u dejó en este momento de necesitar financiación para comprar nuevos coches porque ni si quiera podía alquilar los que ya tenía.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 333/2014, de 30 de junio [FJ 2], determina que, «cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado». Esta no es la primera ni la única vez que el Supremo ha relacionado el principio de buena fe con la cláusula *rebus sic stantibus*, ya lo había hecho entre otras, en la sentencia 336/2009, de 21 de mayo.

A todo esto hay que sumarle que, en las relaciones jurídicas entre una entidad bancaria y su cliente, la parte débil siempre es el cliente, al que debe proporcionársele una mayor protección. Y es claro que, ante una pandemia que ha provocado una crisis de tan amplio espectro, se amplifica la desproporción que ya caracteriza un contrato de préstamo. Dicha situación deja inalterable el negocio bancario, mientras que a Car4u le podría provocar la ruina como consecuencia de la paralización de su negocio.

Por ello, los Tribunales ya han autorizado en ocasiones similares el aplazamiento de la deuda o incluso, cuando la celebración del contrato ha sido inmediatamente antes de la crisis sanitaria y económica del COVID-19, la resolución del contrato.

Ejemplo de ello es el Auto 115/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid, de 30 de abril, que acordó en una pieza de medidas cautelares la suspensión por un año de los vencimientos de principal e intereses de un contrato de préstamo de novecientos millones de euros en favor de una empresa fabricante de acero cuya producción, facturación y liquidez se vieron gravemente afectadas por la crisis sanitaria y la consecuente parálisis de sectores como el de la construcción o el automóvil, algunos de sus principales clientes. El Auto, a su vez, prohibió a las entidades prestamistas resolver el contrato, dar por vencido el préstamo y exigir su reembolso, así como ejecutar cualquiera de las garantías del préstamo. Todo ello sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus*, invocada por el deudor.

Así, dice el juez en el fundamento jurídico 30: «En este caso es claro que, de manera indiciaria y sin prejuzgar el fondo del asunto se dan todos los requisitos para aplicar la citada regla. Es notorio que la crisis derivada de la actual pandemia no era previsible. También que se trata de una situación que como hemos visto ha afectado de manera intensa a la situación económica de la parte actora. La parte actora firmó unos compromisos de mantener unos determinadas ratios teniendo en cuenta un plan de viabilidad, tal y como hemos visto. Plan que partía de una situación que podríamos calificar normal o estándar. La situación actual supone una alteración grave que afecta de manera importante a la capacidad de la parte de poder realizar un estricto cumplimiento de los ratios pactados».

Además, en este caso, no existe un medio alternativo de restablecimiento del equilibrio contractual, pues, aunque el Gobierno, a raíz de la crisis sanitaria del COVID-19, ha establecido, mediante real decreto-ley, moratorias para la devolución de créditos con entidades financieras, estas no pueden aplicarse a Car4u. Si bien el artículo 21 del *Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* permite la suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria que estuvieran vigentes a la fecha de entrada en vigor del mencionado real decreto-ley, es preciso que la parte deudora sea una persona física que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica en la forma definida en la norma, presupuesto que no cumple la empresa Car4u.

Por último, es necesario traer aquí a colación la tendencia en la actualidad a incorporar la regla *rebus sic stantibus* a propuestas o proyectos de modernización de textos nacionales e internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT y art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación). La sentencia del Tribunal Supremo 5/2019, de 9 de enero [FJ 2], señala que «el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil» y cita diversas sentencias en las que se han utilizado estos principios con los mismos fines.

En nuestro país, la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación, pretende convertir la cláusula de origen jurisprudencial en derecho positivo mediante su regulación en el nuevo artículo 1213 CC:

«Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

También, la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en la elaboración de una propuesta completa de un nuevo Código Civil, ha incluido la regulación de los efectos de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato (artículo 526-5). Su redacción es extremadamente similar a la del mencionado artículo 1213 CC en proyecto pero, además, incluye tres requisitos adicionales para que pueda revisarse el contrato: a) el cambio de circunstancias debe ser posterior a la celebración del contrato; b) no debe ser equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) el contratante perjudicado debe haber intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.

Asimismo y más recientemente, el legislador, en la Disposición adicional séptima de la *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el Ámbito de la Administración de Justicia*, ha instruido al Gobierno para que realice un estudio que considere la codificación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Finalmente y en el contexto de las especialidades que conlleva la situación provocada por el COVID-19, la Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (FIDE) también ha propuesto una positivización de la cláusula *rebus sic stantibus* con vocación de temporalidad mientras dure la crisis provocada por la pandemia. El artículo único de esta propuesta, cuyo título es *Excesiva onerosidad de la prestación o frustración del fin del contrato*, es igualmente similar al de las dos propuestas anteriores, aunque más extenso, contando con seis apartados.

Todas estas propuestas y textos normativos avalan la necesidad y adecuación conforme a Derecho de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuando concurren circunstancias excepcionales e imprevisibles que acaban con el equilibrio contractual, como sucede en el caso objeto de dictamen.

2.2 Argumentos en contra

En la posición contraria, la argumentación que lleva a rechazar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en este tipo de contratos parte del cambio de doctrina que ha adoptado el Tribunal Supremo en torno a la cuestión. La jurisprudencia que ha tratado la aplicación de esta cláusula puede clasificarse en tres etapas. Hubo una primera etapa en la que su reconocimiento fue muy restrictivo (por todas, STS 644/2012, de 8 de noviembre). Posteriormente, el Tribunal Supremo flexibilizó su aplicación por un periodo muy breve a raíz de la crisis económica iniciada en 2008 (por todas, STS 333/2014, de 30 de junio). No obstante, en la actualidad se observa como el Alto Tribunal ha retomado el reconocimiento restrictivo de su aplicación (por todas, STS 452/2019, de 18 de julio).

A esto se añade que el Tribunal Supremo determina en su sentencia 447/2017, de 13 de julio [FJ 5], que, aunque existen expresas previsiones legales dispersas a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico acerca del cambio de circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones (las cuales introducen excepciones que, por razones diversas, flexibilizan las consecuencias del principio *pacta sunt servanda* y del principio de la responsabilidad del deudor), «el Derecho español carece de una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias». Y sigue apuntando que: «Estas disposiciones en las que el legislador, o bien se ocupa de la revisión de los contratos o bien permite la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor, se refieren a supuestos concretos y puntuales. En Derecho español no existe una formulación legal de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* ni tampoco una regla general que permita al deudor liberarse de sus obligaciones cuando empeora su situación económica».

El Tribunal Supremo también ha puesto de manifiesto reiteradamente que no basta con invocar genéricamente la aplicación de esta cláusula, sino que es preciso aportar una justificación concreta de sus presupuestos, cuyo cumplimiento determina su aplicación al caso concreto. Como señala el Auto del Tribunal Supremo de 15 julio de 2015 (Rec. 838/2014) [FD 3], en el caso allí enjuiciado, se rechaza el planteamiento del recurrente por carecer de una justificación concreta de los presupuestos concurrentes para la

aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sin que acreditara la mayor onerosidad producida por la alteración extraordinaria de las circunstancias delimitadoras de la base del negocio.

En el caso objeto de análisis, tampoco existe tal justificación. En primer lugar, porque una crisis económica no puede considerarse un acontecimiento imposible de prever por las partes contratantes, pues es sabido por todos los operadores del mercado que las crisis económicas van estrechamente ligadas al funcionamiento de la economía. Incluso ha llegado a determinar el Tribunal Supremo (STS 597/2012, de 8 de octubre [FJ 5]) que, en estas ocasiones, concurre «culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas, como la historia económica demuestra».

Además, este suceso no ha provocado una ruptura del equilibrio contractual que haya comportado una excesiva onerosidad para una de las partes por lo que se explica a continuación. Tal y como dice el Tribunal Supremo en su sentencia 333/2014, de 30 de junio, que será citada textualmente en gran parte por la STS 64/2015, de 24 de febrero [FJ 2], por su clara exposición argumental: «[e]n 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».

Dado que no se da ninguno de estos supuestos, sigue existiendo una equivalencia entre las prestaciones de las partes. Así, los problemas de liquidez de una de las partes, que es lo que alega Car4u en este caso al no tener ingresos debido a que no puede llevar a cabo su actividad económica, no entran dentro del concepto de excesiva onerosidad.

Hay que tener en cuenta, además, que los problemas de liquidez son un riesgo que corre a cargo del deudor, por lo que tampoco se cumple el requisito de que el riesgo no estuviera asumido por una de las partes. Esta argumentación se apoya en la sentencia 447/2017, de 13 de julio [FJ 5]: «En definitiva, en nuestro ordenamiento, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula *rebus* en los casos de dificultades de financiación. Como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse».

A mayor abundamiento, la cláusula *rebus sic stantibus* es una cláusula que carece del carácter general o sistémico que las dificultades macroeconómicas requieren por afectar a una multiplicidad de contratos. Por el contrario, debe aplicarse atendiendo a las características individuales del caso concreto y a sus notas de excepcionalidad y de subsidiariedad. A la vista de lo anterior, sería un error aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de préstamo en una situación de crisis global, pues para solucionar un problema de repercusión global, se requiere una solución de las mismas características.

Situaciones acaecidas anteriormente en España, respaldan esta teoría; y es que, por poner un ejemplo, tampoco se aplicó esta cláusula con el cambio de la peseta al euro, que afectaba a todas las prestaciones contractuales dinerarias del país.

Por último, cabe considerar que la existencia de propuestas que apoyan la codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* no dan fundamento a la aplicación por los Tribunales de dicha cláusula. Precisamente el hecho de que sean propuestas supone que no son textos que formen parte aún de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que carecen de todo tipo de fuerza legal.

Es más, recientemente, durante la tramitación parlamentaria del *Proyecto de Ley 3/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, se presentaron tres enmiendas al texto con el fin de modificar el artículo 1258 del Código Civil para incorporar la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, dichas enmiendas fueron rechazadas por el Parlamento, aprobándose finalmente una Ley 3/2020 que no incluía la referida modificación.

Por tanto, a pesar de los intentos de inclusión de la cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro Derecho positivo, no se ha materializado todavía ninguna de las propuestas que darían lugar a ello, por lo que esta sigue siendo una cláusula de origen jurisprudencial que debe aplicarse restrictivamente, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo numerosas veces.

Ya en su sentencia de 21 de febrero de 1990 [FJ 4], el Alto Tribunal explicó la razón de ser de dicha interpretación restrictiva cuando desestimó el motivo del recurso mediante el que el recurrente pretendía incidir en el contrato a través de la cláusula *rebus sic stantibus*: «La doctrina de esta Sala ha admitido el juego de la cláusula dicha, si bien, con gran cautela y de manera restrictiva, a fin de evitar que a la sombra de la misma se cree por los órganos jurisdiccionales una convención distinta a la libremente pactada por los interesados, lo cual, supondría contrariar el principio general «pacta sunt servanda» y el de seguridad jurídica».

3. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO BAJO LAS RESTRICCIONES DEL COVID-19

Una vez analizados los argumentos que respaldarían o rechazarían la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el marco de un contrato de préstamo, cabe plantearse si los mismos servirían para que Car4u, como arrendatario, solicitara la suspensión del pago de las rentas del edificio de oficinas desde donde gestionaba la compañía y al que no pudo acceder durante cinco meses por estar localizado en una zona confinada.

3.1 Argumentos a favor

La pretensión de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de arrendamiento a causa de la pandemia provocada por el COVID-19 ha sido, quizás, la más prolífica en los Tribunales españoles.

La razón es que las grandes limitaciones a la libertad de movimiento y a otros derechos que ha traído consigo la pandemia han afectado en gran medida a este tipo de contratos. Así lo han venido considerando nuestros jueces y, en consecuencia, han determinado ajustado a derecho realizar ciertas modificaciones en las condiciones de los contratos.

Uno de los primeros casos en que se ha apreciado la aplicación de la *rebus sic stantibus* en el marco de un contrato de arrendamiento afectado por el COVID-19 ha sido enjuiciado por el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona (SJPI Barcelona 1/2021, de 8 de enero).

La primera cuestión controvertida que se suscitó fue si la existencia del *Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*, que ya contemplaba ciertas modificaciones contractuales en vista de la situación que acontecía, impedía al arrendatario instar una modificación diferente en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es esta una cuestión importante, pues de existir una solución alternativa, el Tribunal Supremo exige su aplicación, teniendo la cláusula *rebus sic stantibus* carácter subsidiario.

Este real decreto-ley regula ciertas medidas para reducir los costes de los arrendatarios cuando se trate de pymes o autónomos. No se tiene suficiente información como para saber si Car4u se trata de una pyme, condición de la que gozan aquellas empresas que cuentan con menos de doscientos cincuenta trabajadores y un volumen de negocio que no sobrepase los cincuenta millones de euros, o bien un balance general anual que no sobrepase los cuarenta y tres millones de euros. Tampoco se dispone de datos que permitan saber con exactitud si cumple con las condiciones que dispone el artículo 3.2 a) del real decreto-ley para que le sea aplicable a Car4u.

Sin embargo, parece que, siendo Car4u la empresa de *car sharing* número uno en España y estando presente en cinco de las más importantes ciudades del país, podría sobrepasar los límites mencionados anteriormente. Pero, aunque Car4u pudiese considerarse una pyme y entrara dentro del ámbito de aplicación del real decreto-ley, seguiría siendo aplicable la *rebus sic stantibus* por los siguientes motivos.

La Magistrada-Jueza determina en la SJPI de Barcelona 1/2021 [FJ 3] que esta cláusula, en cuanto «[...] plasmación de un principio general del derecho en materia de obligaciones y contratos como se constata en el hecho de estar recogida la posibilidad de modificar el contrato ante un cambio sobrevenido e imprevisible de las circunstancias en el artículo 6:111 PEDC», goza de un carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC), por lo que se debe tener en cuenta para interpretar la legislación, incluido el Real Decreto-ley 15/2020.

Realizando una interpretación finalista y conforme a los principios de buena fe y equidad, como base de las relaciones contractuales, llega a la conclusión de que el Real Decreto-ley 15/2020 no impide que una parte contratante solicite otra consecuencia jurídica distinta de la mora en el pago de la renta que establece el citado texto normativo, si entiende que con esa consecuencia no se produce el equilibrio contractual ni se restablece la base del negocio. Así, apunta que «[l]a medida de establecer una moratoria en el contrato puede ser suficiente en determinados contratos para conseguir el equilibrio en las prestaciones pero puede no serlo en otros, más cuando se trata del arrendamiento para realizar una actividad que se ve frecuentemente sometida a diferentes regulaciones que aumentan o disminuyen las restricciones para su ejercicio y que, seguramente, seguirá sufriendo restricciones hasta que se acabe con esta situación, lo que puede dificultar que la renta se pueda abonar en el periodo de moratorio fijado por dicha normativa».

Esta interpretación puede aplicarse al resto de normativa dictada con la misma finalidad, como, por ejemplo, el más reciente *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*. Y así lo confirma el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santiago de Compostela en la reciente sentencia de 2 de septiembre de 2021[FJ 4]: «ha de entenderse son o habilitan [las previsiones del Real Decreto-ley 35/2020] una solución más entre otras posibles o procedentes, no impidiendo o excluyendo el que, de ser más ajustada a las circunstancias o características propias del contrato sobre el que haya de actuarse pueda adoptarse una solución diversa o distinta [...], siendo pues lo relevante el analizar o determinar si la solución allí prevista [...] es adecuada o conveniente para restablecer el equilibrio contractual».

Por tanto, las soluciones previstas en esta normativa no son una solución alternativa, pues no logran reestablecer el equilibrio económico de una manera tan eficiente como lo puede hacer la cláusula *rebus sic stantibus*. De este modo, se cumple el último de los requisitos que requiere el Tribunal Supremo para su aplicación.

También se cumplen las restantes condiciones, como bien argumentan en casos muy similares las dos sentencias anteriormente citadas y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Madrid 256/2021, de 28 de julio.

La SJPI de Barcelona 1/2021 alude a la imprevisibilidad de la situación extraordinaria y el gran impacto que ha causado en la economía mundial la pandemia y lo justifica haciendo referencia a la gripe española de principios del siglo XX como único suceso análogo que ha ocurrido con anterioridad.

Pero hay que apuntar que el contrato de arrendamiento formalizado entre Car4u y el arrendador no solo se ha visto afectado por la crisis económica que ha producido la pandemia, sino que el virus COVID-19 ha llevado al Gobierno a tomar medidas extremas en relación con ciertos derechos fundamentales, entre ellos el derecho de libre circulación de las personas, por lo que a la empresa le ha sido imposible utilizar las instalaciones que tenía arrendadas con el fin de gestionar su negocio desde allí. Estas medidas son, en un Estado de Derecho como es España, cuanto menos imprevisibles, pues nunca antes se habían restringido los derechos humanos de manera tan absoluta.

Por su parte, la SJPI de Madrid 256/2021 [FJ 2] argumenta que «no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio [...], se le pued[a] imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su *especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que "razonablemente" se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado*» (la cursiva es de la Magistrada-Juez).

En relación con esto, aunque no se conocen las especificidades de la renta a la que Car4u debía hacer frente, la SJPI de Santiago de Compostela, de 2 de septiembre de 2021 [FJ 3], determina que, de la naturaleza del contrato de arrendamiento y de lo acordado por las partes, no resultaba en aquel caso una distribución de los riesgos del contrato, pues «[...] el hecho de que la renta dependiera de distintas variables no puede comportar [...] que haya una clara asunción de riesgos que impide la aplicación de la cláusula base de la demanda [...] ni era previsible, ni por tanto debió o pudo preverse atendiendo a la naturaleza del contrato, una circunstancia como la pandemia y consecuencias derivadas de la misma, sin que el establecimiento de una renta fija pueda interpretarse como la asunción de cualquier riesgo [...]».

En cuanto a los requisitos de que, a consecuencia de la producción de un suceso extraordinario e imprevisible, se vean alteradas de manera extraordinaria las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración y que esta alteración provoque una desproporción exorbitante

entre las prestaciones de las partes que altere gravemente o acabe con el equilibrio de las prestaciones, es ilustrativo atender a la SJPI de Barcelona 1/2021.

Esta dice que, en ese caso, por causa de la pandemia, «se ha producido una alteración de la base del negocio al haberse reducido de una manera muy elevada los beneficios que racionalmente se pretendían obtener, lo que implica que el contrato sea excesivamente oneroso para la parte arrendataria, aunque en dicha onerosidad no haya intervenido ninguna actuación culpable por parte del arrendador» [FJ 4].

Y es que, como bien apunta la Magistrada-Jueza, «[c]omo cualquier contrato de arrendamiento de inmuebles de uso turístico la base del negocio es que el arrendador cobre la renta, en los importes que he indicado, y que el arrendatario obtenga un beneficio con dicho arrendamiento. El beneficio del arrendatario, como en cualquier negocio es variable y depende de muchas circunstancias, no obstante para saber si se ha producido una alteración de la base del negocio respecto a lo que racionalmente se podía pretender es necesario analizar los ingresos obtenidos en el 2019 y los tenidos en el 2020» [FJ 4].

Esta afirmación sobre la base del negocio de los contratos de arrendamiento de inmuebles de uso turístico se puede extrapolar a cualquier otro contrato de arrendamiento, como es en este caso el de arrendamiento de un inmueble para utilizarlo como oficinas.

Queda claro así que unas oficinas que no han podido ser utilizadas durante un periodo, cuanto menos breve, de cinco meses, no han podido generar los ingresos esperados ni, mucho menos, los que generaron antes de que sobreviniera esta situación excepcional e imprevisible. De hecho, es justamente lo que ha ocurrido, pues la actividad de la compañía se ha detenido casi por completo, la gran mayoría de los empleados se hallan incluidos en Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y los resultados de la empresa se han reducido drásticamente.

Finalmente, se podría alegar aquí también lo ya apuntado para el caso de la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* por parte del deudor de un contrato de préstamo en cuanto a la tendencia, tanto nacional como internacional, que existe actualmente por elaborar propuestas de codificación de la mencionada cláusula jurisprudencial.

3.2 Argumentos en contra

En contraposición a lo anterior, también existen diversos argumentos que abogan por el mantenimiento de las condiciones contractuales que se pactaron desde un inicio, sin aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Parece que la línea que han seguido determinados Juzgados de Primera Instancia este último año en relación con los contratos de arrendamiento afectados por la crisis que ha traído el COVID-19 es la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, no

son estos Tribunales que puedan sentar jurisprudencia, siendo el Tribunal Supremo el único con potestad para ello.

Así, aunque el Alto Tribunal aun no ha tenido ocasión de pronunciarse en ningún caso en el que, en un contrato de arrendamiento, haya desaparecido el equilibrio económico existente entre las partes como consecuencia de la pandemia mundial, sí lo ha hecho en otras ocasiones en que los contratos de arrendamiento quedaron afectados por otras crisis económicas globales.

En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo 19/2019, de 15 de enero [FJ 3], apunta que es doctrina consolidada descartar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, sea improcedente revisar o resolver el contrato. Para demostrarlo, cita diversas sentencias: la STS 742/2014, de 11 diciembre, declaró «que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable»; en la misma línea, la STS 64/2015, de 24 febrero afirmó que del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no se deriva, por él solo, una aplicación generalizada o automática de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate; y, por último, la STS 237/2015, de 30 abril, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* en favor de la parte contratante afectada por la crisis económica, previno contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en la sentencia 243/2012, de 27 de abril [FJ 5], entiende que «[...] 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».

De este modo, se reitera una vez más el Tribunal Supremo en la posición de negar la posibilidad de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuando las circunstancias del contrato han sido modificadas por causa de una crisis económica, riesgo que se debe tener en cuenta en todo tipo de negocios.

Afirma también en esta última sentencia el Supremo que el hecho de pactar un sistema de determinación del precio con un importe mínimo garantizado y otro variable ligado a los ingresos del arrendatario demuestra que el riesgo de disminución de ingresos quedaba a cargo del arrendatario. Por lo que, si este también fuese el caso de la renta que debía abonar Car4u al arrendador, aun con menos razón se podría aplicar la mencionada cláusula.

Se puede apreciar como Tribunales inferiores empiezan a resolver también en la misma línea esta problemática en el marco de la pandemia producida por el COVID-19. Ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 44/2021, de 14 julio, [FJ 2]: «Est[e] tribunal comparte, en lo sustancial, ese criterio; es decir, las repercusiones del confinamiento decretado por el estado de alarma en las obligaciones arrendaticias podrán discutirlas en su caso en el procedimiento correspondiente. Pero no justifica el impago de la renta».

Incumplido el requisito de la imprevisibilidad y carácter extraordinario del suceso que debe dar lugar al cambio de las circunstancias en que se celebró el contrato, no es necesario entrar a valorar el cumplimiento de los restantes, pues son necesarios todos ellos para poder aplicar la cláusula.

No obstante, parece conveniente apuntar lo siguiente en cuanto a la necesaria desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes que debe producir el suceso imprevisible. Y es que, en el caso de aquellos cuya actividad principal es el arrendamiento de inmuebles, si se considera que, en una situación en que la población entera, a excepción de aquellos que llevaran a cabo una actividad de primera necesidad, se vio obligada a paralizar su actividad económica, todos los arrendatarios tenían derecho al aplazamiento o reducción del pago de las rentas; los arrendadores serían entonces los que soportarían una excesiva onerosidad de su prestación, pues verían reducidos su ingresos o, incluso, se convertirían en inexistentes por causa de la acción de los Tribunales.

Además, carece de sentido la interpretación que vienen haciendo ciertos Juzgados de Primera Instancia acerca de los reales decretos-ley dictados por el Gobierno, pues estos contienen medidas destinadas, precisamente, a la paliación de los efectos causados por la pandemia mundial. Las previsiones contenidas en esta normativa, incluidos los ya mencionados Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, y Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, han sido aprobadas tras el análisis de la afección del COVID-19 a ciertos contratos, lo cual supone que bastan como remedio para restablecer el equilibrio económico del contrato.

De este modo, es contrario a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo acerca de la cláusula *rebus sic stantibus* aplicarla a un contrato para el que ya existen remedios alternativos para restaurar el equilibrio contractual. Así se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo 781/2009, de 20 de noviembre [FJ 4]: «La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula *rebus sic stantibus* que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que ha de haber producido por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiaridad por no haber otro remedio».

Por otro lado, aunque Car4u no fuera un arrendatario que entrara dentro de las categorías protegidas por esta normativa, carecería de justificación que pudiera aplicarse a su contrato la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta conclusión se desprende del hecho de que el legislador ha considerado que el resto de arrendatarios no eran merecedores de una especial protección por no ser sujetos especialmente vulnerables y, por este motivo, no les ha incluido en el ámbito de aplicación de los reales decretos-ley.

Así pues, solamente si todos los requisitos necesarios para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* se prolongaran más allá del periodo de aplicación de los reales-decretos ley, sin que el legislador adoptara medidas específicas al efecto, se podría llegar a plantear la posibilidad de que se modificara el contrato con base en esta cláusula. En cualquier caso, las medidas que el Tribunal acordara para modificar el contrato no deberían tener menor alcance que las establecidas en los mencionados reales-decretos-ley, pues si el legislador no adopta más medidas, es porque la situación no lo requiere al no ser tan grave como la anterior.

Para finalizar, sería válido también en el caso de que fuese el arrendatario el que invocara la cláusula *rebus sic stantibus*, de igual manera que en el caso del deudor del contrato de préstamo, argumentar que la existencia de propuestas que apoyan la codificación de esta cláusula no es fundamento suficiente para la aplicación por los Tribunales de dicha cláusula.

V. LA APARICIÓN EN EL MERCADO DE LA COMPAÑÍA CAR4MI

Dejando a un lado la cláusula *rebus sic stantibus*, es momento ahora de detenerse en la situación producida por la aparición en el mercado de la nueva compañía Car4mi y las posiciones jurídicas que deberían adoptar frente a ella tanto Aussie LTD como Car4u.

1. ESTRATEGIA DE AUSSIE LTD Y CAR4U

La primera de las problemáticas que se presenta se trata de una cuestión de carácter mercantil, que requiere para su resolución la aplicación de la normativa al efecto, en concreto, la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*, pues estamos ante un tipo de actuaciones susceptibles de ser calificadas como contrarias a las exigencias de buena fe inherentes a la participación de un agente en el mercado.

Empezando por la estrategia que podría seguir Aussie LTD, lo más adecuado sería que adoptara una posición de inactividad al respecto y dejara que fuera la propia Car4u quien entablara las acciones previstas en el artículo 32 LCD, las cuales se expondrán más adelante.

Ello porque el artículo 33.1 de la misma ley otorga la facultad de ejercer dichas acciones al participante en el mercado que, por la conducta desleal de otro agente, haya visto

directamente perjudicados, o simplemente amenazados, sus intereses económicos. Por tanto, aunque Aussie LTD argumentara que, al ostentar el ochenta por ciento de las participaciones sociales de Car4u, todos los perjuicios que deba soportar esta le repercuten también al propio fondo de inversión en su esfera económica, correría el riesgo de que el Tribunal apreciara su falta de legitimación por tratarse estos de perjuicios indirectos.

Si bien es cierto que esta estrategia también tiene sus inconvenientes, pues hay que recordar que el Sr. García, quien, al parecer, está detrás de la actividad de Car4mi, sigue teniendo la propiedad del veinte por ciento de las participaciones de Car4u, el deber de diligencia que rige la actuación de los administradores de las sociedades de capital (artículo 225 del *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*) permitiría que estos ejercieran las acciones correspondientes en beneficio de la sociedad.

Una vez determinada la estrategia, habría que constatar que no ha transcurrido el plazo de prescripción de un año que establece el artículo 34 LCD para interponer las acciones del artículo 32 LCD, contado desde el momento en que estas pudieron ejercitarse y el perjudicado tuvo conocimiento de quién había realizado el acto o actos. La ley extiende este plazo hasta los tres años desde que finalizó la conducta cuando no se disponga del dato anterior, pero en este caso no es pertinente acudir a este plazo supletorio por cuanto Car4u conoce que los sujetos infractores de la Ley de Competencia Desleal son Car4mi y el Sr. García, quienes gozan de legitimidad pasiva en virtud del artículo 34.1 LCD (pues son las personas que han realizado las conductas desleales).

Así, Car4u debería demandar conjuntamente tanto a Car4mi como al Sr. García por haber incurrido en las conductas desleales que a continuación se expondrán, cuyo parámetro de interpretación y comprensión se halla en el artículo 4 LCD, cláusula general que, a su vez, actúa como categoría propia de acto desleal. En lo que aquí interesa, en el marco de una relación en que ninguna de las partes puede ser calificada como consumidor o usuario, este artículo dispone que: «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

Es importante resaltar aquí la ventaja procesal de la que goza el demandante en este tipo de procedimientos, pues, en virtud del artículo 217.4 LEC, en materia de competencia desleal y publicidad ilícita se invierte la regla general de la carga de la prueba, correspondiendo esta al demandado. Es claro que el propósito del legislador al redactar esta disposición era dar eficacia al principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 LEC), dado que es el presunto infractor quién está en mejores condiciones de demostrar qué técnicas y procedimientos emplea para la elaboración de sus productos o la prestación de sus servicios (y su respectiva difusión y publicidad) y dónde tienen su origen; así como qué actuaciones han realizado o no ellos mismos o sus empleados.

Volviendo a los argumentos que Car4u ofrecería para sostener que los demandados han llevado a cabo ciertos actos constitutivos de competencia desleal, se exponen a continuación, separados en apartados para lograr una mayor claridad.

a) Actos de confusión (artículo 6 LCD) y actos de imitación (artículo 11.2 y 3 LCD).

Se hace referencia conjuntamente a estos dos tipos de actos por cuanto suelen ser alegados y aplicados por los Tribunales simultáneamente, ya que, en la práctica, la delimitación entre ambos conceptos no siempre resulta sencilla. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo 622/2006, de 21 de junio.

Los primeros, son actuaciones idóneas para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno. Pese a que el artículo 33 LCD ya dispone implícitamente que no es necesario que los intereses del agente del mercado resulten perjudicados, sino que basta con que hayan sido amenazados para que este pueda interponer alguna de las acciones contenidas en el artículo 32 LCD, el legislador ha querido incluir un segundo párrafo en el artículo 6 LCD para reforzar este hecho: «El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica». Por ello, en el concepto «idóneo» se incluyen tanto los comportamientos que efectivamente creen confusión como los que sean potencialmente susceptibles de generarla.

Los segundos, son actos que conllevan la imitación de las prestaciones de un tercero y que, a su vez, resultan idóneos para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a esas prestaciones o comportan un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Es imprescindible la concurrencia de alguno de estos dos requisitos, pues, de otro modo, la regla general establecida por el artículo 11.1 LCD es la libertad en la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas cuando no estén amparadas por un derecho de exclusiva, como es el caso de las de Car4u.

También se incluyen en este tipo de actos aquellos que suponen «la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado». Es decir, se castiga la imitación predatoria.

Pues bien, en este caso, Car4mi se trata de una sociedad constituida con posterioridad a Car4u que, como se puede apreciar a simple vista e incluso auditivamente, tiene un nombre comercial increíblemente parecido al de esta última. Con ello, Car4mi consigue que los consumidores confundan ambas empresas. Pero, es más, las campañas publicitarias que Car4mi ha elaborado también son muy semejantes a las

que Car4u ha lanzado. Todo ello encaja perfectamente en la definición de acto de confusión.

Al mismo tiempo, las formas de trabajar y estrategias de mercado de ambas empresas son las mismas, lo que supone una completa imitación de la actividad en el mercado de Car4u por parte de Car4mi, circunstancia que permite confirmar que Car4mi se está aprovechando de la reputación y esfuerzo de Car4u, con el fin, además, de entorpecer que Car4u se afirme en el mercado. Esto último se desprende del resto de actuaciones que ha llevado a cabo Car4mi en perjuicio de Car4u, como captar a la empresa RIS (Ramiro Investments, S.A.), una de sus más importantes empresas colaboradoras, con la ayuda del Sr. García, quien ha difundido falsedades sobre Car4u para lograrlo.

b) Explotación de la reputación ajena (artículo 12 LCD).

Con lo anterior enlaza la explotación que Car4mi está haciendo de la reputación profesional de Car4u. Tal y como explica la sentencia del Tribunal Supremo 746/2010, de 1 de diciembre [FJ 3], la nota general básica de este precepto «[...] se halla en el aprovechamiento del esfuerzo material o económico ajeno [...]». Y sigue diciendo que «[...] el tipo del art. 12 LCD no requiere que se cree riesgo de confusión o asociación, ni que sea apto para producir engaño a los consumidores [...]», sino que hace hincapié en la sanción de la «[...] conducta parasitaria del esfuerzo material y económico de otro, y recoge la interdicción de los actos de expoliación de la posición ganada por un competidor con su esfuerzo para dotar de reputación, prestigio o buena fama a los productos o servicios con los que participa en el mercado».

Por tanto, afirma el Supremo en la sentencia anteriormente citada [FJ 3º] que la conducta «[h]a de consistir en la utilización de elementos o medios de identificación o presentación de los productos (actividad, establecimiento, prestaciones) empleados por los empresarios en el mercado, y que proporcionan información a los consumidores». En relación con esto, el párrafo segundo del artículo 12 LCD reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos, en cuyo concepto, como afirma la reiterada sentencia, deben incluirse los nombres comerciales.

Pues bien, mediante la utilización de un nombre comercial que confunde ambas empresas, Car4mi está haciendo uso de las ventajas que ofrece la consolidada posición en el mercado de Car4u, frente a la reciente incorporación en este de Car4mi. Además, Car4mi se está beneficiando de la utilización de las formas de trabajar de Car4u, que tanto le costó a esta perfeccionar; lo cual impide al mismo tiempo a los consumidores salir de esa confusión a la que se les ha inducido.

c) Actos de denigración (artículo 9 LCD).

Por otro lado, son patentes los actos de denigración que el Sr. García ha realizado en perjuicio de Car4u.

Este tipo de actos son aquellos consistentes en la difusión de manifestaciones referentes a la actividad, prestaciones, establecimiento o relaciones mercantiles de un tercero aptas para menoscabar su crédito y buena fama en el mercado. Y son los mismos que ha realizado el Sr. García al contactar con la empresa colaboradora de Car4u, RIS, y hacerle creer falsamente que arrastra muchos problemas, por lo que le sería más beneficioso colaborar con Car4mi.

Esto debería probarlo Car4u mediante la aportación de la correspondiente prueba documental que constituye el correo electrónico que RIS le remitió por equivocación y el cual iba dirigido al Sr. García («Querido Nicolás»). Este correo tiene el siguiente tenor literal: «Teniendo en cuenta lo que nos cuentas respecto de los problemas que arrastra Car4u, hemos decidido empezar a colaborar con vuestra compañía».

Es importante apuntar que estas afirmaciones son totalmente falsas, lo cual se demostraría fácilmente con la aportación de los libros contables de Car4u o la facturación de los últimos meses, entre otra documentación; pues, si se tratara de afirmaciones que, aunque peyorativas, fueran «exactas, verdaderas y pertinentes», no serían constitutivas de un acto de denigración.

d) Inducción a la infracción contractual (artículo 14 LCD).

En relación con lo anterior, el correo electrónico al que ya se ha hecho referencia, pone de manifiesto también cómo el Sr. García indujo a RIS a poner fin a su contrato con Car4u, cumpliéndose los requisitos necesarios para que este hecho sea constitutivo de una conducta desleal.

Ello porque, aunque se desconoce la situación de dicho contrato, en caso de que RIS haya infringido sus deberes contractuales, la conducta del Sr. García siempre se reputará desleal en virtud del apartado 1 de dicho precepto; y, en caso de que la terminación del contrato haya sido regular, esta se ha producido como consecuencia del engaño que ha provocado el Sr. García en RIS al hacerle creer que Car4u atravesaba una situación complicada. Engaño que, además, tenía el propósito de conseguir eliminar a Car4u del mercado, ya que, como se ha apuntado anteriormente, el conjunto de todas las conductas desleales que han llevado a cabo tanto Car4mi como el Sr. García permiten deducir que este era su fin último.

e) Violación de secretos (artículo 13 LCD).

El Sr. García ha violado también los secretos empresariales de Car4u revelando su *know-how* a Car4mi y a RIS.

Lo primero, porque el Sr. García tiene una estrecha relación con Car4mi, pues así se desprende de los actos que realiza en su representación (promocionar la empresa a colaboradores o ser el destinatario de los correos electrónicos que tienen relación con ella) y del hecho de que su pareja sentimental, Dña. Beatriz Madariaga, sea la máxima accionista de dicha compañía. Así es como Car4mi ha logrado utilizar en beneficio de su negocio todos los conocimientos técnicos, organizativos y estratégicos que Car4u ha descubierto que en su conjunto conforman la clave de la explotación de un negocio de *car sharing* fructífero, porque el Sr. García se los ha transmitido.

Lo segundo, porque el Sr. García, transmitió también dichos conocimientos a RIS en conversaciones mantenidas durante varios meses, lo cual se pone de manifiesto con el correo electrónico que dicha compañía envió por error a Aussie LTD y que ya se ha mentado anteriormente, en el que decía lo siguiente: «Ha sido un placer conversar contigo [el Sr. García] durante estos meses para entender el funcionamiento del negocio de *car sharing*».

La violación de secretos es una conducta desleal cuyas peculiaridades han requerido un desarrollo legislativo más exhaustivo, el cual se contiene en la *Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales*. Así, esta norma, en su artículo 1 (igual que el artículo 39 ADPIC⁵), dispone que es un secreto empresarial «[...] cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones»:

- (i) Ser secreto, es decir, que no sea «[...] generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas».

Tal y como define el *know-how* la sentencia del Tribunal Supremo 54/2005, de 21 de octubre [FJ 2], ayudada de la doctrina, este es el «[...] conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación».

⁵ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS).

Por tanto, el carácter de secreto es inherente al *know-how* de una empresa. Además, en el caso de Car4u, es claro que no es de conocimiento público, pues este hecho se desprende del pacto incluido en una de las cláusulas del contrato de compraventa celebrado entre Aussie LTD y el Sr. García, el cual prohibía que este último, directamente o a través de terceros, lo utilizara sin el permiso de Car4u.

- (ii) Tener, por el hecho de ser secreto, un valor empresarial, ya sea real o potencial.

El valor empresarial del *know-how* de Car4u es la ventaja competitiva que le supone en el mercado. Estos conocimientos los ha ido ampliando y perfeccionando durante los más de diez años que lleva operando en el mercado y, que fueran de conocimiento público, le haría perder esa posición de superioridad.

- (iii) Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

Car4u ha mantenido siempre en secreto dichos conocimientos y, ahora que el ochenta por ciento de sus participaciones son propiedad de Aussie LTD, el fondo de inversión ha hecho cuanto ha podido para que siga siendo así, lo cual se pone de manifiesto, por ejemplo, con la cláusula de prohibición de su utilización a la que ya se ha hecho referencia antes.

Así se constata que el *know-how* de Car4u es un secreto empresarial. Por tanto, su titular debe ser protegido frente a su utilización y revelación ilícita por parte del Sr. García (artículos 1.2 y 13.1 LSE).

El artículo 3 LSE indica cuándo esta utilización y revelación se considera ilícita y, por tanto, una violación de secretos empresariales. Esto sucede cuando, entre otras causas, estas conductas las realice quien haya incumplido una obligación contractual que limite la utilización del secreto profesional (apartado 2), tal y como ha sucedido en el caso aquí tratado al haber incumplido el Sr. García la cláusula del contrato de compraventa que así lo disponía.

Frente a esta conducta desleal, existen acciones de defensa específicas previstas en el artículo 9 LSE, las cuales no han prescrito, pues no ha transcurrido el plazo de tres años previsto en el artículo 11 LSE contado desde el momento en que Car4u tuvo conocimiento de que fue el Sr. García quien realizó la violación del secreto empresarial. Las que Car4u podría ejercitar en su demanda se expondrán más adelante junto con las del artículo 32 LCD.

f) Publicidad ilícita (artículo 18 LCD)

Por último, Car4mi ha incurrido en una conducta de publicidad ilícita, conforme a los artículos 18 LCD y 3 e) de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*. Y es que dicha empresa ha elaborado unas campañas publicitarias muy semejantes a las de Car4u que, atendiendo a la cláusula general del artículo 4 LCD, constituyen publicidad desleal al ser objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe que una empresa imite las iniciativas publicitarias de un competidor.

Para sancionar este tipo de conductas y proteger al competidor perjudicado existen las acciones previstas en la propia Ley de Competencia Desleal (artículo 6 LGP), las cuales se verán a continuación.

Una vez explicados todos los comportamientos desleales que han llevado a cabo Car4mi y el Sr. García, es importante señalar que la competencia desleal no requiere intencionalidad, tan solo que se realice en el mercado y con fines concurrenciales. Estos últimos se presumen de todo acto económico cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (artículo 2 LCD); y, en este caso, los actos de los demandados han sido idóneos para promover la difusión en el mercado de las prestaciones de Car4mi, a costa de Car4u.

No obstante, la intencionalidad del infractor sí que es relevante para las pretensiones de resarcimiento, las cuales requieren la intervención de dolo o culpa del agente (artículo 32.1.5ª LCD), pero esta es una cuestión que se verá más adelante.

Tampoco es necesario que el acto haya llegado a perjudicar al sujeto destinatario de la conducta desleal causándole daños efectivos, pues el artículo 33.1 LCD permite el ejercicio de las acciones protectoras de este tipo de conductas a los sujetos que simplemente se hayan visto amenazados por ellas. Sin embargo, tanto Car4mi como el Sr. García han causado unos daños efectivos a Car4u al haberle provocado una importante ralentización en sus resultados, ya que una buena parte de sus clientes, incluidas algunas empresas con las que tenía suscritos convenios de colaboración, han decidido irse con la competencia. Daños que podrá reclamar junto con el ejercicio de las demás acciones civiles que constituyen el régimen represivo de la competencia desleal (artículo 32 LCD).

Por todo lo anterior, Car4u podría ejercitar las siguientes acciones:

1. Acción declarativa de deslealtad (artículo 32.1.1ª LCD) y de la violación del secreto empresarial (art. 9.1 a) LSE).
2. Acción de cesación y de prohibición de reiteración futura de la conducta desleal (artículo 32.1.2ª LCD) y de los actos de violación del secreto empresarial (art. 9.1 b) LSE).

3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal (artículo 32.1.3ª LCD) y de todos los soportes que el Sr. García y Car4mi posean y en los que se contenga el secreto empresarial (art. 9.1 e) LSE).
4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (artículo 32.1.4ª LCD).
5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal (artículo 32.1.5ª LCD) y por la violación del secreto empresarial (art. 9.1 g) LSE), por haber intervenido dolo o culpa del agente.

En este punto, Car4u debería aducir que el dolo se deriva de la clara intención de los demandados de eliminar del mercado a su mayor competidor, pues el conjunto de todas las conductas desleales producidas conforma el plan perfecto para lograrlo, especialmente la captación de la empresa RIS, ya que el Sr. García era conocedor de que a Car4u le sería extremadamente difícil o imposible continuar en el mercado sin su mayor empresa colaboradora.

Es aplicable aquí lo ya dicho al principio de este dictamen en relación con los daños y perjuicios que podría reclamar Aussie LTD por el incumplimiento del contrato de compraventa. En esencia, esto supone que Car4u podría reclamar el interés contractual positivo de modo que quedara en la misma situación en que se hubiera hallado de no haberse producido las conductas desleales. Pero, para el cálculo de la suma a reclamar por los concretos daños y perjuicios producidos como consecuencia de la violación del secreto empresarial, habría que tener en cuenta que la Ley de Secretos Empresariales contiene una disposición específica al efecto.

Su artículo 10 determina que se debe resarcir, además de los propios daños, el lucro cesante y el enriquecimiento injusto obtenido por el infractor (concepto que la Ley de Competencia Desleal no permite indemnizar cuando el perjudicado no esté amparado por un derecho de exclusiva). Además, la mencionada ley permite que se indemnicen los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción, lo cual daría cobertura a que, si fuese Aussie LTD quien entablara directamente las acciones, solicitara la indemnización de la factura del investigador privado que contrató para averiguar la relación existente entre Dña. Beatriz, máxima accionista de Car4mi, y el Sr. García.

Alternativamente y con base en este mismo artículo, Car4u podría solicitar una cantidad a tanto alzado que debería incluir, al menos, el importe que el Sr. García habría tenido que pagar por la concesión de una licencia que le hubiera permitido utilizar el secreto empresarial.

6. Solicitud de la publicación de la sentencia estimatoria o realización por parte de Car4mi y el Sr. García de una declaración rectificadora con el fin de que infracciones dejen de producir efectos (artículos 32.2 LCD y 9.1 h) LSE).

En cuanto a las mencionadas acciones relativas a la violación del secreto empresarial, Car4u, en virtud del artículo 9.6 LSE, podría solicitar que la sentencia fijara una cuantía líquida, en concepto de indemnización coercitiva, por día transcurrido hasta que los condenados cumplieran la sentencia.

Por otro lado, en relación con todas estas acciones, tanto las concernientes a la competencia desleal como, en concreto, al secreto empresarial, Car4u debería solicitar la adopción de ciertas medidas cautelares para evitar que durante la tramitación del litigio se produjeran situaciones que impidieran o dificultaran la efectividad de la tutela que pudiera otorgársele en una eventual sentencia estimatoria.

El texto original de la Ley de Competencia Desleal contenía en su artículo 25 el régimen normativo de las medidas cautelares en esta materia, siendo de aplicación supletoria el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en aquel momento. Sin embargo, este artículo 25 fue derogado por la disposición derogatoria única 2.11º de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, siendo ahora esta última la que regula la cuestión.

No obstante, la Ley de Secretos Profesionales sí que contiene disposiciones específicas al efecto en la Sección 3ª de su Capítulo V, que exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos (artículo 22 LSE) y la prestación de una caución por parte del demandante (artículo 25 LSE).

En virtud de esta normativa, las concretas medidas cautelares que Car4u podría solicitar serían:

1. La orden judicial de cesar Car4mi provisionalmente en la actividad del *car sharing* (artículo 727.7ª LEC), pues la está llevando a cabo explotando la reputación de Car4u, imitando sus formas de trabajo y utilizando su *know-how* y esto está provocando que Car4u siga perdiendo clientes y colaboradores, así como su posicionamiento en el mercado.
2. El embargo preventivo de bienes, para el aseguramiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios (artículos 727.1ª LEC y 21 d) LSE).

Para ver acogida su pretensión, debería acreditar que hay apariencia de buen derecho y peligro en la mora procesal y que ha prestado caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de las medidas cautelares pudiera causarles a los demandados (artículo 728 LEC).

Dejando a un lado la competencia desleal, hay que tratar ahora la cuestión de la presunta violación de la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* que ha llevado a cabo Car4mi.

En este caso, también debería ser la propia Car4u quien entablara las acciones pertinentes previstas en el artículo 41 LM, acumulándolas a las de competencia desleal en su demanda (artículo 71 LEC), pues tan solo el titular del derecho está legitimado para ello (artículo 40 LM).

El nombre comercial es un signo distintivo susceptible de representación gráfica cuya función es identificar a una empresa en el tráfico mercantil e individualizarla y distinguirla de las demás empresas competidoras que desarrollan actividades idénticas o similares (artículo 87.1 LM). Por este motivo, la Ley de Marcas prohíbe y tipifica como causa de nulidad que se registren como nombre comercial los signos «[q]ue por ser idénticos o semejantes a un nombre comercial anterior y por ser idénticas o similares las actividades que designa a los productos o servicios para los que se solicita la marca, exista un riesgo de confusión en el público [...]» (artículos 7.1 b), 87.3, 88 c), 52.1 y 91 LM), incluyendo en este riesgo también el de asociación con el nombre comercial anterior.

Así, Car4u debería presentar la copia del registro de su nombre comercial de fecha anterior al registro de Car4mi (artículo 7.2 a) LM) y alegar que los nombres son muy similares y que la actividad para la que se utilizan es exactamente la misma. Lo cual debería hacerlo sobre la base de las siguientes acciones civiles:

1. La cesación de la utilización del nombre comercial «Car4mi» (artículo 41.1 a) LM).

Dicha acción no ha prescrito al no haber transcurrido cinco años, contados desde el día en que pudo ejercitarse (artículo 45.1 LM).

En relación con esta acción, Car4u podría solicitar al Tribunal que, en caso de estimarse su pretensión, fijara una indemnización no inferior a seiscientos euros por día transcurrido hasta que se produjera la cesación efectiva de la violación. No obstante, el Tribunal debería acordar de oficio esta indemnización coercitiva (artículo 44 LM).

2. La indemnización de los daños y perjuicios sufridos (artículo 41.1 b) LM).

Esta acción tampoco ha prescrito y podría exigirse respecto de todos los daños y perjuicios causados al haberse producido durante los cinco años anteriores al ejercicio de la acción (artículo 45.2 LM).

Para ver estimada esta pretensión, Car4u debería probar que requirió a Car4mi para que cesara en el uso del nombre comercial (artículo 42.2 LM). Esto podría hacerlo mediante la aportación de un burofax como prueba documental.

Por último, su cálculo debería elaborarse según las previsiones del artículo 43 LM y comprendería tanto los daños y perjuicios causados como las ganancias dejadas de obtener.

3. La publicación de la sentencia a costa de Car4mi mediante anuncios y notificaciones a sus clientes y empresas colaboradoras (artículo 41.1 f) LM).

Esta tercera acción tampoco ha prescrito en virtud de lo dispuesto en el artículo 45.1 LM.

En otro orden de cosas, si, además, la razón social de la demandada, como parece que sucede, es también «Car4mi», en virtud de los artículos 34.3 d) y 87.3 LM, Car4u podría prohibirle la utilización de ese signo distintivo como denominación social por ser muy similar a «Car4u», utilizarse para servicios idénticos a los servicios para los cuales está registrado el nombre comercial y existir un riesgo de confusión por parte del público. En relación con esto, la disposición decimoséptima de la Ley de Marcas dispone que, si la sentencia impusiera el cambio de denominación social por este motivo y Car4mi no lo efectuara en el plazo de un año, la sociedad quedaría disuelta de pleno derecho.

No hay que olvidar en este punto que, del mismo modo que para las acciones de competencia desleal, Car4u debería solicitar al Tribunal que acordara las siguientes medidas cautelares:

1. La orden judicial de cesar provisionalmente en la utilización del nombre comercial «Car4mi» (artículo 727.7ª LEC), pues está creando una gran confusión en el público que lleva a muchos clientes a asociar la empresa Car4mi con el nombre comercial «Car4u», lo cual está provocando una huida de clientes de un negocio al otro y, por ende, una disminución de los beneficios de Car4u.
2. El embargo preventivo de bienes, para el aseguramiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios (artículos 727.1ª LEC).

Como tercer y último punto referente a la aparición de la empresa Car4mi en el mercado, hay que tratar la violación del pacto contractual de no utilizar el *know-how* de Car4u sin su permiso y no operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un periodo de al menos 10 años que el Sr. García acordó con Aussie LTD en el marco del contrato de compraventa de las participaciones de Car4u.

En este caso, sí que corresponde a Aussie LTD la legitimación para solicitar ante los Tribunales el cumplimiento del contrato de compraventa (artículo 1224 CC), más los daños y perjuicios causados (1101 CC), como consecuencia de la violación del mencionado pacto de no competencia.

Esta es una cuestión que, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Supremo, debe ser tratada a la luz del Derecho de obligaciones. Así, en su sentencia 305/2017, de 17 de mayo [FJ 3], determina que es jurisprudencia reiterada (y cita las SSTs 301/2012, de 18 de mayo y 303/2016, de 9 de mayo) que los pactos contractuales de no concurrencia no están sujetos a la normativa de competencia desleal. Dice: «El incumplimiento contractual, en el que se enmarcaría la infracción de un pacto de no competencia, no puede considerarse por sí mismo como un acto de competencia desleal incluido en el ámbito objetivo de aplicación que delimita el art. 2 LCD, porque la deslealtad de las conductas típicas en la LCD nace de la contravención de deberes generales de conducta y no, en principio, del incumplimiento de una obligación contractual. Puede haber algún caso en que un incumplimiento contractual pueda ser también un acto de competencia desleal (verbigracia, arts. 13 o 14.2 LCD). Pero cuando no se trata de una conducta tipificada, la regla es que un incumplimiento de tal naturaleza no está sujeto a la cláusula general de deslealtad del art. 4 LCD». Por lo que concluye que, en la medida que la obligación que comporta deriva de lo estipulado en el contrato que vincula a las partes, el marco para debatir el cumplimiento de un pacto de no competencia es el de las acciones por incumplimiento contractual.

Por tanto, el quebrantamiento del pacto de no utilización del *know-how* de Car4u sin su permiso es, a su vez, un acto de competencia desleal, al estar tipificado en el artículo 13 LCD, y un incumplimiento contractual. Sin embargo, el incumplimiento del pacto de no operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un periodo de al menos 10 años es, sin lugar a duda, una cuestión que debe resolverse exclusivamente en el marco del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Así, Aussie LTD debería alegar que el Sr. García ha incumplido el mencionado pacto por cuanto ha estado operando en el mercado a través de un tercero, Car4mi, al cual, además, le ha proporcionado el *know-how* de Car4u para la prestación de sus servicios. Todo ello lo podría probar mediante la testifical documentada del investigador privado que descubrió que la pareja sentimental del Sr. García, Dña. Beatriz Madariaga, es la máxima accionista de Car4mi, y mediante el correo electrónico en el que un colaborador se dirige al Sr. García para tratar temas relacionados con Car4mi, el cual también probaría que el Sr. García ha transmitido el *know-how* de Car4u a RIS al explicarle el funcionamiento del negocio del *car sharing* con detalle.

Ante estas circunstancias, como ya se ha apuntado, Aussie LTD podría exigir el cumplimiento del pacto de no competencia, pero no podría optar por la resolución del contrato de compraventa, pues no se dan todos los requisitos necesarios para ello, expuestos al inicio de este dictamen, ya que esta no es una obligación recíproca ni esencial, sino una obligación accesorias y unilateral que debía cumplir el Sr. García.

Por último, el criterio que Aussie LTD podría utilizar para el cálculo de los daños y perjuicios reclamados sería el de hacerlo en función del precio de las participaciones de Car4u que esta adquirió. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de

Alicante, de 3 de octubre de 2003, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo 97/2009, de 25 de febrero, condenó al incumplidor de un pacto de no concurrencia a indemnizar a las mercantiles demandantes en la cantidad equivalente al quince por ciento del precio que recibió por las acciones vendidas. En el caso objeto de dictamen, el quince por ciento de las participaciones vendidas equivaldría a 525.000 euros.

2. ESTRATEGIA DE CAR4MI Y EL SR. GARCÍA

Una vez analizada la estrategia de Aussie LTD y Car4u, se puede ver con mayor claridad cuál sería la mejor defensa que Car4mi y el Sr. García podrían articular al respecto.

Empezando por las conductas de competencia desleal, la actuación de los demandados debería ser distinta en función de si finalmente es Aussie LTD o Car4u quien interpone la demanda. En el primero de los casos, podrían alegar que Aussie LTD no tiene legitimación activa por no haberse visto perjudicada directamente por las presuntas conductas desleales practicadas, requisito que el artículo 33.1 LCD determina como imprescindible para demandar por este motivo.

En cambio, si fuese Car4u quien interpusiera la demanda, deberían rebatir sus alegaciones con argumentos de fondo, en cuya exposición deberían esmerarse y acompañarla de abundantes medios de prueba por cuanto, como ya se ha visto más arriba, les corresponde a ellos la carga de la prueba (artículo 217.4 LEC). Estos se expondrán separados en apartados para que se vea de manera más visual su contraposición a los argumentos de Car4u.

a) Actos de confusión y actos de imitación

En cuanto a los actos de confusión, no existe riesgo de asociación alguno por parte de los consumidores de ambas empresas.

En primer lugar, porque sus nombres comerciales no son tan similares como para producir esta situación. Si bien es cierto que ambos contienen la palabra «car» (siendo completamente normal que este vocablo forme parte del nombre comercial de una empresa dedicada a la actividad del *car sharing*), la segunda parte de los nombres comerciales («u» y «mi») es bien distinta, tanto auditivamente como visualmente.

En este sentido resolvió la sentencia del Tribunal Supremo 395/2013, de 19 de junio [FJ 13], al determinar que no conformaba acto de competencia desleal que una empresa usara la indicación «Funciona» junto a su marca habiendo otra empresa anterior que ya la utilizaba, pues ello no suponía una conexión o vínculo con las marcas de la primera empresa.

En segundo lugar, Car4mi debería intentar hacer con las campañas publicitarias lo mismo que con el nombre comercial, es decir, destacar las diferencias entre las

campañas de cada empresa y mostrar que, debido a ellas, no existe riesgo de confusión.

Respecto a los actos de imitación, hay que partir de la previsión contenida en el artículo 11.1 LCD, la cual dispone que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley, que no es el caso.

Con amparo en esta permisión, el riesgo de asociación que Car4u apunta que se produce es inevitable, pues ambas mercantiles se dedican exactamente a la misma actividad y es común que los consumidores realicen dicha asociación en estos casos. Esta inevitabilidad constituye una causa de exclusión de la consideración de una práctica concurrencial como desleal (artículo 11.2 LCD).

En relación con esta cuestión, también es importante señalar que los similares métodos que Car4mi utiliza para trabajar y prestar sus servicios tampoco comportan un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajenos debido a que son modos de operar comunes en este tipo de negocio.

Por último, al no haber cometido Car4mi un acto aislado de imitación de las prestaciones o iniciativas empresariales de Car4u, tampoco puede haber incurrido en una imitación sistemática de estas.

b) Explotación de la reputación ajena

En cuanto a esta conducta desleal, Car4mi no ha explotado en absoluto la reputación de Car4u. Ello porque Car4u sostiene que lo ha hecho mediante la utilización de un nombre comercial que confunde a ambas empresas por ser similar al de su competidor en el mercado, lo cual se ha visto más arriba que no es así.

Además, también argumenta la demandante que las formas de trabajar que utiliza, impiden a los consumidores salir de la confusión en la que supuestamente se han visto inmersos; sin embargo, también se ha dejado claro ya que dichas formas de trabajar son del todo comunes y utilizadas por muchas otras empresas dedicadas al negocio del *car sharing*.

c) Actos de denigración

En lo que concierne a los actos de denigración de los que se dice que el Sr. García es responsable, basta con decir que el correo electrónico con el que Car4u trata de demostrar que se realizaron dichos actos de denigración no constituye prueba de ello. En primer lugar, porque el hecho de que fuera dirigido a una persona que se llama Nicolás, sin especificar sus apellidos, no es hecho bastante para considerar que el destinatario debiera haber sido el Sr. García. En segundo lugar, porque RIS ya

cometió un error al enviar dicho correo a Aussie LTD, por lo que también puede haberse equivocado en ese extremo. Y, en tercer lugar, porque el Sr. García no es accionista de la sociedad ni tampoco ostenta ningún cargo de gerente o administrador de la empresa, por lo que no tiene relación con Car4mi y, por tanto, carece de sentido que debiera ser él el destinatario de un correo concerniente a dicha empresa. Esto último debería sostenerlo el Sr. García con base en la documentación de la mercantil.

Pero, es más, el hecho de que Car4u arrastre problemas no entra dentro de la definición de acto de denigración que da el artículo 9 LCD. En un supuesto similar en el que el demandado comentó, entre otras cosas, que en el futuro la compradora probablemente tendría problemas de servicio, mantenimiento y suministro porque la estructura de la empresa demandante sería insuficiente, el Tribunal Supremo (STS 1100/2007, de 22 octubre [FJ 7]) apreció que dichos comentarios carecían de «[...] idoneidad, individualmente y en su conjunto, para determinar el ilícito del art. 9º, por cuanto no tienen la entidad necesaria para menoscabar el crédito en el mercado de la entidad actora».

A mayor abundamiento, las afirmaciones vertidas acerca de los problemas que Car4u viene arrastrando son «exactas, verdaderas y pertinentes», por lo que no constituyen actos de denigración, pues el legislador ha considerado que el interés privado del competidor en no verse denigrado cede en favor del interés del público de conocer dicha información. Esto lo podría probar Car4mi solicitando que la contraparte aportara documentación acerca de su contabilidad, lo cual demostraría que, a pesar de la fachada que mostraba a sus consumidores y colaboradores de que sigue siendo la empresa número uno en el mercado del *car sharing*, se ha convertido en una empresa en decadencia.

d) Inducción a la infracción contractual

Por lo que respecta a la inducción a la infracción contractual alegada, el Sr. García no ha llevado a cabo ninguna actuación que haya sido causante de la decisión de RIS de dejar de colaborar con Car4u y empezar a trabajar con Car4mi, pues ya se ha dejado claro que el correo electrónico aportado por la demandante no constituye prueba de ninguna actuación del Sr. García, por lo que este no puede haber sido el inductor de RIS en cuanto a dicho traspaso.

Pero, además, no sería esta una conducta que encajara en el artículo 14 LCD por no cumplirse los requisitos allí exigidos para ser reputada como desleal.

En cuanto al apartado 1, porque RIS no ha infringido ningún deber contractual básico al no tener suscrito con Car4u ningún pacto de permanencia u otro análogo que le obligara a quedarse colaborando con esta. En un supuesto parecido resolvió el Tribunal Supremo (STS 468/2013, de 15 de julio [FJ 17]) que el hecho de que el director comercial de una empresa abandonara su cargo para irse a otra no era una

conducta que se pudiera incardinar en el artículo 14.1 LCD, por no tener suscrito este ningún pacto de no competencia con la empresa de la que se iba.

Tampoco entra la mencionada conducta en el apartado 2, pues tal y como dice la misma sentencia [FJ 19]: «[...] como ya advertíamos en la sentencia de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3603), en un supuesto en que la inducción denunciada afectaba a la terminación regular de contratos de trabajo, una cosa es que la contratación de trabajadores de un competidor pueda ocasionar a la postre su eliminación del mercado, y otra distinta que la principal finalidad o propósito perseguido al inducir a los trabajadores a que cesen en sus relaciones contractuales con el reseñado competidor sea su eliminación del mercado. Esto último, que es lo que se tipifica en el art. 14.2 LCD, ocurre cuando el inductor no está tanto interesado en el beneficio propio y directo que le genera la contratación de trabajadores que lo habían sido del competidor, como privar a éste de aquellos trabajadores para generar su ruina. Además, en el caso de la captación de la clientela de un competidor, que consiste en muchos casos el objetivo de la competencia en el mercado, siempre que se haga como consecuencia del "merito" de las propias prestaciones, como necesariamente pasará por la terminación o disminución de la relación comercial con el competidor, es muy difícil apreciar la reseñada circunstancia de la intención de eliminar a dicho competidor del mercado».

Lo dispuesto allí es extrapolable a los supuestos que tengan que ver con los colaboradores de un competidor y, en el caso del Sr. García, no se disponen de medios de prueba suficientes para afirmar que su intención fuera la eliminación de Car4u del mercado, siendo indiferente que dicha consecuencia se acabara produciendo por perder a su mayor colaborador.

e) Violación de secretos

En cuanto a la violación de secretos de la que se reputa infractor al Sr. García por haber revelado el *know-how* de Car4u, no existe ninguna prueba de ello.

En lo que tiene que ver con la revelación del secreto a Car4mi, no basta con que una persona relacionada con el Sr. García sea accionista de la empresa en cuestión para demostrar que le ha transmitido el *know-how* de Car4u del que es conocedor. Además, los actos de representación que la demandante alega que el Sr. García realiza en favor de Car4mi no quedan probados con la existencia de un correo electrónico que tan solo se dirige a una persona llamada Nicolás.

Por otro lado, Car4u intenta demostrar la revelación del secreto empresarial a RIS mediante una simple frase contenida en el correo electrónico que ya se ha visto reiteradas veces que no se ha probado de ningún modo que fuese dirigido al Sr. García: «Ha sido un placer conversar contigo durante estos meses para entender el funcionamiento del negocio de *car sharing*». Pues bien, no cabe dentro de la lógica

sostener que hablar del funcionamiento genérico de un tipo de negocio suponga la transmisión del *know-how* de una empresa concreta.

f) Publicidad ilícita

Por último, en lo referente a la elaboración y difusión de publicidad desleal por parte de Car4mi, hay que llegar a la conclusión lógica de que, al no haber imitado a Car4u en sus campañas publicitarias, extremo tratado en el apartado a), no existe base para defender la existencia de esta conducta desleal.

Por todo lo expuesto, Car4mi y el Sr. García deberían solicitar en su *petitum* la desestimación de todas y cada una de las acciones referentes a la competencia desleal que hubiera articulado Car4u en su demanda.

No obstante, para el caso de que el Tribunal apreciara que se constata la producción de alguno de los actos de competencia desleal alegados, deberían argumentar que estos no se han llevado a cabo mediando dolo, pues este es requisito indispensable para que se deban resarcir los daños y perjuicios ocasionados (artículo 32.1.5ª LCD). Ello podrían hacerlo aduciendo que todas las actuaciones que han llevado a cabo se han producido para el exclusivo beneficio de Car4mi, pero, en ningún caso, con la intención de eliminar a Car4u del mercado.

Por último, en lo referente a las medidas cautelares solicitadas, deberían aducir en la vista de este incidente que no se cumplen los requisitos para adoptarlas, pues, en virtud de lo dicho anteriormente, no existe apariencia de buen derecho ni peligro en la mora procesal. Sin embargo, también podrían solicitar al Tribunal que, en sustitución de las medidas cautelares, aceptara la prestación por su parte de una caución suficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria (artículos 746 LEC). No obstante, la caución sustitutoria no la podría pedir para la cautelar dirigida a evitar la revelación de secretos empresariales (artículo 23, apartado segundo LSE).

En otro orden de cosas, está la presunta violación de la Ley de Marcas por la que Car4u demanda a Car4mi. Frente a estas alegaciones, Car4mi debería solicitar al Tribunal la íntegra desestimación de las pretensiones de la contraparte.

Ello porque el nombre comercial «Car4mi», como ya se ha visto al tratar los actos de confusión e imitación de los que se acusaba a Car4mi de haber realizado, no es semejante al nombre comercial «Car4u» ni, mucho menos, idéntico. En su razón, como también ha sido apuntado ya, no existe riesgo alguno de confusión o asociación entre ambos por parte del público.

De este modo, no se cumplen los requisitos que exige la Ley de Marcas para que Car4u pueda prohibir a Car4mi utilizar tal nombre comercial y que este sea declarado nulo (artículos 7.1 b), 87.3, 88 c), 52.1 y 91 LM). Así, quedarían sin cobertura legal las

acciones tanto de cesación de la utilización del nombre comercial «Car4mi» como de indemnización de daños y perjuicios, del mismo modo que tampoco se estimaría la solicitud de publicación de la sentencia, pues esta sería íntegramente desestimatoria.

Los mismos argumentos servirían para desvirtuar la alegación de Car4u referente a la utilización de «Car4mi» como denominación social.

En cuanto a las medidas cautelares, Car4mi debería proceder aquí del mismo modo que en lo relativo a las concernientes a la competencia desleal. Es decir, debería solicitar que el Tribunal no las adoptara argumentando que no existe apariencia de buen derecho ni peligro en la mora procesal o, subsidiariamente, que, en sustitución de las medidas cautelares, aceptara el Tribunal la prestación por su parte de una caución suficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria (artículos 746 LEC).

Por último, respecto a la demanda de Aussie LTD en ejercicio de la acción de cumplimiento del pacto de no competencia incluido en el contrato de compraventa de las participaciones de Car4u, lo primero que el Sr. García debería comprobar es que esta no hubiera prescrito, conforme al artículo 1964.2 CC.

En caso de que hubiera prescrito por el transcurso de cinco años entre el momento de la formalización del contrato de compraventa y el momento en que Car4u interpusiera la acción (no se conoce este momento por cuanto todo ello debería ocurrir en una fecha posterior a la superación de la pandemia), bastaría con que adujera en su contestación a la demanda la excepción procesal de prescripción de la acción, cuestión que se resolvería en la audiencia previa al juicio.

En otro caso, el Sr. García debería argumentar que no procede la estimación de la acción de cumplimiento del contrato al no existir incumplimiento alguno del mencionado pacto de no competencia.

Respecto a la prohibición de actuar en el mercado del *car sharing*, la defensa del Sr. García debería partir del hecho de que él, quien firmó el contrato de compraventa de las participaciones de Car4u y, por tanto, el único obligado a cumplir con las cláusulas que en él se contienen, no tiene relación alguna con la sociedad Car4mi. Este extremo podría probarlo, como ya se ha apuntado anteriormente y, entre otros medios, con la documentación de la mercantil, que mostraría que no es accionista de la empresa ni ostenta ningún cargo de gerente o administrador en la misma. Así, concluiría que, no ha podido actuar en el mercado a través de dicha empresa. A esto debería añadir que, claramente, no ha actuado directamente en el mercado del *car sharing*.

Además, en relación con la prueba aportada por Aussie LTD, el Sr. García podría solicitar la inadmisión de la testifical documentada del investigador privado que afirma que el Sr. García y Dña. Beatriz, mayor accionista de Car4mi, conviven desde el inicio de la

pandemia. Ello procedería si el investigador privado hubiese tenido conocimiento de esos hechos, por ejemplo, atentando contra el derecho a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen de dichas personas, lo cual está estrictamente prohibido por el artículo 10.1 d) de la *Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada*. De este modo, este medio de prueba sería ilícito y correspondería su inadmisión conforme al artículo 283.3 LEC.

En segundo lugar, el Sr. García debería alegar que tampoco ha incumplido el pacto por el que le quedó prohibido utilizar el *know-how* de Car4u por las siguientes razones.

En cuanto a su utilización a través de Car4mi, podría desvirtuar el argumento de Aussie LTD aduciendo que intenta demostrar dicha actuación a través de dos consideraciones incorrectas: que el Sr. García y Car4mi están estrechamente relacionados y que Car4mi ha estado utilizando el *know-how* de Car4u.

Respecto a lo primero, ya se han expuesto los argumentos que desechan dicha consideración. En lo que tiene que ver con el segundo punto, podría aducir el Sr. García que no se han aportado elementos de prueba suficientes para demostrar que esa afirmación sea verdadera, tales como una pericial que sostenga que, en los modos de trabajar y de prestar los servicios de Car4mi se halle alguna especificidad únicamente conocida y utilizada por Car4u. Por tanto, debido a que la carga de la prueba corresponde en este caso al demandante (artículo 217.2 LEC), se debe considerar que Car4mi se ha limitado a organizar su empresa y prestar sus servicios utilizando conocimientos técnicos de dominio público y de conocimiento general en el mercado del *car sharing*.

Por otro lado, es necesario apuntar dos cosas en relación con la supuesta transmisión por parte del Sr. García del *know-how* de Car4u a la empresa RIS. La primera de ellas es que la puesta en conocimiento de una serie de generalidades características de un tipo de negocio no puede conformar, en absoluto, una difusión de un secreto empresarial, pues esa información no cumple los requisitos señalados más arriba para poder ser considerada *know-how*. La segunda y más importante para lo ahora objeto de debate es que el pacto de no competencia incluido en el contrato de compraventa prohibía al Sr. García la utilización del *know-how* de Car4u, pero no su revelación o difusión a otros, por lo que dicha actuación, en caso de que fuera cierta, tampoco podría denunciarse por la vía del incumplimiento contractual.

En último término, cabría oponer un argumento de cierre poniendo de manifiesto que, aunque el Tribunal considerara que ha habido un incumplimiento del pacto de no competencia, no correspondería indemnización alguna por los daños y perjuicios producidos por no haberlos justificado Car4u suficientemente. Así consiguió la empresa demandada evitar pagar daños y perjuicios derivados de este tipo de conductas en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo 303-2016, de 9 mayo [FJ 6]: «Como consecuencia de todo lo cual, debería estimarse este motivo del recurso de casación. Sin embargo, no puede ser así, por lo que hemos dado en llamar en numerosas resoluciones ausencia de efecto útil. Y ello, porque examinadas las consecuencias del incumplimiento contractual

por parte del codemandado Sr. Simón, no encuentra justificación la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda [...] ninguna de tales cantidades está justificada».

VI. CONCLUSIONES

De todo lo analizado en el cuerpo de este dictamen se pueden extraer las siguientes conclusiones para cada una de las cuestiones planteadas.

En cuanto a la posibilidad de resolver el contrato de compraventa del ochenta por ciento de las participaciones sociales de Car4u por el hecho de que algunos de los vehículos que forman parte de su flota estén averiados, se ha visto que el punto fundamental del debate gira en torno a si este hecho equivale a un incumplimiento del contrato por parte del Sr. García, pues no existe mayor discusión acerca de los restantes requisitos necesarios para que una de las partes tenga la facultad de resolver el contrato unilateralmente.

Así pues, la determinación de la existencia o no del mencionado incumplimiento dependerá de la línea jurisprudencial que acoja el Juzgador para dictar su sentencia: aquella que entiende que, en este tipo de compraventas, el objeto del contrato es el negocio en sí, junto con sus activos, o bien la opuesta, que atiende tan solo a la correcta transmisión de las participaciones sociales. No obstante, parece lógico que en este caso concreto se atendiera a la intención de las partes contratantes y el Juzgador apoyara la primera línea jurisprudencial expuesta.

Llegados a este punto, la anterior cuestión se entrelaza con la de la posibilidad de que Aussie LTD exija al Sr. García, en lugar de la resolución del contrato, el saneamiento por vicios ocultos, ya que, como se ha visto, la estimación de una u otra acción dependerá de la esencialidad de los defectos ocultos. Ello si el Juez constata previamente su existencia, puesto que, frente a los argumentos de Aussie LTD, aparecen más fuertes los del Sr. García. Esto porque, aunque se desconoce el defecto concreto de que adolecen los vehículos, es muy probable que el Juez apreciara que el hecho de que Aussie LTD realizara una *due diligence* exhaustiva de la empresa Car4u antes de proceder a la compraventa de un porcentaje de sus participaciones elimina la necesaria nota de que dicho defecto sea oculto. A lo que se suma el conocimiento que tiene el fondo de inversión sobre este tipo de negocio por cuanto tiene participaciones en varias empresas dedicadas al mismo sector.

Por otro lado, respecto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos de préstamo y arrendamiento, caben las siguientes consideraciones.

En lo referente al contrato de préstamo, si bien es cierto que Tribunales inferiores han avalado la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* como consecuencia de la producción de una desproporción exorbitante de las prestaciones de las partes de un contrato debido a la situación extraordinaria e imprevisible que ha supuesto el COVID-19, no hay que olvidar que la actual tendencia jurisprudencial marcada por el Tribunal

Supremo respecto a esta cláusula es su restrictividad. Este hecho, unido a que el argumento de la existencia de propuestas para su codificación es débil, pues todas ellas han sido rechazadas, y a que la cláusula se trata de un remedio que no es susceptible de ser aplicado a una generalidad de casos (como los derivados de las consecuencias del COVID-19), llevan a la conclusión de que es más probable que el Juzgador opte por la no aplicación de la *rebus sic stantibus* en este caso. A todo esto cabe añadir que el Tribunal Supremo ha reiterado que las crisis económicas no son sucesos imprevisibles y que los problemas de liquidez son un riesgo inherente a este tipo de contratos que corre a cargo del deudor.

En cuanto al contrato de arrendamiento del edificio de oficinas, se presentan más dudas. Por un lado, numerosas y recientes sentencias avalan la aplicación de la *rebus sic stantibus* ante supuestos muy similares al de Car4u, pues los Tribunales consideran que el COVID-19 no ha traído consigo una crisis económica de aquellas que cabe esperar que se produzcan cíclicamente en la economía, sino que ha supuesto una crisis sanitaria que se caracteriza, precisamente, por su carácter extraordinario e imprevisible.

Sin embargo, existe normativa que contiene remedios para restablecer el equilibrio económico de este tipo de contratos ante las consecuencias del COVID-19, lo cual puede significar dos cosas. Por una parte, que, si Car4u entra dentro del ámbito de aplicación de dicha normativa, no se cumpla el requisito de subsidiariedad necesario para la aplicación de la cláusula. Si, por el contrario, no es así, carece de sentido que se otorgue una especial protección a quien el legislador ha considerado que no la necesitaba al promulgar la reiterada normativa. Y no parece fácil sostener que el Juez deba utilizar el argumento aducido por otros Juzgados de Primera Instancia de que la nota de subsidiariedad perdura si las medidas frente a los efectos del COVID-19 que establecen los reales decretos-ley no son suficientes para reestablecer el equilibrio económico en el caso concreto, pues estos Juzgados no sientan jurisprudencia y, se reitera, la doctrina del Tribunal Supremo defiende la aplicación restrictiva de la cláusula.

Finalmente, la posición fuerte en los temas concernientes a competencia desleal y propiedad industrial la ostentan Aussie LTD y Car4u al tener difícil los demandados cubrir la exigencia de la carga de la prueba con las alegaciones aducidas por la contraparte, ya que hay suficientes hechos que apuntan a la realización de conductas de competencia desleal por parte de Car4mi y el Sr. García. Lo mismo sucede en el caso del pacto de no competencia, pues se presentan apoyadas con mejores argumentos y medios probatorios las alegaciones de Aussie LTD frente a las del Sr. García.