



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**Trabajo de Fin de Máster Especialidad Derecho de las Relaciones  
Jurídico-Privadas**

**Curso 2021/2022**

**Paloma Martínez Elías**

**GRUPO: B**

**Tutora: Verónica González-Choren Respaldiza**

Facultad de Derecho. Universidad Pontificia de Comillas.

Enero 2022

## ÍNDICE

I. ANTECEDENTES .....	3
II. INTRODUCCIÓN .....	6
III. PROBLEMÁTICA JURÍDICA. ....	6
IV. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE “CAR4U S,L”.....	7
1. Incumplimiento (Artículo 1.124 del Código Civil).....	8
1.1 Argumentos de Aussie .....	14
1.2. Argumentos del Sr. García. ....	18
V. EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS.....	22
1. De la responsabilidad por vicios ocultos .....	23
2. Excepciones a la responsabilidad por vicios ocultos .....	24
2.1 Argumentos por los cuales Aussie LTD podría exigir al vendedor el saneamiento por vicios ocultos .....	25
VI. EL PROCESO DE “DUE DILIGENCE”.....	27
3.1 Peculiaridades de la <i>due diligence</i> en el contrato de compraventa de participaciones. ....	29
3.2 Efectos de la <i>due diligence</i> .....	30
3.3 Argumentos de las partes .....	31
Argumentos a favor de Car4u .....	31
Argumentos a favor de Aussie LTD.....	33
VII. LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> .....	36
4.1 Tipicidad contractual para la aplicación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> :.....	39
VIII. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO Y LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS ADOPTADAS POR LA PANDEMIA.....	40
5.1 Argumentos a favor.....	42
5.2 Argumentos en contra .....	45
IX. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y LA POSIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DE RENTA POR LA PANDEMIA. ....	47
6.1 Argumentos a favor.....	47
6.2 Argumentos en contra .....	50
X. LA COMPETENCIA DESLEAL. ....	53
7.1 Posición de Aussie LTD ante la aparición de la nueva compañía Car4mi .....	53
7.2 Argumentos de la defensa de Car4mi.....	58
XI. BIBLIOGRAFÍA .....	61

## I. ANTECEDENTES

D. Nicolás García es un empresario que en el año 2010 descubrió en un viaje a Seattle el concepto del *car sharing*. Cuando volvió a Madrid pensó que tenía que formar el negocio del *car sharing* en Madrid y fundó la empresa Car4u, S.L. (“**Car4u**”).

Diez años después de su constitución, en el año 2020, Car4u era la empresa de *car sharing* número 1 en España. Se expandió rápidamente y atrajo a numerosos fondos de inversión extranjeros que vieron en Car4u un negocio en el que invertir.

A principios de Enero, uno de los diez fondos de inversión más grandes del mundo de origen australiano llamado Aussie LTD contactó con el Sr. García y le transmitió su interés por adquirir un paquete mayoritario de las participaciones de Car4u (en torno a un 80%).

Aussie LTD es un fondo que lleva actividades muy variadas y entre ellas, el mundo del *car sharing* ya es conocido para este fondo, ya que tiene participaciones en cuatro empresas de *car sharing* de países diferentes. Es por ello que el Sr. García vio una gran oportunidad para vender una parte de su negocio y con las ganancias que reciba comenzar otro negocio.

En consecuencia, firma un acuerdo de confidencialidad con Aussie LTD y le da acceso a toda la información e instalaciones de Car4u para que esta pueda realizar un proceso de *due diligence* de Car4u previo a la potencial compraventa de participaciones.

Aussie LTD contrata a diversos asesores (todos ellos empresas de servicios de primer nivel) para realizar la *due diligence* y conocer la empresa con detalle para valorar el negocio y ofrecer un precio por la compraventa de participaciones. Al realizar el proceso de *due diligence*, identifican algunas contingencias en Car4u y ello produjo que la oferta de Aussie disminuyera y ofreció un precio inferior al inicial por las participaciones.

Finalmente, D. Nicolás García y Aussie LTD a fecha 15 de febrero de 2020 firmaron el contrato de compraventa sujeto a derecho español común en virtud del cual, Aussie LTD adquirió las participaciones sociales representativas de un 80% del capital social de Car4u por un precio de 3.500.000 euros.

El mismo día en el que Aussie LTD se produce la compraventa de participaciones y se convierte en titular del porcentaje que adquiere de las mismas, Car4u toma un préstamo bancario con intereses para invertir en la compra de nuevos vehículos.

Pocos días después de adquirir las participaciones sociales, Aussie LTD descubre que un porcentaje bastante alto de vehículos está averiado y requiere reparaciones por un importe total de 300.000 euros.

En plenas discusiones entre Aussie LTD y D. Nicolás García por el descubrimiento de las averías, la pandemia del Covid-19 llega a España y se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional.

Como consecuencia del estado de alarma, se paraliza la actividad de Car4u y la gran mayoría de los empleados son incluidos en los correspondientes Expedientes de Regulación Temporal de Empleo. Los resultados de la empresa cayeron.

Como consecuencia Car4u deja de tener la liquidez con la que contaba para hacer frente a los pagos debidos en el préstamo bancario. Para tratar de remediar tal situación, Car4u presenta ante los juzgados una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* para suspender durante un año el pago de los intereses devengados invocando la *cláusula rebus sic stantibus*.

Una vez superada la pandemia, el negocio de Car4u vuelve a crecer y a recuperarse económicamente. Al cabo de un tiempo Aussie LTD descubre la existencia de una nueva compañía en el mercado que, además de tener un nombre muy parecido (i.e. “Car4mi”), comparte sospechosamente formas de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado con Car4u.

La aparición de Car4mi provocó una ralentización en los resultados de Car4u, parte de sus clientes y algunas empresas con las que tenía suscritos convenios de colaboración, deciden pasarse a la competencia.

Tras investigar sobre la titularidad de la compañía, descubren que la máxima accionista de la compañía Car4mi es Dña. Beatriz Madariaga, a quien reconocieron ya que acudió a la firma del contrato de compraventa como acompañante de D. Nicolás García.

Es por ello que Aussie LTD decide contratar un investigador privado para averiguar la conexión entre Dña. Beatriz y D. Nicolás y descubre que conviven al menos desde el inicio de la pandemia.

Ante esta situación, Aussie LTD revisa el contrato de compraventa para comprobar la regulación del régimen de no competencia y constata que se incluyó una obligación expresa en este sentido, que prohibía a D. Nicolás operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante un periodo de al menos 10 años, así como utilizar el *know-how* de Car4u sin su permiso.

Por otro lado, la Directora de la empresa RIS (siglas de “Ramiro Investments, S.A.”), que tenía uno de los convenios de colaboración más importantes con Car4u, comete un error y envía un e-mail a Aussie LTD, pensando que iba dirigido a Car4mi porque se ha unido a esta empresa.

## **II. INTRODUCCIÓN**

El presente dictamen se realiza por parte de la abogada Doña Paloma Martínez Elías en representación de Aussie LTD. Tiene como finalidad asesorar al cliente de cada una de las opciones que se presentan y tratar de solventar los problemas que se plantean con la empresa Car4u, S.L, una empresa de *car sharing* fundada por el empresario Don Nicolás García.

Para ello, se ha enfocado este dictamen de la manera más práctica posible, dando una descripción teórica de los conceptos legales más importantes en cada cuestión jurídica para aplicar, lo que ha sido objeto de un profundo estudio previo, a la problemática concreta que se plantea y así defender los posibles argumentos con los que se pueden encontrar ambas partes. Para resolverlo se propondrán diversas soluciones a cada una de las cuestiones jurídicas planteadas con el fin de cumplir con sus intereses conforme al ordenamiento jurídico español.

La metodología que se usa para la elaboración de este dictamen consiste en la explicación de los preceptos legales que ofrece nuestro ordenamiento jurídico nacional, conceptos legales acompañados de la doctrina y jurisprudencia aplicable al presente caso. Para ello se valorarán las diferentes posiciones favorables para la defensa de mi cliente (Aussie LTD) y por el contrario, las que podría alegar Car4u y Car4mi.

## **III. PROBLEMÁTICA JURÍDICA.**

A tales efectos y por razones sistemáticas, iremos abordando de manera separada las diferentes cuestiones jurídicas planteadas, y de esta manera llegar a las oportunas conclusiones. Son por tanto objeto de nuestra consideración:

- I. El contrato de compraventa de las participaciones sociales de la compañía “Car4u, S.L”.
- II. Trascendencia jurídica que respecto a las obligaciones de los contratantes puede tener el hecho de que haya venido precedido de un “proceso de *due diligence*”

realizado por una empresa de primer nivel y en consecuencia de reconocido prestigio.

- III. Trascendencia jurídica que respecto a las obligaciones derivadas del préstamo solicitado por la empresa Car4u, S.L, haya podido tener la declaración del estado de alarma en España y la paralización de la actividad de la empresa.
- IV. Consecuencias jurídicas que pudieran derivarse del hecho demostrado de concurrencia del vendedor D. Nicolás García y Aussie a través de tercero, en la misma actividad empresarial que realiza la compañía objeto de compraventa a Aussie LTD.

#### **IV. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE “CAR4U S,L”.**

Con carácter previo habría que plantearse la naturaleza jurídica del contrato de compraventa toda vez que su correcta calificación pudiera tener trascendencia en el régimen jurídico aplicable, especialmente y en lo que nos afecta las posibles consecuencias que afectan a su cumplimiento. En efecto, si calificáramos la compraventa como mercantil habría que estar a lo dispuesto en los artículos 325 y siguientes del Código de Comercio , mientras que si la calificáramos como civil, al régimen ordinario contenido en nuestro Código Civil. Artículos 1.445 a 1.506.

Aunque la compraventa tiene por objeto “las participaciones sociales de una sociedad mercantil” ello entendemos no desnaturaliza su carácter civil, dado que no se cumple el requisito esencial que cualifica la compraventa mercantil en el primer artículo citado que consiste en la “compra de un bien mueble para su reventa”

Por ello debemos aplicar el régimen previsto para la compraventa civil, lo que nos lleva a soluciones jurídicas diferentes especialmente en lo que se refiere a los riesgos del contrato y a la obligación de saneamiento por vicios o defectos ocultos.

En cuanto a su caracterización, la compraventa objeto de nuestro análisis es un contrato conmutativo oneroso de carácter sinalagmático, y en el que resultaría de particular aplicación lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil.

## **1. Incumplimiento (Artículo 1.124 del Código Civil).**

Con la finalidad de resolver la problemática jurídica planteada, en primer lugar, señalar que el art. 1124 C.C instaura una condición resolutoria implícita en todas las obligaciones recíprocas, como ocurre en este caso, ya que una parte se obliga a entregar el bien (las participaciones) y la otra a pagar el precio (se trata de un contrato de compraventa). De este modo, cada parte contractual tiene reconocida una “facultad de resolver (el contrato) para el caso de que (el otro contratante) no cumpliera lo que le incumbe”.

Hace ya tiempo que esta concepción condicional de la facultad de resolución no se considera adecuada, y hoy el instrumento resolutorio se caracteriza como un remedio contractual, en forma de derecho unilateral de configuración jurídica, ejercitable por medio de una demanda o de una declaración extrajudicial recepticia comunicada al deudor. Esta facultad se halla al servicio de las exigencias del sinalagma contractual y no se requiere averiguar si existe una voluntad hipotética de las partes respecto de su vigencia. Es un derecho configurable por acuerdo y, salvo en contratos con consumidores, que se puede renunciar de forma anticipada. El motivo de ser de esta herramienta es que el acreedor no tiene que atenerse al contrato si el deudor no cumple (y viceversa). Con el fin de recuperar la prestación ya realizada, y a la hora de liberarse de la obligación, el acreedor puede resolver<sup>1</sup>.

El art. 1124 C.C. contempla que la facultad de resolver las obligaciones se considera implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le corresponde<sup>2</sup>. La buena fe contractual prescribe que ambos contratantes cumplan respecto aquello que han prometido. Aunque ambos pueden resolver las obligaciones, únicamente puede solicitarse y ejercitarse por aquel de los dos que haya cumplido con su

---

<sup>1</sup> REDACCIÓN ARANZADI, “Resolución por incumplimiento”, *Nuevos Clásicos. Derecho de Contratos*, 2017, p. 1

<sup>2</sup> FAUS, M., “Obligaciones unilaterales y recíprocas”, *Práctico Obligaciones y contratos*, vLex. 2020, p. 1.

parte en el contrato.

Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, de ahora en adelante STS, (71/2017) de 8 de febrero de 2017, del art. 1124 CC se desprende que la **facultad de resolver las obligaciones recíprocas cuando uno de los obligados no cumple lo que le incumbe**, pero siempre que haya cumplido el otro o esté en condiciones de hacerlo; o bien, también permite dicha norma, que se inste el cumplimiento de la parte contraria pero siempre que pueda quedar cumplida la causa en virtud de la cual contrajo su obligación.

Por lo tanto, una de las facultades que el Código Civil contempla es la que dispone el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro, siempre que dicho incumplimiento tenga unas determinadas **características**. Esta solución permite a la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra parte desvincularse de los compromisos contractuales asumidos, haciendo que el contrato sea ineficaz<sup>3</sup>. La razón por la que se le exige al incumplimiento resolutorio cumplir unos específicos requisitos es obvia: la facultad de apartarse del contrato por incumplimiento colisiona con el principio de la conservación del negocio jurídico, de manera que solo si uno de los contratantes se encuentra ante un incumplimiento cualificado podrá ejercitar esta acción.

Los **requisitos para la resolución de contrato por incumplimiento**, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, son: la vigencia del contrato; la reciprocidad de las obligaciones; la inejecución de una o varias de las obligaciones contractuales; y previo cumplimiento del actor.

#### **a) Vigencia del contrato**

La acción resolutoria por incumplimiento contractual requiere la existencia de una relación contractual vigente entre quienes lo acordaron (STS 4/1992 de 4 de enero de 1992) y las que en ella se citan.

#### **b) Reciprocidad de las obligaciones**

---

<sup>3</sup> La finalidad de la resolución es ofrecer protección al contratante lesionado por el incumplimiento. Atrás queda la idea de considerar la acción resolutoria como una sanción que se le impone al contratante incumplidor, para convertirse en una medida de protección frente a aquél. “La específica sanción del incumplidor es el deber de resarcimiento, pero no per se la resolución”, DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A.M., 2002, “Los principios europeos de Derecho de contratos”, p. 399.

La conjunción de varias obligaciones en un solo contrato no implica de suyo que haya de atribuírseles forzosamente el calificativo de «recíprocas», lo que técnicamente sólo corresponde a aquellas obligaciones ligadas por una íntima unión reflejada en el hecho de que cada una se constituye en causa eficiente de la otra. En este sentido, ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2015<sup>4</sup> que:

*“cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa de un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de deudora y acreedora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua confidencialidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra”.*

Por tanto, en definitiva, para que se pueda hablar de obligaciones recíprocas, hace falta no solo que en un mismo contrato se contemplen prestaciones por ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra y, por lo tanto, exista entre las mismas una recíproca condicionalidad, de donde se entiende una doble consecuencia<sup>5</sup>:

- Que es ineludible que el principio de reciprocidad esté tan perfectamente determinado que no se entiendan unas obligaciones sin las otras.
- Que no entra en juego dicho artículo cuando se trata de obligaciones que, estando asociadas a un contrato, tienen un puro carácter accesorio o complementario con relación a aquellas prestaciones y contraprestaciones.

### **c) Inejecución de una o varias de las obligaciones contractuales**

La facultad resolutoria exige la concurrencia de un incumplimiento que debe ser grave,

---

<sup>4</sup> STS de 11 de junio de 2015, no 309/2015. El recurrente impugna el nexo causal entre el incumplimiento contractual sobre las prestaciones recíprocas y los daños a que fue condenado. No puede entenderse la existencia de la debida relación de causalidad entre el hecho presuntamente ilícito y el resultado decisivo. La relación de causalidad no es revisable en casación.

<sup>5</sup> DÍAZ LA CHICA, S., *La resolución por incumplimiento de los contratos obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores*, Civitas, pp. 32-35.

habiendo señalado la jurisprudencia recaída a propósito de la gravedad del incumplimiento que:

1. La apreciación de la gravedad en el incumplimiento de las obligaciones que incumben a cada parte constituye una **cuestión de hecho** (STS de 12 de junio de 1990).
2. Debe tener tal **importancia en la economía del contrato** que justifique la resolución en la común intención de los contratantes, no bastando un mero incumplimiento parcial, ni una infracción mínima, como cuando se trata de obligaciones que estando incorporadas a un contrato tienen mero carácter accesorio o complementario, con relación a aquellas prestaciones o contraprestaciones que constituyen el objeto principal del pleito. Véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 29 de diciembre de 1997<sup>6</sup>.
3. El comportamiento **incumplidor ha de recaer sobre la esencia de lo pactado** y ser de tal índole y entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas aspiraciones de la parte que inste la resolución (STS de 4 de septiembre de 2014, 439/2014 y las que en ella se citan). Sobre este punto, debe advertirse que la jurisprudencia del TS ha ido evolucionando pues, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014.

Durante un tiempo, para entender producido un incumplimiento con fuerza resolutoria, la jurisprudencia exigió en el deudor una voluntad deliberadamente contraria o rebelde al cumplimiento.

Sin embargo, la necesidad de una rebeldía deliberada para alcanzar el triunfo de la acción resolutoria terminó pareciendo excesiva, pues, de hecho, vinculaba el remedio a un incumplimiento doloso o intencionado.

De ahí que la reciente jurisprudencia ha precisado últimamente que, para reconocerle

---

<sup>6</sup> STS de 29 de diciembre de 1997, no 1187/1997, rec. 3186/1993. Solo hay un auténtico incumplimiento cuando se refiere a la esencia de lo pactado y no a prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su entidad el fin económico del contrato. Calificadas las prestaciones a que se refiere la reconvencción expresa por el Tribunal de instancia, de accesorias o complementarias sin que de su cumplimiento se hiciese depender el de las obligaciones fundamentales del contrato, su incumplimiento por la parte vendedora no tiene la relevancia suficiente para impedir la eficacia resolutoria del esencial incumplimiento imputado a los compradores de su obligación de pago. En primera instancia se desestima la demanda. Se estima la apelación. Se estima la casación.

fuerza resolutoria, el incumplimiento, además de no excusable, ha de ser esencial:

- Ya porque la estricta observancia de la obligación forme parte de lo pactado en el contrato lo que constituye un reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los contratantes y de la fuerza vinculante de la “lex privata” por ellos creada;
- Ya porque el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente tal resultado;
- Ya porque, siendo intencional el comportamiento del deudor, la parte perjudicada creyese razonablemente que no podía confiar en un cumplimiento futuro.

Por tanto, en la actualidad, para apreciar una situación de incumplimiento resolutorio, no se exige una patente voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales ni tampoco una voluntad de incumplir o voluntad obstativa al cumplimiento, **sino que es suficiente sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución**, siempre que tenga la entidad suficiente para justificar que el fin del contrato se frustre. Véase, por todas, la STS de 31 de mayo de 2007. En este sentido, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (325/2020) 22 de junio de 2020, la jurisprudencia reconoce a cada una de las partes de una relación obligatoria sinalagmática la facultad de resolverla cuando la otra ha incumplido y tal incumplimiento reviste el carácter de sustancial o fundamental porque le priva de la finalidad que podía esperar del contrato.

Dentro de tales incumplimientos:

- A. Según la última sentencia citada, se considera incumplimiento esencial en una compraventa de una vivienda el hecho de que la misma no esté legalizada por haberse realizado sin licencia, y ante la afectación de las facultades de aprovechamiento del propietario, no puede exigirse al comprador que cumplió sus obligaciones contractuales que espere a que se conceda una licencia que por lo demás, según los peritos y el caso concreto, es discutido que llegue a obtenerse.
- B. Como declara ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006<sup>7</sup>,

---

<sup>7</sup> STS de 20 de diciembre de 2006, no 1284/2006, rec. 420/2000.

además de la frustración del fin del contrato, se incluyen los casos de transcurso del término llamado esencial, el “*aliud pro alio*”, la imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o incluso la imposibilidad sobrevenida fortuita.

Sobre este último supuesto, puede verse la reciente Sentencia del Alto Tribunal de 26 de abril de 2018<sup>8</sup>, que reconoce que la imposibilidad sobrevenida lleva inexorablemente al incumplimiento contractual y, en consecuencia, cuando la relación obligatoria sea sinalagmática, a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones nacidas del mismo con los efectos que hayan podido prever las partes o, en su caso, los propios de la resolución (devolución de la cosa, con sus frutos, y del precio percibido, con sus intereses).

Este concepto lo recoge la doctrina jurisprudencial y es denominado “*aliud pro alio*”, que significa “una cosa por otra”. Se recoge en el artículo 1.166 C.C y viene diciendo básicamente que el vendedor no puede entregar una cosa distinta a la pactada sin importar que el valor fuere igual al de dicha cosa o incluso de mayor valor que la debida. Esta idea tiene una doble vertiente, una es la entrega de una cosa distinta a lo pactado en el contrato y otra es la imposibilidad de cumplimiento contractual por la existencia de un defecto o deterioro que impide su uso para el fin pactado. La Sentencia establece que existe un incumplimiento defectuoso cuando al haber sido hecha la entrega de la cosa fuere distinta o con defectos que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin que se destina, entendiendo que la inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida y que impidieren obtener de ella la utilidad que motivo la adquisición. Por lo tanto hay una insatisfacción del comprador que puede ampararse en los artículos 1124 y 1101 C.C.

#### **d) Previo cumplimiento del actor**

---

<sup>8</sup> STS de 26 de abril de 2018, no 258/2018, rec. 2797/2015. Aunque la imposibilidad sobrevenida conlleva la extinción de la obligación, ello no supone que el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno cuando ya había ingresado en su patrimonio alguna contraprestación de la parte contraria. No puede serle exigido al deudor un cumplimiento que ha devenido imposible, pero, en aras de la buena fe y de la equidad y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, sí le corresponde devolver las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido del otro contratante.

Uno de los requisitos de la acción resolutoria es el cumplimiento de su obligación por el que la ejercita. Ahora bien, cabe su viabilidad, aun en el caso de incumplimiento del demandante, pues la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución, dado que esta conducta libera, desde entonces, a la otra parte contratante de su compromiso.

Por último la doctrina y la jurisprudencia citan dos tipos de incumplimientos atendiendo a la gravedad, en primer lugar la “*exceptio non adimpleti contractus*” que se apoya en los artículos 1100, 1124 y 1308 del Código Civil y por otro lado la “*exceptio non rite adimpleti contractus*” apoyada en los artículos 1157 y 1169.

Como dice el autor Escrihuela Morales, la principal diferencia se encuentra en que la primera supone que dicha parte no ha cumplido ni ofrecido su prestación y la segunda significa que ha realizado su prestación pero sin embargo, lo ha hecho de manera parcial o defectuosa, ello se denominaría cumplimiento defectuoso. En el presente caso podríamos decantarnos por la segunda dado que existe un contrato bilateral, ambas partes han cumplido hasta la fecha en que se firmó el contrato, con sus obligaciones pero posteriormente la prestación de Car4u resulta defectuosa dado que un porcentaje alto de vehículos resultó averiado.

Dicho esto procede analizar los argumentos a favor y en contra de cada una de las partes.

### **1.1 Argumentos de Aussie**

Mi cliente, Aussie LTD, puede emplear el argumento de que se dan los requisitos para resolver la obligación. Tales requerimientos son los siguientes:

- Previo cumplimiento del actor: Aussie ha entregado el dinero, concretamente el mismo día que se firma el contrato de compraventa.
- Requiere la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron. Ambas partes firmaron un contrato de compraventa el 15 de febrero de 2020 sujeto a derecho español común por el que Aussie LTD, adquirió las participaciones sociales representativas de un 80% del capital social de Car4U.
- Reciprocidad de las obligaciones. Estamos ante un contrato de compraventa, por lo que ambas partes están obligadas a realizar una prestación y promete a otra a

título de contrapartida de aquella.

- Inejecución de una o varias de las obligaciones contractuales. Se ha incumplido una obligación esencial ya que la valoración de los coches es algo fundamental de la empresa (su objeto social está relacionado con los vehículos). Por lo tanto, bajo el punto de vista de Aussie, se ha dado un incumplimiento sustancial que afecta al fondo del contrato, suponiendo una quiebra de la confianza de Aussie. Es esencial si la parte que la sufre, tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato o que impida la finalidad buscada por el mismo. Uno de los criterios empleados por el Alto Tribunal es la importancia y trascendencia para la economía de los interesados. El negocio principal de la empresa que hace que los resultados económicos sean fructíferos, son los coches y por ello pese a que el objeto del contrato de compraventa fuesen las participaciones sociales, resulta indispensable que el objeto social esté en buen estado para generar ingresos.

Respecto del incumplimiento esencial recientemente mencionado, Aussie LTD no conocía de la existencia de los coches nuevos ya que no formaron parte de la operación de due diligence puesto que en el momento que se realizó, no formaban parte de los activos de la empresa. Si lo que motivo a firmar el contrato fue el buen funcionamiento del negocio y que pese a las contingencias localizadas decidió seguir adelante, Aussie LTD podría considerar que ahora tras conocer las averías de los coches, la satisfacción que esperaba obtener del negocio no es la misma que al perfeccionarse el contrato.

Es por ello que Car4u estaría incurriendo en un incumplimiento esencial, el cual la jurisprudencia lo define en la Sentencia del Tribunal Supremo (recurso 2150/2011) de 18 de Noviembre de 2013, en la que determina la base de un incumplimiento esencial cuando priva a una de las partes obtener los beneficios económicos esperados del contrato. Como bien dice el Alto Tribunal, este incumplimiento se centra en la “satisfacción del interés del acreedor, en función de los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que por lo general se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo”.

La delimitación de este incumplimiento, conforme a lo establecido en la citada Sentencia, la determina lo siguiente:

1. La satisfacción del acreedor, en concreto el Tribunal menciona, que se debe atener a la “perspectiva satisfactiva del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato”.
2. Existencia de gravedad (desajuste o falta de cumplimiento de las prestaciones) y esencialidad (alcanza la ponderación de todo tipo de prestaciones ya sean accesorias o complementarias, siempre que fueren determinantes para celebrar el contrato)
3. Valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabría de esperar de la naturaleza y características del contrato.

Existe una teoría de origen anglosajón que es la denominada “Teoría de la Frustración del Fin del Contrato” en base a la cual, esta figura legal hace alusión a las circunstancias que hacen que el fin del contrato pierda el sentido que poseía el contrato hasta el momento de su perfección. Tal y como cita Manuel García Caracuel<sup>9</sup>: “La *frustration* se define como el modo de extinción de las obligaciones nacidas de un contrato, que exime al deudor del cumplimiento cuando, después de celebrado el contrato, sobreviene un evento imprevisto e imprevisible que, alterando sustancialmente la economía del contrato, convierte la prestación en inexigible”.

Por todo ello Aussie LTD, con la firma del contrato de compraventa de participaciones, no logró alcanzar los fines esperados del contrato y ha visto frustradas sus expectativas ya que con la adquisición de participaciones lo que pretende es obtener una serie de ganancias económicas pero ello no es posible porque los coches cuentan con averías. Esta parte alegaría un incumplimiento esencial del contrato.

Un argumento diferente para Aussie LTD, con lo que respecta a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal relativa al objeto de compraventa.1281. CC defiende esta teoría y establece que la primera regla del artículo 1281 CC es la de la literalidad (STS 1ª, S. 4 oct 1989, 18 nov y 5 dic 1994) y en el presente caso se especifica que lo que se pretende

---

<sup>9</sup> GARCÍA CARACUEL, M., *La Doctrina Inglesa de la frustración del contrato*, pp. 63.

es “realizar un proceso de *due diligence* de Car4u previo a la potencial compraventa de participaciones”.

Con esto, mi cliente puede entender que de la literalidad de los términos que exponen los hechos, el objeto del contrato de compraventa eran únicamente las participaciones sociales pero como se ha mencionado anteriormente para que los resultados económicos den sus frutos, el objeto social de la empresa ha de estar en buen estado para llegar a percibir dichos ingresos. Tal y como expone el artículo 1281 C.C. prevalece la literalidad de lo que queda reflejado por escrito, como clara muestra de la intención de las partes y cito textualmente tal artículo:

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

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

Como consecuencia, tal y como estimó la sentencia de Primera Instancia de la comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 2013, “se estima la indemnización por daños y perjuicios en favor de la actora al considerar que por la demandada no se ha justificado el incumplimiento de las obligaciones principales del contrato, ni tan siquiera el cumplimiento defectuoso de las mismas”. Aussie podría hacer uso de tal indemnización como consecuencia del incumplimiento de Car4u.

Por lo expuesto, en primer lugar Aussie LTD reclama el incumplimiento esencial por la frustración de la satisfacción de sus intereses por lo que se esperaba obtener con la firma del presente contrato de compraventa por los motivos ya analizados. En segundo lugar, si se ampara en la literalidad de los hechos controvertidos (principio recogido en el Art. 1228 C.C.), el objeto del contrato es la compraventa de participaciones sociales y por ello podría estimar que no corría bajo su responsabilidad analizar los activos de la empresa sino realizar un estudio previo de lo que incumbía a la inversión en el negocio. No obstante, pese a que el objeto del contrato fuere aquel, los coches son el motivo por el cual el negocio obtiene beneficios, por lo que si resultan tener desperfectos, la satisfacción del comprador se ve frustrada por la pérdida de beneficios. Es por esto que corresponde a Car4u hacerse cargo del incumplimiento defectuoso de sus obligaciones (la entrega de

coches en mal estado) y como consecuencia, mi cliente reclama una indemnización por daños y perjuicios.

### **1.2. Argumentos del Sr. García.**

El comprador, por otro lado, debe tratar de reducir las restricciones que se desean imponer con el objetivo de reducir los costes. En consecuencia, el comprador debe insistir en que las restricciones se apliquen solo a la información más confidencial.

Por lo tanto, si han negociado de buena fe, Aussie debería haber valorado todos los desperfectos y haber tenido en cuenta correctamente los deterioros y las provisiones a realizar.

El Sr. García puede alegar que Aussie ya ha realizado un proceso de *due diligence* y que se puede entender como negligencia por su parte ya que, si hubiera analizado correctamente su valor, hubiera valorado correctamente las reparaciones necesarias. Como se desprende del caso, el Sr. García le da acceso a toda la información e instalaciones de Aussie, a través de la firma del acuerdo de confidencialidad que a continuación se analizará con detalle, para que pudiera efectuar un proceso de *due diligence* de Car4u de forma previa a la compraventa de participaciones.

Para la realización de *la due diligence*, los documentos que contemplan los acuerdos de adquisición de una empresa o de participaciones, como en cualquier otro contrato de índole parecido, acostumbran a ir anteceditos de una declaración de intenciones de las partes porque los juristas lo consideran necesario a efectos de facilitar la interpretación del contenido documental. En esta fase introductoria se ha de definir cuál es el producto objeto de la transacción, es decir, si se trata de una compraventa de activos o de acciones, o simplemente de una fusión. En este último caso, se deberá indicar entre otros muchos aspectos el nombre de la compañía superviviente, el proyecto de estatutos, los componentes de la misma, los miembros de su Consejo de Administración, etc. En fin, se trata de definir exactamente aspectos que ayudan a concretar la definición del producto objeto de la transacción<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> FONDEVILLA ROCA, E., “Fusiones y adquisiciones: como instrumentos estratégicos del empresario”. P.1.

Otra cuestión que suele tratarse son la confidencialidad de lo tratado en la *due diligence*. Hay dos áreas principales de información confidencial que preocupan a las partes, a saber: (i) información sobre el objetivo o los activos, y (ii) información sobre la adquisición en sí. Se espera que el vendedor proporcione una amplia gama de información comercialmente sensible durante el proceso de diligencia debida y por ello resulta indispensable firmar este tipo de contratos. Si el comprador es un competidor, el vendedor puede plantear inquietudes acerca de revelar gran parte de su información al comprador, como listas de clientes, contratos importantes y otra información confidencial que el comprador pueda manipular si la adquisición propuesta fracasa.

Por estos motivos, el vendedor generalmente requiere que el comprador celebre un acuerdo de confidencialidad, que no es lo mismo que una cláusula de confidencialidad, antes de que se divulgue cualquier información confidencial, prohibiendo su revelación a terceras personas. El borrador inicial generalmente lo prepara el asesor legal del vendedor y luego se negocia entre las partes.

Se trata de un contrato atípico ya que su regulación no se encuentra de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico y contiene las siguientes características:

- **Bilateralidad:** Ambas partes están interesadas en guardar el deber de sigilo de los términos del acuerdo. Por lo tanto, las partes generalmente celebran un acuerdo de confidencialidad que especifica las obligaciones de carácter recíproco. Ello implica el deber de guardar secreto durante la negociación por ambas partes.
- **Descripción amplia de la información:** resulta esencial que la descripción del objeto del contrato tenga una dimensión lo más amplia posible. Desde el punto de vista del vendedor, el acuerdo debe cubrir la mayor cantidad de información posible y contener una definición amplia del término "confidencial" para protegerse a un nivel satisfactorio. No requiere que quede plasmada por escrito sino que puede ser facilitada de una parte a otra oralmente. Pese a ello existen excepciones a la confidencialidad y son:
  - La información de dominio público queda excluida del carácter confidencial ya que se entiende que tiene accesibilidad por otra vía diferente a este contrato.
  - Aquella de la que tenga conocimiento un tercero en posesión de la misma.
  - Información que haya que revelar por imperativo legal

- Cuando una autoridad competente o una sentencia judicial obliguen a revelar dicha información.
- Carácter temporal. Debe precisarse en el acuerdo el número de años que estuviere vigente dicho carácter confidencial y bajo ningún concepto puede tener carácter indefinido ya que sería motivo de nulidad. El vendedor también debe exigir procedimientos precisos para el uso y la custodia de la información.<sup>14</sup>
- Cláusula en caso de disputa o conflicto: ello es necesario para aclarar su interpretación en caso de someterse a los tribunales. Es por ello que ambas partes deben dejar constancia en cada hoja del acuerdo de que están de acuerdo con lo pactado. Puede incluso incluir una cláusula penal y esta puede consistir en el pago de una cantidad a tanto alzado proporcionada.

Aussie debería tener en cuenta que en su contra, el Sr. García podría alegar que se firmó un acuerdo de confidencialidad y se le dio acceso a toda la información de carácter sensible que fue objeto de análisis por los asesores de Aussie LTD y ellos mismos descubrieron una serie de contingencias por las cuales el precio de compraventa disminuyó. Es por esto que el Sr. García podría considerar que tal y como se establece en los hechos controvertidos, enfocando el artículo 1281 C.C. del principio de literalidad desde otra perspectiva distinta al objeto del contrato, le proporcionó “acceso a toda la información e instalaciones” entendiéndolo que si no localizó las contingencias en los vehículos al igual que fue capaz de localizar las otras queda bajo su responsabilidad.

Por otro lado, otro argumento favorable para el Sr. García es ampararse en un incumplimiento no es esencial y que sólo en el caso de que el incumplimiento de Car4U sea esencial, se podrá resolver el contrato. En definitiva, el incumplimiento debe ser grave o esencial, y frustrar por completo las expectativas legítimas de la otra parte (en este caso, Aussie LTD). Sin embargo, todo ello es una cuestión de prueba puesto que nuestra jurisprudencia y legislación no cuenta con un concepto de incumplimiento sustancial. Debe localizarse hasta qué punto hay un desequilibrio económico que altere la base del negocio.

Para ello, la doctrina distingue entre la teoría de la base del negocio subjetiva (STS 309/2013 de 26 de Abril de 2013 “representación común o lo que esperan ambos contratantes, que les ha llevado a celebrar el contrato y objetiva”) y la teoría de la base del negocio objetiva (STS 309/2013 de 26 de Abril de 2013 “circunstancias cuya

presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa”). Si la base del negocio desaparece, podría procederse a resolver el contrato y por ello el Sr. García debe analizar hasta qué punto llega la inestabilidad de una de las prestaciones que afecta a la base del negocio por las reparaciones que deben realizarse a los coches y por lo cual Aussie, pretende resolver el contrato considerando que tiene se está impidiendo que se del resultado que se espera del negocio jurídico. Esta doctrina será objeto de análisis con mayor precisión más adelante, cuando tratemos la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

Realmente los 300.000 entre un precio de 3,5 millones de euros supone un 8,57% sin que dicho incumplimiento, considerándose como tal, revista especial importancia y trascendencia para la economía de los interesados o que tenga suficiente entidad para que las partes no puedan satisfacer económicamente los intereses. Se puede considerar un incumplimiento de escasa importancia que no incide sobre la satisfacción económica de las partes ni afecta a la base del negocio, por lo que este argumento no puede servir para que una parte resolviera el contrato.

Por todo ello, a modo de concluir con este apartado, el Sr. García podría considerar en contra de lo expuesto por Aussie que no se cumple el requisito para alegar el incumplimiento esencial ya que no considera que los desperfectos de los vehículos afecten a la satisfacción económica del contrato, por lo que no puede resolverse el contrato bajo su punto de vista. También considera que conforme al principio de literalidad (Art. 1281 C.C.), Car4u le da acceso a toda la información sensible objeto del acuerdo de confidencialidad para que sea analizada en la *due diligence* del comprador.

En representación de mi cliente Aussie, el objeto de la compraventa no era otro más que las participaciones sociales y por ello toda la información analizada en la *due diligence* era todo lo referido a lo que pueda afectar a una inversión en un negocio y corresponde al vendedor corregir los desperfectos localizados en el objeto social del presente contrato, es decir, de los vehículos. Esta parte debe considerar que sí se ha frustrado el interés económico y existe un desequilibrio en su prestación, por lo que debe alegar el incumplimiento esencial.

## V. EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS.

Es sabido que de todo contrato nacen obligaciones para ambas partes. Es el Código Civil el que analiza las obligaciones del vendedor y del comprador. Las obligaciones del vendedor son las que nos interesan para tratar este tema ya que es obligación del vendedor el saneamiento por vicios ocultos y vienen reguladas en los artículos 1461 a 1499 C.C. La disposición general de este Capítulo IV del Código Civil deja claro en su artículo 1461, que el vendedor es quien está “obligado a entregar y sanear la cosa objeto de la venta”.

Los vicios ocultos son defectos con un peso importante para que imposibilite la utilización de un bien y que no han podido ser detectados en la compraventa sino que, aparece con posterioridad o no pudo ser percibido por el comprador con facilidad anteriormente.

Existen dos tipos de vicios o defectos ocultos entre los cuales encontramos los vicios de derechos o jurídicos y los vicios de hecho o de la cosa misma que son los que hacen que su finalidad económica se vea afectada. Estos últimos son los que nos incumben dado que debido a la avería en los coches, el negocio pierde los beneficios naturales y afectan directamente al fin económico del contrato.

En el presente caso, nos incumbe analizar en qué consiste el saneamiento por vicios ocultos regulado en el artículo 1484 C.C. que establece que:

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

Este artículo debe analizarse dividiéndolo en dos partes: en primer lugar cuando si es responsable el vendedor de los defectos y en segundo lugar cuando no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren o no a la vista y que los debiere de haber analizado un perito.

## 1. De la responsabilidad por vicios ocultos

La jurisprudencia ha analizado los requisitos necesarios para que pueda exigirse la responsabilidad por vicios ocultos y es la SAP de Coruña nº 357/05 de 29 de Septiembre la cual analiza los diferentes presupuestos cuya prueba incumbe al comprador, los cuales son:

- **Entrega de una cosa viciada:** el vicio de la cosa puede consistir, como menciona la sentencia, tanto en un defecto o imperfección como en una alteración de la calidad o cualidades de la cosa o de alguno de sus componentes. Todo ello siempre que disminuyan la utilidad que la cosa reporta al comprador, en atención al uso pactado en el contrato y en su defecto, al que por su naturaleza destina la cosa. A esto último la STS de 31 de Enero de 1970 o de 3 de Marzo del 2000, añaden el vicio del que quepa deducir de las circunstancias objetivas que inciden en el negocio.
- **El vicio ha de existir en el momento de perfección del contrato** en el caso de que fuere posterior son aplicables los artículos 1452 C.C y siguientes. El defecto debe existir antes de la transmisión pese a que apareciere con posterioridad.
- **El vicio ha de estar oculto.** No son considerados ocultos todos aquellos que se puedan apreciar con una inspección adecuada del bien con motivo de la entrega. STS 28 de Febrero de 1997. Si no estuviere oculto y el comprador lo hubiere ignorado, respondería de igual manera pese a ignorar su existencia (Artículo 1485 C.C).
- **El vicio ha de ser grave.** El Código Civil adopta un criterio por el cual, pese a que no sea grave que disminuya su uso hasta tal punto que el comprador no la hubiere comprado o hubiere ofrecido un precio inferior. Con la existencia de la gravedad del vicio se entiende que impide el funcionamiento normal del negocio, ocasionando un perjuicio económico grave.

El objeto de la acción de *saneamiento por vicios ocultos no presupone necesariamente un incumplimiento sustancial de la obligación de entrega, pues éste tiene por objeto la cosa vendida en el estado en que se hallare al tiempo de la perfección del contrato*. Por todas STS de 22 de mayo de 2008 (ROJ: STS 3100/2008 ).

## 2. Excepciones a la responsabilidad por vicios ocultos

Existen unos supuestos reconocidos jurisprudencialmente, en virtud de los cuales se faculta al comprador para ejercitar las denominadas acciones edilicias. Dichas acciones se ejercitan cuando el uso de la cosa objeto de compra se viere afectado por la existencia de vicios ocultos de tal forma que el comprador de haberlo sabido, hubiere optado por no comprarla o por rebajar su precio.

El artículo 1486 C.C. dota al comprador de un derecho de opción otorgándole la facultad del ejercicio de dos acciones:

- Acción reidhitoria: Es redhibitorio si el comprador de haberlo conocido no hubiere querido la cosa o hubiere dado menos precio por ella. Las consecuencias del ejercicio de esta acción son la rescisión del contrato o la devolución de los gastos que pagó el comprador y a su vez, el comprador podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios siempre que demuestre que existía mala fe y que el vendedor conocía dichos vicios y no los manifestó.
- Acción estimatoria o “Quanti minoris”: a través de esta acción se solicita la rebaja del precio en la cantidad proporcional por los daños derivados de los vicios ocultos existentes. Dicha cantidad la valora un perito.

Estas acciones cuentan con dos características importantes y son las siguientes:

- Plazo: cuentan con un plazo de 6 meses desde la entrega de forma real y efectiva la cosa objeto de compra. Pero este plazo varia en el supuesto de que transcurridos los seis meses, el comprador se diere cuenta de que existe un vicio oculto. En este caso habría que analizar si el vicio es de tal gravedad que provoca que la cosa comprada fuere completamente inutilizable para su uso y terminaría por aplicarse el plazo de cinco años que otorga el Código Civil para los supuestos de incumplimiento contractual general.
- Libertad de elección: No pueden ejercitarse las acciones de forma conjunta sino que el ejercicio de una exime el de la otra. Pero si puede compatibilizar el ejercicio de las acciones edilicias con las acciones generales: la resolutoria y la de anulabilidad por error o dolo. No obstante cabe destacar que para los vicios graves

suele ejercitarse la acción redhibitoria y para los menos graves la acción estimatoria.

Por otro lado, la segunda parte del artículo 1484 CC. desprende una problemática importante y mediante la cual se exime el ejercicio del saneamiento por vicios ocultos, entrando en juego la figura del perito. En este caso, *si los defectos no están a la vista pero el comprador es un perito que por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocer la existencia de los defectos, no podrá ejercitarse esta acción*. Por lo tanto debe analizarse de qué tipo de perito se está hablando en el presente caso.

### **La figura del perito en las acciones edilicias.**

La noción de perito no es de carácter formal, no tiene que ser una persona con una titulación oficial sino que basta con que tenga un amplio conocimiento práctico sobre el sector económico donde recae el contrato.

Así STS 6 de julio de 1984, según la expresión “perito” del art. 1484 del CC, establece que hay que entenderla “no en el sentido técnico de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales”.

#### **2.1 Argumentos por los cuales Aussie LTD podría exigir al vendedor el saneamiento por vicios ocultos**

Conforme a los requisitos jurisprudenciales analizados previamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial (de ahora en adelante SAP) de Coruña nº 357/05 de 29 de Septiembre y que deben tenerse en cuenta para considerar que existen vicios ocultos, Aussie LTD podría alegar:

1. Entrega de la cosa viciada: se cumple dado que el vicio de los vehículos son defectos o imperfecciones que hacen que los coches no puedan ser utilizados
1. El vicio existía en el momento del perfeccionamiento del contrato: ello es así puesto que el mismo día que se firma la compraventa de participaciones, Car4u invierte en la compra de nuevos vehículos, por lo tanto las averías existían pero se descubren con posterioridad al día en que se perfeccionó el contrato.

1. El vicio estaba oculto: los defectos de los coches no se apreciaban a simple vista pero existían en el momento del perfeccionamiento del contrato.
2. El vicio es grave: afecta al funcionamiento normal de la empresa. Tal y como señalan los hechos controvertidos, los vehículos están averiados y requieren de una reparación, ello va a provocar que los beneficios económicos se vean afectados durante el periodo de reparación, puesto que la empresa va a contar con un porcentaje bastante inferior de coches disponibles para los clientes. Es por ello que Aussie LTD podría optar por ejercer la **acción estimatoria o “quanti minoris”** por la cual, un perito examinaría los daños que han ocasionado los vicios ocultos y propondría un precio en una cantidad proporcional a los daños.

El perito en este caso es a libre elección de Aussie LTD, por lo tanto podrá contratar a un perito de su elección para la tasación de la reducción del precio de compraventa por los daños originados por las averías de los vehículos.

Pues bien lo que se pretende en este caso es obtener una rescisión parcial del contrato de compraventa a través del ejercicio de la acción quanti minoris y por ella, el vendedor se obliga al saneamiento. Los coches van a seguir siendo útiles para el fin al que están destinados una vez se reparen sus imperfecciones, así pues, Aussie podría lograr una reducción proporcional del precio que pagó a Car4u, que se traduce en la cantidad de 3.500.000 euros. Así la STS 865/2003 de 25 de Septiembre de 2003 aclara que esta acción pretende “el restablecimiento de la equidad contractual” no pretende reducir el precio conforme al valor de reparación, es decir, no se calcula la cantidad que costará reparar los coches para abonárselo a Aussie sino que, lo que se calcula, es cuánto hubiere sido el precio de compraventa de haber conocido los defectos de los coches.

Es así, como lo menciona la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (de ahora en adelante SJPI) de San Cristobal de La Laguna 240/2014 de 19 de Septiembre afirmó que *“la acción quanti minoris fija cual hubiera sido el precio de mercado en el momento en que se produjo la compraventa si se hubiera tenido en cuenta el defecto de que adolece la cosa vendida y que en su día no fue contemplado”*.

Por todo ello cabe estimar que mi cliente Aussie LTD, será resarcido por los vicios o defectos ocultos en los vehículos, los cuales han producido que se reduzca la utilidad de los mismos y que a su vez, el negocio pierda beneficios económicos sea cual fuere la

cuantía. Por otro lado podría optar por el ejercicio de una de las acciones edilicias, la acción *quanti minoris* a través de la cual un perito calcularía el valor del precio de compraventa de haber sabido de la existencia de dichos desperfectos en los coches.

## **VI. EL PROCESO DE “DUE DILIGENCE”.**

La compraventa de empresas conlleva un proceso complicado y dividido en numerosas fases, una de las cuales es la fase de tratos preliminares dentro de la cual entra en juego la *due diligence*. En nuestro ordenamiento jurídico español no existe una definición exacta del término “*due diligence*” dado que se trata de un término de origen anglo-sajón, traducido al español como “diligencia debida” que podría describirse como “cualquier tipo de investigación sobre las contingencias que lleva aparejada toda adquisición de una empresa o de sus activos”. Es la precaución que debe tomar todo comprador o inversor en una compraventa, ya sea de activos o de participaciones sociales. Se trata por tanto de un proceso de búsqueda para evaluar los riesgos de la sociedad que será objeto de la compraventa desde el punto de vista financiero, laboral, fiscal y legal.

En primer lugar, como hemos estudiado anteriormente, previo a todo contrato de compraventa hay una serie de pasos a seguir que requieren un estudio previo de la operación que se va a llevar a cabo. Dentro de este proceso, lo primero que se realiza es la denominada Carta de Intenciones que se ha mencionado con anterioridad y dentro de la cual se encuentra:

- **Plazo** para llevar a cabo la *due diligence*.
- **Obligación del vendedor de aportar toda la información sensible.**
- **El acuerdo de confidencialidad:** de este hemos hablado anteriormente y resulta de especial importancia, dado que forma parte de la denominada carta de intenciones y a través del cual, se otorga al comprador la información más sensible de la sociedad para que sea objeto de análisis en la *due diligence*. Además, en dicha carta se incluye un plazo para realizar la “*due diligence*” y el vendedor se obliga a facilitar toda la información y documentación oportuna.
- **El compromiso de exclusividad:** Junto a este acuerdo, suele hablarse de un compromiso de exclusividad por el cual las partes se comprometen a no negociar con un tercero durante el proceso de análisis de la empresa.

El 10 de Junio de 2010 la SAP de Lleida (390/2010) dictó lo siguiente: “la función básica de la auditoria de compra o "due diligence", es valorar los activos y deudas de la compañía objetivo, investigando los aspectos significativos de su pasado, presente y futuro predecible”. Dentro de este estudio en profundidad de la compañía deben valorarse los activos y pasivos, aspectos legales tales como estatutos y contratos, debe comprobarse que cumple con la legislación vigente, los activos intangibles, posibles contingencias del negocio, si la empresa se encuentra en algún procedimiento judicial y determinar si existen pasivos reales, ocultos o potenciales.

En estas operaciones, el vendedor se obliga a proporcionar la información sensible al comprador mediante el acuerdo de confidencialidad. Los objetivos fundamentales de la operación son esencialmente:

- Identificar las deudas y contingencias del negocio que se pretende adquirir antes de cerrar la operación, para ajustar de manera proporcionada el precio final.
- Identificar posibles pasivos ocultos.
- Identificar las oportunidades y los riesgos que conlleva la operación.
- Crear una tranquilidad en el comprador de que tiene una gran seguridad respecto a la operación que está llevando a cabo, aportando una opinión detallada del negocio por parte del perito experto que está analizando la empresa.

Podría decirse que de algún modo el Código Civil indirectamente hace referencia a este concepto de *due diligence*, ya que en su artículo 1484 C.C. recalca que “no serán responsables de vicios o defectos que pudieren haber sido analizados previamente por un perito”, como bien hemos analizado previamente. Por ello mediante una buena valoración del negocio previo a la adquisición de la sociedad, puede fijarse objetivamente un precio razonable y justo dado que se conoce el negocio con exactitud.

Toda *due diligence* en una compraventa de cualquier tipo lleva aparejado una obligación de actuar, como el propio nombre implica en la traducción literal de este término, con la “Diligencia debida”. Este término tiene dos enfoques, uno mercantil y otro civil.

Puede entenderse que actuar con la diligencia debida es diferente dependiendo del tipo de contrato ante el que nos encontremos pero, cuando no se emplea correctamente, lleva aparejada la existencia de culpa o negligencia por la parte incumplidora.

Esta responsabilidad cesa:

- En el ámbito civil: Una vez las personas involucradas prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño ocasionado y así lo menciona el artículo 1903 del Código Civil. Así la STS 185/2016 de 18 de marzo, cita con reiterada jurisprudencia: *"La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"*.
- En el ámbito Mercantil: cuando concurren las circunstancias mencionadas en los artículos 225 y 226 de la LSC y se considera que el administrador ha actuado conforme a la diligencia debida. Es la Ley de Sociedades de Capital (LSC de ahora en adelante) la que en su artículo 225, menciona este precepto como un deber de los administradores de cumplir con los deberes de las leyes y estatutos con la diligencia de un buen empresario y añade en el párrafo tercero, que tiene el deber de exigir y el derecho a recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, ¿cómo sabemos que las decisiones empresariales tomadas por el administrador de la empresa han sido adoptadas sobre la buena fe contractual?. Para responder a esta pregunta nos remontamos al artículo 226 de la LSC de la discrecionalidad empresarial, por el cual podemos entender que “el estándar de diligencia de un empresario se entiende satisfecho cuando el administrador ha actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento adecuado”.

### **3.1 Peculiaridades de la *due diligence* en el contrato de compraventa de participaciones.**

Dependiendo del objeto que se va a transmitir, se realiza un tipo de *due diligence* u otra. En el presente caso nos incumbe analizar las peculiaridades de estas operaciones en el contrato de compraventa de participaciones sociales.

Generalmente en los contratos de adquisición de una empresa, en los cuales se adquieren participaciones del negocio (bien una parte o bien todas), se realiza una *due diligence* que abarca diversos ámbitos. El comprador, que es un inversor, realiza un estudio en profundidad para informarse acerca de la existencia de posibles contingencias o riesgos en la empresa.

Existen varias etapas:

- Etapa inicial: se fijan las fechas importantes, el alcance de la operación y la delimitación del objetivo de la compraventa.
- Etapa de análisis de la información: se analiza la información de diversos ámbitos como son el fiscal, legal y laboral para comprobar que cada área cumple con sus obligaciones y que no existen contingencias o riesgos en alguna de ellas.
- Etapa de conclusiones. Se pone en común los resultados de las diferentes áreas de la empresa que se han estudiado. Toda posibilidad de incertidumbre es consultada con el vendedor y se confirman los datos.
- Etapa de redacción del informe. Se recoge en un documento toda la información analizada.

Por ello con la realización de la *due diligence* se entienden por analizados tanto los activos como los pasivos de la empresa, así como todos los aspectos financieros en cuanto a los resultados económicos de la empresa. Es sabido que Aussie LTD realizó un “exhaustivo proceso de due diligence” y con ello se entiende que todos los activos quedaron analizados en ella (refiriéndome con ello a los vehículos) por un perito experto en la materia contratado por esta parte. Por ello resulta peculiar que no localizara las averías de los coches y cabe plantearse la siguiente pregunta, ¿los coches llegaron a tiempo para ser objeto de análisis en la *due diligence* realizada por el comprador o la *due diligence* no cubre aquello que pueda aparecer en un futuro?. Ello será objeto de discusión por las partes en el siguiente apartado.

### **3.2 Efectos de la due diligence**

El primero de ellos sin duda es la rebaja del precio inicial de adquisición de localizarse contingencias en el negocio, como sucede en el presente caso.

En segundo lugar, uno de los posibles efectos es la redacción de la denominada cláusula de **manifestaciones y garantías** (*Reps & Warranties*) presente en los contratos de compraventa, las cuales incurren en una responsabilidad hacia el vendedor y que protegen al comprador frente a posibles contingencias, cuyo estado ha sido manifestado previamente por el comprador y con las cuales el vendedor se obliga a responder en el caso de aparecer cualquier contingencia:

- *Representations and warrants*: son aquellas manifestaciones y garantías hechas por el vendedor, que sirven para que quede plasmado una previsión a un posible incumplimiento a efectos del artículo 1124 C.C, siempre y cuando la *due diligence* ha podido realizarse de todo lo que posee la empresa de la forma más amplia posible, entonces estas garantías, será más complicado solicitarlas puesto que el comprador ha tenido acceso para conocer de primera mano el estado de todo lo que posee la empresa.
- *Indemnities*: se trata de pasivos de la empresa conocidos por el comprador, que conllevan unos riesgos. De conocer de la existencia de alguna contingencia el comprador debe probar el daño sufrido por la materialización del riesgo.

De no poder localizar la existencia de alguna de ellas en el momento de perfeccionamiento del contrato, conforme al artículo 11964 C.C de régimen general de incumplimiento, dispondría de un plazo de 5 años para poder reclamar dicha contingencia.

### **3.3 Argumentos de las partes**

#### **Argumentos a favor de Car4u**

Car4u podría alegar una serie de argumentos a su favor que son los siguientes:

- En primer lugar, Aussie realizó una *due diligence* completa gracias a que Car4u le otorgo el acceso a toda la información de carácter esencial de su empresa y por ello no puede considerarse que existían vicios ocultos porque tenía acceso toda la información de carácter confidencial, por lo tanto desaparece el carácter oculto de la información. Es por ello que esta parte no considera que tales desperfectos fueren ocultos ya que estaban a disposición de Aussie.

- En segundo lugar, para disminuir aún más los riesgos de la compraventa, Car4u añadió la cláusula de manifestaciones y garantías, que puede llevar aparejada toda *due diligence*, solicitada por el comprador para librarse de toda responsabilidad sobre posibles situaciones que califica como verdaderas ante la posibilidad de que se hayan dado en el pasado y puedan dar lugar a una serie de problemas en el presente o que se puedan dar en el presente o futuro. De incluirse este régimen específico de responsabilidad del vendedor a modo de **manifestaciones o garantías** en el contrato para cubrir los posibles riesgos, el vendedor no tendría que indemnizar al comprador.

Esto es importante ya que implica que el comprador dejó pactado con el vendedor una serie de afirmaciones relacionadas con el contrato y de darse alguna contingencia existente, si existiere, el vendedor asume el coste de repararla. Con todo ello resalta la veracidad de la información cuyo conocimiento resulte de vital importancia para el vendedor. De esta forma, Car4u se exoneraría del saneamiento por vicios ocultos alegando que ya había previsto la posibilidad de aparecer tales contingencias, puesto que aludiría a la manifestación que expuso la posibilidad de riesgos en cuanto a los vehículos y pasaría a realizar las reparaciones directamente.

- Además, esta parte podría alegar que el perito que contrato Aussie LTD **no realizó la pericia con la debida diligencia** dado que sino hubiere encontrado que los coches contaban con unos enormes desperfectos y los hubiere cuantificado, pudiendo proceder el comprador a echarse atrás en la compraventa porque no le fuere rentable o bien procediendo a una rebaja del precio de compraventa. Este argumento se basa en que Aussie tenía toda la información a su disposición incluido el análisis de los activos y no los analizó correctamente porque él era un perito que por razón de la materia hubiere debido de conocer tales vicios con la realización de la pericia oportuna.

En este caso se entiende que Aussie es un perito tal y como fija la definición del artículo 1484 C.C. ya que este se refiere a todo empresario que por tal condición, puede considerarse como tal ya que el comprador es más probable que desarrolle su actividad empresarial en el mismo sector<sup>11</sup>. Aussie es un fondo de inversión

---

<sup>11</sup> FMONTAÑA CASANÍ, A., *Los principios y reglas de la compraventa romana en el derecho europeo. Hacia un nuevo contenido del contrato de compraventa del siglo XXI*, p. 130.

que ya tiene participaciones de otras empresas de car sharing que operan en numerosos países por lo que Car4u, consideraría que el empresario cuenta con el conocimiento necesario para este tipo de negocios ya que no es la primera vez que invierte en ellos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1984 analiza lo que se entiende por esta figura y dice lo siguiente: “se entiende por perito no en el sentido de persona con título profesional en una determinada materia sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales”. Car4u considera que como dice el artículo 1484 C.C, conforme a su oficio, Aussie ya ha participado en inversiones con empresas de este tipo y por ello debería de conocer este ámbito a la perfección.

Esta parte por tanto considera que el perito es Aussie LTD y tal y como establece la doctrina jurisprudencial en numerosas sentencias puede incurrir en responsabilidad por no haber empleado la diligencia debida. Así de entre otras, la STS 14988/2021 de la Sala de lo Civil de Madrid dictamina que el perito “no ha dado respuesta al objeto de pericia”. Es en esta misma Sentencia donde se ve claramente la responsabilidad del perito ya que este mismo aceptó el cargo de realizar el peritaje de una auto caravana y quedó inservible al día siguiente de su adquisición. Por no haber realizado la labor de peritaje correctamente no se percataron de la existencia de los vicios de la auto caravana.

Otra Sentencia del Alto Tribunal (STS 5024/2013 de 14 de Octubre), cita que “sólo cabe hablar de vicio oculto cuando la cosa vendida adolece de un defecto no manifiesto, (...)y, que puedan ser considerados ocultos, en cuanto susceptibles de haber sido conocidos con una mínima diligencia.”

Por todo ello, el argumento más sólido para Car4u sería alegar que la pericia no ha cumplido con el análisis del objeto del contrato, quedando bajo su responsabilidad localizar las contingencias existentes en los coches. Ello es así porque Car4u considera que Aussie es un perito conforme a lo que se conoce como tal por la doctrina jurisprudencial y por el artículo 1484 C.C y no le pilla desprevenido la inversión en este tipo de negocios (*car sharing*) ya que ya lo hizo en cuatro empresas más.

### **Argumentos a favor de Aussie LTD**

Esta parte se apoya en el análisis completo que realizaron los asesores de mi cliente (Aussie LTD) y que quedó reflejado en el informe final de la *due diligence*. Los asesores actuaron con la diligencia debida, lo cual quiere decir, conforme a los principios de la buena fe contractual. Con ello se les exime (y por tanto a Aussie) de toda responsabilidad que deriva de una obligación propia del vendedor (Car4u) como es, la entrega de la cosa objeto de compraventa sin vicios o defectos ocultos que impida la satisfacción del interés del comprador (Aussie LTD).

Existe un principio denominado *principio caveat emptor*, que se traduce en “que el comprador esté atento” y hace referencia a la responsabilidad del comprador, el cual debe actuar con la diligencia debida para que, de haber actuado de esta manera y localizarse contingencias, el vendedor responda. De esta forma Aussie LTD tiene la responsabilidad de encargarse de que se analicen todos los aspectos importantes a tener en cuenta a la hora de realizar la compraventa de la empresa a través del proceso de *due diligence* y así lo hizo. Los desperfectos de los coches, aparecen pocos días después de la perfección de la compraventa, pero existían ese mismo día de la firma ya que fue cuando los adquirieron y es por ello, que pese haber actuado con la diligencia debida, dichas contingencias son posteriores a la realización de la *due diligence* y es responsabilidad de Car4u proceder al saneamiento por vicios ocultos.

En uno de los apartados anteriores tratamos la diligencia debida y ahora corresponde conocer si Aussie la empleo a la hora de realizar su trabajo. Pues bien, ya que los hechos controvertidos mencionan que el contrato de compraventa está sujeto al derecho común, ello significa que se rige por lo establecido en el Código Civil y es aquí donde al referirse a la diligencia debida, lo hace refiriéndose al cumplimiento de las obligaciones y a la buena fe contractual. Así pues el artículo 1258 C.C. dice:

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

En lo que respecta a las obligaciones, para conocer si ambas partes han cumplido con sus obligaciones, Car4u alega que introdujo la cláusula de **manifestaciones y garantías**. Esta parte considera que las manifestaciones que realizó el vendedor (Car4u), no incluyeron

los posibles riesgos que pueden aparecer en los coches, ya que estos al ser el objeto social de la compraventa corría bajo responsabilidad del vendedor entregarlos en buen estado y Car4u no revisó los coches antes de perfeccionarse la compraventa porque de ser así hubiere localizado las averías. Por ello mi cliente considera que si Car4u, además de no cumplir con una de las obligaciones principales del vendedor de la entrega de la cosa en perfecto estado, conocía que los coches no se habían analizado en la *due diligence* y es a él a quien le corresponde precisamente incluir este tema en la cláusula de manifestaciones y garantías como una obligación que debía respetar. En lugar de ello ha dado a entender que oculta información de los coches y por ello Aussie considera que debe responder por vicios ocultos.

En esta línea la STS 1059/2008 de 20 de Noviembre de 2008 habla de una entrega de cosa distinta a la que se pactó y exige una indemnización por daños y perjuicios ocasionados. Pues bien, podría considerarse que tal y como establece la doctrina “*aliud pro alio*” es de aplicación “cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual (...)” o cuando “la prestación ofrecida es inhábil en relación con el objeto o inidónea para cumplir las finalidades o intereses del acreedor cuando éstos han sido conocidos por el deudor.” Por todo ello en este caso la obligación de Car4u de entregar la cosa pactada y en perfectas condiciones no se da ya que los coches pierden su funcionalidad con las averías.

Por último, Aussie LTD es un inversor y no un perito en el sentido al que se refiere el artículo 1484 C.C, por lo que le interesa invertir en determinados negocios, en concreto los relacionados con el *car sharing*. El perito a que se refiere el artículo 1484 C.C. podría amparar a los empresarios de las empresas de *car sharing* en las que invierte el fondo de inversión pero no cabe otorgar tal concepto a Aussie LTD puesto que a él precisamente por “razón de su oficio y profesión” no le correspondía conocer tales desperfectos.

A modo de conclusión, esta parte considera que mi cliente Aussie, realizó un análisis completo y que actuó con la diligencia debida localizando las contingencias presentes hasta el momento de la realización de la *due diligence*. Por otro lado se ha introducido el supuesto de la denominada cláusula de manifestaciones y garantías a la hora de realizar el proceso de *due diligence* y es por ello que Aussie se ampara en que Car4u no incluyó

como manifestación y garantía los riesgos aparecer en los vehículos y al ser obligación del vendedor entregar la cosa en buen estado y en perfectas condiciones tal y como se pactó, debe responder al saneamiento por vicios ocultos. Por último respecto al concepto de perito del artículo 1484 C.C. no es de aplicación a Aussie por los motivos expuestos ya que es un inversor y por razón de su oficio no le correspondía conocer tales averías.

## VII. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.

La cláusula *rebus sic stantibus* viene de un aforismo latino, “*pacta sun servanda rebus sic stantibus*”, cuyo significado es “los pactos se han de cumplir estando así las cosas”. La “cláusula *rebus sic stantibus*” es una excepción al principio “*pacta sun servanda*”. Parte de la base del cumplimiento obligatorio de las obligaciones de las partes en el contrato. Cuando nos encontramos ante este tipo de situaciones, al haber una alteración sobrevenida, se permite la revisión de un contrato en el momento en que surgen circunstancias que alteran la base del negocio y producen un desequilibrio de las prestaciones del mismo por el cual el cumplimiento resulta costoso.

Como indica la STS 820/2013 de 17 de enero de 2013, "la cláusula o regla *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio-fin del contrato”

Entre otras, varias Sentencias del Tribunal Supremo<sup>12</sup>, establecen una serie de conclusiones respecto a la aplicación de esta cláusula las cuales cito textualmente:

- Que la cláusula "*rebus sic stantibus*" no está legalmente reconocida;
- Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales;

---

<sup>12</sup> STS de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957

- Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente sobre todo si tenemos en consideración las aseveraciones de los técnicos, que en este caso concreto incluso determinan que de rescindir el contrato habría situaciones de graves crisis económico/financiera de la demandada;
- Que su admisión requiere como premisas fundamentales: (i.) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; (ii.) Una desproporción exorbitante de las prestaciones de las partes contratantes que derrumben el contrato por un desequilibrio de carácter significativo; (iii.) que todo ello se produzca por circunstancias sobrevenidas imprevisibles;
- Posee efectos modificativos sobre el contrato, en ningún caso resolutorios. Ello ha dado lugar a una discusión doctrinal como se trató en las sentencias previas 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003.

Se trata de un riesgo que no existía en el momento de formalizarse el contrato y que se da por la aparición de circunstancias extraordinarias que dificultan el cumplimiento del contrato. No obstante no estamos hablando de caso fortuito ya que este último, impide el cumplimiento del contrato. La intencionalidad de esta cláusula no es otra que una modificación de los términos del contrato resultante del desequilibrio entre las prestaciones del contrato.

Las circunstancias en las que debe encontrarse uno para la aplicación de esta cláusula se reducen mucho ya que son situaciones que deben calificarse como imprevisibles para no alterar la seguridad jurídica del contrato. Pese a ello los Tribunales han tratado de **normalizar su aplicación**, así la Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Junio y 15 de Octubre de 2014, introducen una modificación importante respecto del carácter de aplicación tan riguroso que poseía la cláusula previamente. Así lo cita alguna sentencia como la STS de 15 de Octubre de 2014 que menciona la STS de 23 de Abril de 1991:

*“se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura referenciada en torno a un marco de aplicación sumamente restrictivo concorde, por lo demás, con una caracterización singular de la cláusula, de "peligrosa" o "cautelosa"*

*admisión, y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles";*

Así las cosas, tal y como continúa diciendo el legislador,<sup>13</sup> debe adaptarse la aplicación de la *rebus sic stantibus* a la realidad social del momento y desarrollaba esta nueva concepción de normalización de su aplicación:

*“En línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada.”*

El cambio de concepción, tal y como desarrolla la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 2014, se debe a la crisis económica ya que se consideró como un “fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”. En este cambio de perspectiva, continúa desarrollando el legislador, ya se comprende que la aplicación de la cláusula no supone la ruptura con el principio de lealtad (*pacta sunt servanda*), ni de estabilidad del contrato. Su aplicación se fundamenta en la regla de conmutatividad “como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio”. Por ello cuando desaparece la base del negocio, que fue causa de la firma del contrato por una mutación de las circunstancias y como consecuencia se ve alterada la base del negocio que le dio sentido, se puede aplicar la cláusula.

El hecho de que se esté viviendo una crisis económica que origine esta alteración en el contrato, no resulta una condición para aplicar de manera automática la cláusula *rebus sic stantibus*. Así lo dejó claro el Tribunal Supremo<sup>14</sup> en la Sentencia de 21 de Marzo de 2018

---

<sup>13</sup> STS 333/2014 de 30 de Junio de 2014 y STS 591/2014 de 15 de Octubre de 2014.

<sup>14</sup> STS 1230/2018 de 21 de Marzo de 2018.

en la cual se solicitó la aplicación de la cláusula debido a la crisis inmobiliaria y la bajada de precios de alquiler que trajo consigo la crisis, así las cosas, el Tribunal se pronunció al respecto analizando la relación causa-efecto en este supuesto específico y llegó a la siguiente conclusión de que no existía una alteración sobrevenida de las circunstancias:

*“En nuestro caso la demandada es una entidad bancaria, que ha devenido arrendataria del local litigioso en virtud de otros compromisos asumidos con la anterior arrendataria y si ha decidido resolver el contrato no ha sido por esa alteración sustancial de las circunstancias económicas que hicieran inasumible el mantenimiento del contrato (independientemente de que en el momento actual las rentas arrendaticias para un local como el de autos hayan podido bajar, como indica el informe pericial y es de común conocimiento), sino porque no le interesaba el arrendamiento en sí del local litigioso, que asume mediante cesión para inmediatamente desistir del mismo”*

Sin embargo, con la crisis económica creada por la COVID-19 sucede lo contrario y la doctrina jurisprudencial fundamenta que con la crisis sanitaria, el tribunal ha permitido la aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, ante una gran cantidad de supuestos como se analizará a continuación. Ello no quita que, pese a encontrarnos ante una situación de pandemia, hay que analizar caso por caso.

#### **4.1 Tipicidad contractual para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:**

Concretamente deben valorarse la mutación o el cambio de las circunstancias fundamentan el desvanecimiento de la base del negocio cuando se dan las siguientes situaciones:

- La finalidad económica del contrato se frustra o se torna inalcanzable. Esto se da cuando para una de las partes la finalidad del negocio se deviene inalcanzable.
- La conmutatividad del contrato, es decir, la equivalencia de las prestaciones desaparece.

Otro límite para tipificar esta cláusula es el “riesgo normal del contrato”. Esto se evalúa contrastando los riesgos que por naturaleza derivan del cumplimiento del contrato en sí

con el cambio en las circunstancias del contrato que por el nivel de relevancia que posee la mutación, afecta al cumplimiento normal del contrato.

## VIII. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO Y LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS ADOPTADAS POR LA PANDEMIA.

Los contratos de obligaciones reales como son el préstamo (Art. 1740 C.C.), el depósito (Art. 1755 C.C.) o prenda (Art 1863 C.C.) llevan consigo una formalidad para su perfección. El préstamo regulado en el artículo 1740 C.C., es el contrato mediante el cual el prestamista entrega la propiedad de la cosa, normalmente suele ser una cosa fungible (por ejemplo, dinero) y el prestatario queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, de manera gratuita o con el pago de intereses.

El contrato de préstamo con intereses es un contrato real, denominado préstamo de consumo. Posee las siguientes características:

- Es un contrato **real** en el que lo fundamental es la entrega de la cosa a cambio de devolver otra de la misma especie,
- **Unilateral** puesto que las obligaciones las tiene el prestatario.
- **Traslativo de dominio** ya que el propietario (prestamista) le transmite la propiedad al prestatario
- **Temporal**, ya que en un plazo se devuelve la cantidad del préstamo en la misma especie y calidad.

No obstante la doctrina jurisprudencial más reciente plantea la naturaleza unilateral de este tipo de contratos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 2018<sup>15</sup>, a través de la aplicación del incumplimiento contractual regulado en el artículo 1124 C.C. por un impago de un préstamo. El artículo 1124 se aplica en los supuestos de obligaciones recíprocas y ello lleva al Tribunal a plantearse la reciprocidad en los préstamos con intereses. Así llega a la conclusión de que cuando se fija una retribución para la otra parte nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas y continúa diciendo:

---

<sup>15</sup> STS 432/2018 de 11 de Julio de 2018

*“La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos.”*

El préstamo que devenga intereses, se perfeccionó con el consentimiento del compromiso de ambas partes de cumplir sus obligaciones, es decir, el prestamista entrega el dinero y el prestatario asume la obligación de pagar los intereses.

Estos contratos de obligaciones reales tienen su base en la irrevocabilidad contractual pero frente a ella existen tres excepciones de las que puede hacer uso las partes contratantes y que se van a analizar centrándonos en el contrato que nos interesa para el caso:

1. **Teoría de la “base del negocio”:** esta teoría ha sido tratada en apartados anteriores, al tratar la posibilidad de incumplimiento de Car4u y la Sentencia del Tribunal Supremo<sup>16</sup> de 30 de Junio de 2014, analiza esta teoría y considera que desaparece la base del negocio como consecuencia de la alteración de las circunstancias cuando: “la finalidad económica o primordial se frustra o deviene inalcanzable y cuando 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.” Debe considerarse que en los préstamos con intereses, existe reciprocidad en las prestaciones, ya que quien entregó el dinero cumplió con su obligación pero, si la otra parte no entrega los intereses, podrá ejercitar el artículo 1124 C.C y resolver el contrato, la acción de resolución puede ser ejercitada si quien recibe el dinero asume la obligación de devolverlo con intereses.
2. **Cláusula “rebus sic stantibus”:** la analizaremos con más detalle a continuación.
3. **Teoría del riesgo imprevisible:** esta teoría defiende la revisión del contrato cuando se dan una serie de circunstancias posteriores a la celebración que hagan que la ejecución afecte en gran medida a una de las partes.

---

<sup>16</sup> STS 333/2014 de 30 de Junio de 2014

Una vez conocemos la esencia del contrato de préstamo y las excepciones al principio de irrevocabilidad pueden analizarse las posturas por las que optará cada una de las partes.

### **5.1 Argumentos a favor**

La pandemia del Coronavirus ha provocado la necesidad de una regulación de carácter extraordinario de la cláusula *rebus sic stantibus*, de entre otras muchas materias. Para conocer si Car4u podría invocar esta cláusula hemos de analizar la doctrina que ha planteado el tribunal para los contratos onerosos afectados por la crisis sanitaria.

Los contratos onerosos vienen recogidos, como se ha señalado previamente, en el artículo 1740 C.C. Debemos centrarnos en el análisis del tercer párrafo de este artículo que menciona el préstamo con intereses. Este contrato es el que obtuvo Car4u el 15 de Febrero de 2020 y con el cual a fecha de 1 de Marzo de 2020 debía hacer frente al primer pago de intereses y el 30 de junio de 2020 debía de pagar la primera cuota principal.

El 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 a la Covid-19, regula la moratoria que puede aplicarse únicamente a los préstamos no hipotecarios. Así en el artículo 21 se establecen las medidas de suspensión de las obligaciones contractuales de un préstamo no hipotecario vigente a la fecha de entrada en vigor del Decreto. El plazo de suspensión que establece la normativa es de tres meses ampliables mediante Acuerdo de Consejo de Ministros (Art 24.3 RD 11/2020) y durante dicho periodo, el acreedor no tiene derecho a exigir el pago de la cuota ni a adquirir ningún tipo de intereses. Por lo tanto Car4u podría optar por solicitar dicha moratoria ya que el préstamo está vigente en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto.

El deudor (Car4u) puede optar por otro lado, por invocar la cláusula *rebus sic stantibus*. Al optar por la invocación de la cláusula debe atenerse a lo que ha analizado recientemente la jurisprudencia respecto a los préstamos.

Respecto de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de préstamo como consecuencia de la pandemia, ya que los préstamos empresariales no vienen

recogidos por la normativa, destacan algunas sentencias acerca de los préstamos hipotecarios.

En primer lugar, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Enero de 2013, habla del carácter subjetivo de la onerosidad de las prestaciones ante una crisis económica y la sala se pronuncia diciendo que “antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las respectivas prestaciones de las partes.”

Añade que además de estar sumergidos en una crisis económica, la aplicación de la cláusula no puede fundarse únicamente en ello sino que requiere de la valoración de una serie de factores, algunos de los cuales son: “la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación, la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia”.

Por otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Julio de 2019, establece que la condición necesaria para la aplicación de la *rebus sic stantibus* es la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Así pues, “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 la no asunción del riesgo (sentencia 5/2019, de 9 de enero ). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato ( sentencias 333/2014, de 30 de junio , 64/2015, de 24 de febrero , y 477/2017, de 20 de julio , entre otras)”.

El Alto Tribunal también se pronunció sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos de préstamo y así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Julio de 2014<sup>17</sup>, viene diciendo que “por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria”.

Es en la Sentencia del Alto Tribunal de 26 de Abril de 2013 donde se aplica la cláusula ya que señala: “es hecho notorio que la crisis económica que alcanzó a nuestro país se produjo entre 2007 y 2008, lo que tuvo consecuencias en el orden jurídico, especialmente en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria y en la aceptación de subrogaciones en los que habían sido concedidos con posterioridad”; la sentencia aplica la doctrina de cláusula " *rebus sic stantibus*" al supuesto contemplado, que dificultó extraordinariamente que la parte compradora pudiera obtener financiación.”

Teniendo en cuenta el análisis jurisprudencial que ha sido objeto de estudio, este parte podría alegar que la entidad bancaria con la que Car4u contrato el préstamo podría subrogarse por la crisis económica provocada por el COVID-19, circunstancia completamente imprevisible y por la cual, se vio obligado a solicitar la aplicación de la cláusula para retrasar el pago del préstamo bancario. Además se tendrían en cuenta las circunstancias subjetivas de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Enero de 2013, basándose en que con la pandemia todas ellas se vieron modificadas y que el contrato fue firmado justo antes del Covid-19 y ello ha provocado una mayor onerosidad a una de las partes.

Como consecuencia, tal y como menciona el Tribunal en la STS de 25 de Julio, “la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la cláusula " *rebus sic stantibus*", será la de dar a las partes un plazo razonable para la renegociación del tipo de interés remuneratorio variable previsto en el contrato de préstamo hipotecario, plazo que se estima adecuado fijarlo en 30 días a partir de la firmeza de la presente resolución, plazo durante el cual las partes contratantes podrán adaptarlo de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. Si transcurrido el plazo fijado para renegociar no se ha alcanzado

---

<sup>17</sup> STS 1475/2014 de 25 de Julio de 2014

un acuerdo, los PECL dan la opción de acordar el fin del contrato, es decir, su pérdida de eficacia o bien reintegrarlo con una equilibrada redistribución de pérdidas y ganancias.”

Por lo tanto Car4u, junto con Aussie LTD ya que le pertenecen el 80% de participaciones de la empresa, podrían renegociar con la entidad bancaria correspondiente las condiciones del préstamo en función de las pérdidas y ganancias que este sufra como consecuencia de la pandemia y así las cosas, cuando tenga la solvencia suficiente, podrá hacer frente a su deuda.

Como conclusión respecto de las medidas que pueden tomar Car4u y Aussie LTD son o bien optar por solicitar la moratoria en el pago del préstamo por la regulación específica que se recoge en el Real Decreto 11/2020 del COVID-19 o bien la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus. Para alegar dicha cláusula debe de analizar que se cumplan los presupuestos excepcionales que menciona la jurisprudencia para su aplicación recogidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Julio de 2013 pero sobretodo alegar la falta de financiación del deudor como consecuencia de la crisis sanitaria. Como consecuencia de su aplicación podrían optar por renegociar los intereses.

## **5.2 Argumentos en contra**

La base del sistema contractual en España es el principio de irrevocabilidad contractual, el cual queda recogido en el principio “*pacta sun servanda*” y que significa que “los contratos están para cumplirse”. El Derecho Internacional también hace uso de este principio en lo que se refiere al cumplimiento de los Tratados Internacionales, así en la Convención de Viena en su artículo 26 se recoge que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas conforme a la buena fe”.

Para conocer el principio de irrevocabilidad, es importante resaltar la fuerza vinculante de los contratos que se ve reflejada en los artículos 1091, 1256 y 1258 del Código Civil. En el 1091 C.C. se determina que la fuerza de las obligaciones de las partes en el contrato debe cumplirse conforme a lo que establecen los mismos. Estas obligaciones se concretan en el artículo 1258 C.C. y son *el cumplimiento de lo expresamente pactado y de todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

Además, añade el artículo 1256 C.C. que la validez y el cumplimiento del contrato no puede dejarse a decisión de una de las partes, ya que son ellas las que quedan obligadas mutuamente por el contrato.

De no ser así, el Tribunal Supremo<sup>18</sup> estima que podría declararse nulo ante la toma de decisiones unilaterales y plantea la concepción del artículo 1256 C.C. del siguiente modo: “si «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente en el contrato mismo de que se trate.” Continúa haciendo alusión a numerosas Sentencias<sup>19</sup>, las cuales han declarado que “no cabe dar al artículo 1256 C.C. el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral”.

Como se ha analizado previamente, la jurisprudencia comprende que con una alteración sobrevenida de las circunstancias dependiendo del supuesto ante el que nos encontremos, es de aplicación o no la cláusula “*rebus sic stantibus*” pero ello supone una quiebra del principio de irrevocabilidad. Debe partirse de la base de que el deudor está obligado al cumplimiento de sus obligaciones y de ahí su carácter irrevocable ya que las partes no pueden decidir libremente dejar sin efecto el contrato.

Del contrato de préstamo con intereses, la doctrina llega a entender que se crean dos obligaciones recíprocas y analiza la posibilidad de aplicar el artículo 1124 C.C. tal como cita la Sentencia de 11 de Julio de 2018 analizada previamente. Finalmente termina por considerar que efectivamente, existen obligaciones recíprocas para el prestamista y el prestatario.

La doctrina de esta Sala señala que “producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato,

---

<sup>18</sup> STS 2870/2016 de 15 de Junio de 2016

<sup>19</sup> Sentencias de esta Sala 1222/1995, de 9 de enero (Rec. 2800/1991 ), 1259/2007, de 30 de noviembre (Rec. 4502/2000 ), 85/2010, de 19 de febrero (Rec. 2129/2005 ) y 217/2011, de 31 de marzo (Rec. 807/2007).

puesto que la subsistencia del préstamo, por lo dicho, depende del pago de una retribución que nace del propio contrato.”

Como conclusión, por todo esto como argumentos en contra para Car4u y Aussie, la entidad bancaria podría sorprenderles alegando que de no recibir el dinero pactado con Car4u, podría optar por la resolución del contrato ya que hay una reciprocidad en las obligaciones y el prestamista quedaría liberado. Con ello estaría optando por ejercitar una de las excepciones al principio de irrevocabilidad, basándose en la teoría de la “base del negocio”. Además el principio de irrevocabilidad es el que rige nuestro ordenamiento jurídico y es un argumento sólido y consistente que podría ser utilizado en contra del deudor.

Pese a estos argumentos, teniendo en cuenta la existencia de la crisis sanitaria en la que se ha visto sumergida el mundo entero, la gran mayoría de la doctrina opta por conceder la aplicación de la cláusula a quien lo solicita por una alteración sobrevenida de las circunstancias. Se trata de un riesgo imprevisible y la gran mayoría de la doctrina se inclina por la vigencia del contrato antes que por su extinción.

## **IX. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y LA POSIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DE RENTA POR LA PANDEMIA.**

En el contrato de arrendamiento ambas partes quedan obligadas, concretamente, el **arrendador** queda obligado (Art. 1554 C.C.): *entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato, hacer en ella durante el arrendamiento las reparaciones necesarias para conservarla en el estado necesario para el uso al cual va destinado y a mantener al arrendatario en el goce pacífico durante el tiempo del contrato.* Por otro lado, el **arrendatario** queda obligado (Art. 1555 C.C.): *al pago del precio, usar la cosa arrendada como un diligente padre de familia destinándola al uso pactado y a pagar los gastos que deriven de la escritura del contrato.*

### **6.1 Argumentos a favor**

Esta parte, para alegar la suspensión de pagos de las rentas de oficinas, debe ampararse en la legislación que se aprobó a raíz de la crisis sanitaria provocada por el Coronavirus.

La normativa fue aprobándose en diversas leyes y cabe destacar, de entre otros, el Real Decreto 463/2020 de 14 de Marzo por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Crisis Sanitaria ocasionada por el Covid-19. En el artículo 10 recoge las medidas de contención por las cuales se suspenden la apertura de ciertos establecimientos y locales, concretamente:

*“Se suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos (...). En cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en las que se esté desarrollando”.*

En lo que se refiere a *cualquier establecimiento que a juicio de la autoridad competente pueda suponer un riesgo de contagio*, puede llegar a tener una interpretación muy amplia pero, ya que ante el Estado de Alarma únicamente permanecieron abiertos los locales mencionados en este artículo 10 del RD 463/2020, puede considerarse que todos los demás fueron cerrados por riesgo de contagio y entrando dentro de estos, las empresas. El mero hecho de que la actividad de las empresas haya sido suspendida ya supone causa suficiente para que Car4u se exonere del pago de la renta de alquiler.

La suspensión para ayudar a quienes tuvieren dificultades durante el estado de alarma para pagar la renta derivada del contrato de arrendamiento, da lugar a una moratoria en el pago. Ante esta situación se suspende la actividad en las oficinas, lugar desde el que Car4u gestionaba su empresa y por ello, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 15/2020 de 21 de Abril de Medidas Urgentes Complementarias para apoyar la Economía y el Empleo, Car4u, habiendo firmado un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, debe cumplir los requisitos marcados por el artículo 3 de este Real Decreto para poder solicitar las medidas que quiere que se le concedan. Estos requisitos son:

- *Que no se superen los límites establecidos en el artículo 257.1 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.*
- *Que haya quedado suspendida la actividad de la empresa como consecuencia de lo previsto en el Real Decreto 463/2020 de 14 de Marzo o por órdenes dictadas por la autoridad competente.*

- *En el supuesto de que su actividad no se vea directamente suspendida en virtud de lo previsto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se deberá acreditar la reducción de su facturación del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento en, al menos, un 75 por ciento, en relación con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior.*

Cumplidas estas características, la persona arrendadora del local (Car4u), podrá solicitar en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este Real Decreto 15/2020, la moratoria. Esta deberá de ser aceptada por el arrendador (del edificio de oficinas) siempre y cuando las partes no hubiesen acordado nada previamente acerca de moratoria o reducción de renta. En su apartado segundo, establece las condiciones de la moratoria como son:

*La moratoria en el pago de la renta arrendaticia señalada en el apartado primero de este artículo se aplicará de manera automática y **afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma y sus prórrogas y a las mensualidades siguientes**, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con el impacto provocado por el COVID-19, **sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses**. Dicha renta se aplazará, sin penalización ni devengo de intereses, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas en un plazo de dos años, que se contarán a partir del momento en el que se supere la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas.*

Así pues, la jurisprudencia recoge supuestos de suspensión temporal del pago de renta de locales debido a la crisis producida por el Covid-19. Ejemplo de ello, es el Auto 601/2020 de 7 de julio de 2020 emitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Benidorm. El Juzgado acuerda que para solicitar tal suspensión como medida cautelar, tal y como establece la LEC, deben concurrir dos requisitos: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro de mora procesal. Se trataría de una suspensión cautelar de la obligación del pago de renta.

- En primer lugar, en este caso concurre la apariencia de buen derecho, ya que se

firmó un contrato de arrendamiento por ambas partes (entre los propietarios del edificio de oficinas y Car4u), por lo que este contrato acredita la condición de arrendador y arrendatario, así como las recíprocas voluntades de firmar el contrato.

- Por otro lado, el peligro de mora procesal también se cumple, ya que los ingresos han disminuido considerablemente y esta parte se ha visto sin liquidez suficiente para hacer frente a los pagos por el cierre de sus oficinas (tal y como ordenó el Real Decreto 463/2020 por el cual se declaró el estado de alarma). Como consecuencia, los empleados fueron incluidos en un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE). Ello supone un riesgo para hacer frente al pago del arrendamiento del local de oficinas y añadiendo la posibilidad de incurrir en un incumplimiento de contrato por falta de ingresos, estimando que existe juicio suficiente que permita adoptar la medida cautelar.

Junto a la concurrencia de los requisitos que deben darse para solicitar esta medida cautelar, el juzgado añade que las partes deben valorar las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de la pandemia con un informe pericial.

Por todo lo expuesto, Car4u podría alegar como medida cautelar, la suspensión del pago de renta del arrendamiento como consecuencia del Covid-19.

## **6.2 Argumentos en contra**

Como argumentos en contra de la aplicación de la suspensión de pagos de alquiler del local, podría alegarse que en lugar de aplicar tal suspensión se aplique la cláusula *rebus sic stantibus*. Así la Sentencia del Juzgado de Primera instancia de Barcelona de 8 de Enero de 2021 analiza los requisitos de la cláusula para comprobar si se puede aplicar a los arrendamientos y establece lo siguiente:

- 1º. **Que se haya producido una alteración extraordinaria e imprevisible de los elementos tenidos en cuenta a la hora de firmar el contrato**, el Tribunal establece que si se cumple ya que: “La pandemia del coronavirus provocó que el 14 de marzo se dictara el Real Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, y estableció el confinamiento domiciliario de toda la población salvo para casos muy concretos y justificados, suspendiéndose, por tanto, y entre otras, el ejercicio

de la actividad de alquiler turístico. Esta suspensión se levantó el 9 de mayo, manteniéndose limitaciones en cuanto a la movilidad tanto a nivel nacional como internacional, situación que sigue en la actualidad. Las partes, al celebrar el contrato no podían prever la existencia de esta situación extraordinaria y de gran impacto en la economía mundial dado que no había sucedido con anterioridad, pudiéndose remontar, como situación análoga a la denominada gripe española de principios del s. XX.” La pandemia no era previsible para ninguna de las partes a la hora de firmar el préstamo bancario.

**2º. Que la alteración de la base del negocio produzca o bien la frustración de la propia finalidad del contrato o un perjuicio grave y excesivamente oneroso a una de las partes.**

“Que esta situación es derivada de la pandemia, aunque podía ser deducible, ha sido igualmente acreditada por la pericial de la parte actora. En este sentido ha indicado como causas de la disminución de ingresos la caída en picado del turismo por las restricciones a la movilidad, dificultades de desplazamientos, disminución de los vuelos, recomendaciones de no viajar a Barcelona, exigibilidad de cuarentena en algunos supuestos, restricciones de los aforos, o el cierre de determinados negocios o actividades ligados al turismo. Se ha explicado que se intentó mitigar el daño haciendo alquileres de temporada a estudiantes de posgrado y a trabajadores temporales de menos de un año, pero estos también se vieron afectados por la situación por la modificación de los planes de estudios y por el teletrabajo”.

El tribunal considera que para corroborar que se cumple este requisito deberían de compararse los ingresos obtenidos durante otros años. Pese a que en el presente caso no contamos con la información de las cifras exactas de los ingresos obtenidos por Car4u, sí que conocemos que la actividad se ha detenido casi por completo ya que los ciudadanos están en sus hogares y como consecuencia, los vehículos no están siendo utilizados, por lo tanto con ello, Car4u deja de tener la liquidez por ello en ese momento no podría hacer frente al pago del arrendamiento de oficinas.

Por último concluye este requisito con que “la pandemia ha producido una alteración de la base del negocio al haberse reducido de una manera muy elevada los beneficios que racionalmente se pretendían obtener”.

**3°. Que las partes hayan intentado negociar la modificación del contrato y no se haya llegado a un acuerdo sobre la cuestión.**

El deudor (Car4u) presenta medidas cautelares ante el Juzgado con el fin de no dañar el interés general y poder cubrir su deuda más adelante ya que prevé que no va a poder hacer frente al pago de la renta del arrendamiento de oficinas. Con esto último podría acreditarse la existencia de buena fe contractual ya que no pretende no pagar sino únicamente que se produzca un equilibrio en las prestaciones.

**4°. Que la solución que se persiga sea poner fin al contrato o modificarlo de manera que las pérdidas y ganancias que se deriven del cambio se distribuya entre las partes de forma equitativa y justa.**

El tribunal establece que “para que la decisión sea equitativa hay que tener en cuenta que el arrendatario tiene que asumir un porcentaje más elevado de pérdidas porque el que realiza un contrato de arrendamiento para explotar una industria como es el arrendamiento de piso turístico lo hace como empresario y sin unas ganancias fijas, estando sometido a los vaivenes del sector y a unas eventuales pérdidas aunque, evidentemente, no a uno de tal magnitud como la pandemia que nos ocupa”.

Car4u solicita suspender el pago del arrendamiento ya que, como consecuencia del COVID-19 no ha podido hacer frente al pago del precio de alquiler de oficinas ya que además, dicha zona estaba confinada y los trabajadores no pudieron acceder durante 5 meses. La pandemia es una circunstancia excepcional por la cual se aplica la cláusula por lo tanto, esta sería la mejor opción para Car4u ya que así lograría equilibrar las prestaciones como consecuencia de que el Covid-19 ha provocado que la situación del pago para Car4u se devenga prácticamente imposible.

Finalmente el juzgado estimo que se cumplían los requisitos de aplicación de la cláusula y por ello su decisión fue rebajar la renta en un 50% con carácter retroactivo desde abril de 2020 hasta 31 de Marzo de 2021.

Otra resolución que se ha pronunciado de la aplicación de la cláusula en la era del Covid-19 es el Auto Civil de 25 de Septiembre nº 447/2020, del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, Sección 81. Trata de la solicitud del cumplimiento de medidas cautelares por parte de un local de actividad de ocio nocturno. El juzgado estimó la suspensión temporal y la reducción al 50% una vez este se reabriera al público como consecuencia de la interrupción de la actividad por el Covid-19, considerada como una alteración sobrevenida de las circunstancias de carácter impredecible.

Habiendo analizado ambos puntos de vista considero que esta última sería la opción más razonable ya que permite mantener el contrato y así las partes continúan cumpliendo sus obligaciones contractuales con la modificación de las prestaciones pactadas por ellos mismos. Así considero la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* como medida para prevenir la suspensión del pago de renta del arrendamiento del local.

## **X. LA COMPETENCIA DESLEAL.**

En el presente apartado se van a analizar las consecuencias jurídicas de la concurrencia del vendedor D. Nicolás García y Aussie a través de tercero, en la misma actividad empresarial que realiza la compañía objeto de compraventa a Aussie LTD.

### **7.1 Posición de Aussie LTD ante la aparición de la nueva compañía Car4mi**

La competencia se puede proteger por el empleador según el art. 38 de la Constitución<sup>20</sup>, aunque se pueden contemplar diferentes límites en aquellos casos que el legislador considere que existen otros intereses que choquen. Para puestos relevantes, es lógico que se incluyan ciertas cláusulas de no competencia postcontractual con el fin de que, en función del trabajo desempeñado, no emplee sus conocimientos y su práctica para perjudicar a la empresa o realizar la competencia desleal. Esta cláusula no solo se prevé para trabajadores, sino también para contratos o colaboraciones en virtud de la cual se

---

<sup>20</sup> Coma, M. B. La Constitución como marco de la legislación económica. *Economía industrial*. (349), 17-28.

obtenga información confidencial.

Respecto de esto último, por ejemplo, cabe señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 9 de mayo de 2014, no 165/2014, rec. 598/2013, las partes están interesadas en la mejora de las tintas actuales y el desarrollo de tintas novedosas e innovadoras con pigmentos inorgánicos, aditivos y materiales orgánicos para su uso en impresión digital de azulejos. Por lo tanto, ambas partes atribuyen el carácter de información confidencial todo dato que cualquier de las partes ponga a disposición de la otra para el desarrollo del proyecto. Tras romperse las relaciones, se violan sus secretos industriales, provocando que Szchimmer SA comercialice tintas digitales para impresión cerámica. El mero hecho de fabricar tintas digitales para impresión cerámica no es objeto de *know how* o secreto industrial acreedor a la protección dispensada por la Ley de Competencia Desleal (LCD de ahora en adelante)<sup>21</sup>, si no se sabe cuál es el procedimiento de elaboración, componentes y proporción de los mismos, etc, pues si no es así no puede confrontarse el "secreto industrial" de la actora con la actividad y el producto fabricada y comercializado por la mercantil demandada ni, por lo tanto, podrá verificarse si se ha vulnerado aquél y realizado la conducta desleal que tipifica el art 13 LCD.

Cuando un trabajador o un colaborador ha tenido un alto nivel de conocimiento de las políticas internas, clientes, protocolos, decisiones estratégicas, etc de la empresa, es lógico que la empresa quiera limitar de manera considerable su capacidad de actuación profesional tras terminarse la relación laboral con el trabajador. Este tipo de cláusulas, busca que dicha parte no aproveche los conocimientos obtenidos durante la realización de su trabajo para desarrollar otra actividad inmediatamente posterior que influyan en la posición competitiva de éste.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2004<sup>22</sup>, reiterando

---

<sup>21</sup> Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal.

<sup>22</sup> STS de 5 de abril de 2004, rec. 2468/2003. El actor estaba vinculado por un contrato laboral que prohibía la competencia con la empresa luego del cese de la relación con la misma, a cambio de una compensación. Además, facultaba a la empresa a renunciar unilateralmente la aplicación de dicha cláusula. La empresa despidió al trabajador, e hizo uso de la cláusula de renuncia a la aplicación de aquel pacto de no concurrencia. El actor solicitó la nulidad de la cláusula y reclamó la compensación pactada. Siendo la naturaleza jurídica del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, la de un pacto o acuerdo bilateral en cuanto generador de derechos y obligaciones para ambas partes, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de las partes y, por ello, debe tenerse por nula la cláusula que así lo establezca. Se desestimó la demanda. Se desestima el recurso de suplicación. Se estima el recurso de casación para unificación de doctrina, anulando la sentencia y

doctrina establecida en la de 24 de septiembre de 1990, señala: "*el pacto de no competencia para después de extinguido el con el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 CE y del que es reflejo el art. 4.1 ET<sup>23</sup>, recogido en el art. 21.2 ET, y en el art. 8.3 del Decreto regulador de esta relación especial, preceptos similares, requieren para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del CC no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes (...)*".

Si se valora la duración de la cláusula y el tipo de labor ejercida, la remuneración por el pacto de no competencia, para que se considere adecuada, según la jurisprudencia, debe estar alrededor de una tercera parte del sueldo<sup>24</sup>.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 258/2019 de 28 de marzo de 2019 se dilucida la siguiente cuestión: el actor formuló demanda contra la empresa reclamando 420 mil euros en concepto de compensación económica del pacto de no competencia y 105 mil euros por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de no competencia postcontractual. El demandante prestaba sus servicios para la empresa ostentando la categoría de Director, incluyéndose en el contrato, una cláusula de pacto de no compensación post-contractual. Así, el trabajador se abstendría de realizar actividad profesional alguna concurrente de forma directa con la de la empresa, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena, usando el específico "know how" o los conocimientos o prácticas específicas adquiridas directa o de forma indirecta durante la vigencia del contrato. No obstante, si dicho interés desapareciera, la empresa podrá liberar al trabajador de su obligación de abstenerse de competir tras finalizar la relación laboral,

---

estimando la demanda.

<sup>23</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (ET de ahora en adelante).

<sup>24</sup> STSJ de Cataluña 2947/2011 de 28 de abril de 2011

siéndole comunicado durante la vigencia del contrato.

Cuando el trabajador presentó un escrito informando de la baja voluntaria, la empresa le contestó anunciándole que le liberaba de su obligación de abstenerse de competir tras la finalización de la relación laboral puesto que no existía el interés que regulaba el pacto de no competencia. Por ello, la empresa no pagó al trabajador cantidad alguna en concepto de compensación por pacto de no competencia.

La sentencia de la anterior instancia dejó sin efecto la sanción impuesta a la empresa, manteniendo el resto de sus pronunciamientos, aunque condenó en costas a la recurrente (la STSJ de Navarra de 2 de junio de 2017 estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa). De este modo, aunque deja sin efecto la sanción impuesta, mantiene el resto de los pronunciamientos, condenando a la empresa al abono al actor la cantidad de 111.298 euros en concepto de compensación por pacto de no competencia post contractual.

El trabajador defiende en su recurso que no se le abonó la compensación por la no concurrencia y que tal falta de compensación hace inviable y nulo en origen el pacto de no concurrencia. Considera que la cuantificación de la compensación económica debe expresarse con claridad y de forma concreta. En este caso, se pactó que “de las retribuciones pactadas con el directivo, un 10% de su importe vienen a retribuir el pacto de no competencia”. La sentencia responde que debe ser el recurrente (el actor) el que acredite que o bien no se pagado dicho 10% o bien que no se ha realizado de la forma pactada (art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Tribunal Supremo considera que el pacto de no competencia suscrito por las partes cumple los requisitos legalmente exigidos, estimando su validez y eficacia. Por lo tanto, atendiendo a la cláusula liberalizadora contenida, de acuerdo con el art. 1281 del CC, párrafo primero, el trabajador no tiene derecho a percibir las cantidades reclamadas. Habiendo la empresa hecho uso de la cláusula liberalizadora dentro del plazo estipulado, ningún derecho asiste al trabajador a la obtención de las cantidades reclamadas. Por lo tanto, se estima el recurso interpuesto por la empresa en cuanto a las costas, procediendo a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Si la parte incumple el pacto de no concurrencia, debe indemnizar a la empresa por los daños y perjuicios ocasionados.

Aussie LTD, puede invocar el artículo 13 LCD, que considera desleal la divulgación explotación de secretos empresariales, sean industriales o comerciales, a los que se ha tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o de forma ilegítima a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el artículo 14 LCD, o cuya adquisición haya tenido lugar por medio de espionaje o procedimiento análogo. En este sentido, se exige, para que la conducta se repunte desleal que se busque obtener un provecho o perjuicio para el titular del secreto.

Cabe insistir también en que Aussie LTD protegió mediante cláusulas de confidencialidad sus secretos industriales, a partir de la cláusula firmada por Nicolás. En este sentido, Nicolás y Aussie LTD llegaron a un acuerdo el 15 de febrero de 2020, a partir del cual, mediante un contrato de compraventa, Aussie adquirió las participaciones sociales representativas del 80% del capital social de Car4u, siendo Nicolás el fundador de dicha empresa. A raíz de dicho contrato, Nicolás quedó vinculado por dicha relación comercial.

Puede considerarse desleal el hecho de que funde por sí mismo, o por una persona vinculada, una empresa con el mismo objeto social, valiéndose de sus conocimientos y experiencia, para competir con Car4u.

En este sentido, el art. 13 LCD<sup>25</sup> reputa desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o pacto de no competencia, o ilegítimamente, resultado de alguna de las conductas contempladas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

Por lo tanto, la obligación de no competencia consiste abstenerse de ejercitar una actividad concurrencial en el mismo sector de la marca cedida o afines, durante un plazo suficiente para que el cesionario pueda asentarse en el mercado y aprovecharse de la

---

<sup>25</sup> SAP de Castellón de 9 de mayo de 2014, no 165/2014, rec. 598/2013. Varios elementos probatorios muestran que no es raro que se impartan cursos de formación para la fabricación de tintas para impresión cerámica, así como la fabricación de tal clase de producto por otras empresas. El mero hecho de fabricar tintas digitales para impresión cerámica no conforma el ámbito del *know how* o secreto industrial acreedor a la protección dispensada por la Ley de Competencia Desleal, si no se conoce el concreto proceso de elaboración, componentes y proporción de los mismos, etc, pues si no es así no puede confrontarse el "secreto industrial" de la actora con la actividad y el producto fabricada y comercializado por la mercantil demandada ni, por lo tanto, podrá verificarse si se ha vulnerado aquél y realizado la conducta desleal que tipifica el art 13 LCD

reputación de la marca.

Aun cuando no se haya pactado expresamente esta obligación, ha de estimarse, en mi opinión, que el cedente está sometido a la misma durante un plazo prudencial. Debemos entender contraria a esta obligación la utilización de expresiones tales como “antiguo titular de la marca”, pues se trata de un acto de competencia desleal por aprovechamiento de la reputación ajena (art. 12 LCD).

La exigencia de que el sujeto pasivo de acción inductora tenga una finalidad concurrencial, algo que aquí se da puesto que Nicolás, o su círculo cercano monta otra empresa con el mismo objeto social, es una exigencia clara respecto del art. 14.1 LCD, pero que no se halla en el texto del 14.2 LCD, salvo entre una de las circunstancias determinantes de la deslealtad. En realidad, el legislador establece que el sujeto pasivo de la conducta ilícita sea un competidor, pero este requisito no puede considerarse una excepción a la regla del artículo 3.2 LCD, que impide subordinar la aplicación de la Ley a la existencia de una relación de competencia. En efecto, la exigencia concreta de que la inducción se realice a trabajadores, proveedores o clientes de un competidor puede entenderse de forma compatible con el artículo 3.2 si por competidor entendemos operador de mercado, y no necesariamente aquel que se encuentra en relación de competencia con quien realiza la conducta ilícita. Incluso bajo la noción de competidor deben poder incluirse los competidores potenciales, quienes ya han realizado actuaciones que demuestran su interés en entrar en un determinado mercado, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de mayo de 2007, respecto a empresas que actuaban en distintos mercados geográficos.

Es evidente que los actos de Nicolás son contrarios a la buena fe objetiva, pudiendo incluirse en el ámbito de aplicación de la cláusula general del art. 5 de la LCD.

Por lo tanto, se puede instar, a tenor del art. 32.1 de la LCD, la acción de declaración de deslealtad; una acción de cesación; una acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; una acción de rectificación; y una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

### **7.2 Argumentos de la defensa de Car4mi**

Para que dicha cláusula sea válida, es necesario que haya una compensación adecuada. Debe tenerse en cuenta que este tipo de cláusulas genera expectativas tanto para el

trabajador (indemnización que le compense por los perjuicios que pueda suponer el tener que dedicarse, tras finalizar el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad diferente, para la que no esté preparado) como para el empresario (evitar el daño que se le pueda ocasionar la utilización por el empleado/socio de los conocimientos adquiridos en la empresa una actividad que entra en competencia con aquélla).

El pacto de no competencia postcontractual es un negocio jurídico bilateral que, siempre que no vulnere los presupuestos legales mínimos contemplados en el artículo 21.2 ET, supone recíprocos derechos y obligaciones para quienes lo firmaron, sin que a su validez nada influya que la resolución contractual se acuerde durante el período de prueba.

Por lo tanto, Car4mi podría alegar que dicha cláusula de no competencia no es válida ya que no se prevé una remuneración por dicho pacto.

Como ha afirmado el Alto Tribunal, en la STS 409/2011 de 8 de Noviembre de 2011, el pacto de no competencia requiere para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se motive un interés comercial o industrial por el empresario, algo que del enunciado no se desprende<sup>26</sup>, por otro que se prevea una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador garantizarse una estabilidad económica una vez el contrato ha terminado, evitando la necesidad urgente de buscar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 CC no puede quedar a la simple voluntad de sólo una de las partes<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad de Madrid de 5 de abril de 2019, no 406/2019, rec. 1090/2018, determina que no existe un interés comercial real, teniendo en cuenta la disparidad en la extensión de los objetos sociales y sin que se demuestren las funciones del trabajador en una y especialmente en la otra empresa (la competencia ha de ser desleal), por lo que en este supuesto no se ha incumplido pacto alguno que, además, debe reputarse nulo al no reunir la inicial característica que del art. 21.2 ET (existencia de un interés industrial o comercial) que opera como causa del pacto.

<sup>27</sup> La STSJ de la Comunidad de Madrid de 5 de abril de 2019, no 406/2019, rec. 1090/2018 establece si existe una proporción entre la compensación y el pacto de no competencia. Al respecto aquellos seis meses deben ser contrapuestos a veinticuatro de devolución, a lo que cabe incorporar una cláusula penal. Si la compensación que se satisface el trabajador ha de ser adecuada (art. 21.2 ET) igualmente adecuada debe ser la compensación que se satisface a la empresa por si se incumple el primero, proporción que no se aprecia en 6/24 meses más una cláusula penal prácticamente equivalente a 17 meses (STS 26 octubre 2016, rec. 1032/15).

Asimismo, se puede considerar que Beatriz no tiene ningún tipo de vínculo con Car4u ya que no se puede considerar familiar de Nicolás ni existe una relación lo suficientemente estrecha como para considerar que se vulnera el pacto de no competencia.

Finalmente, puede alegarse que la experiencia profesional de Nicolás no puede conformar la obligación de no competencia. La Sentencia del Tribunal Supremo 48/2012 de 21 de febrero de 2012 estableció que "La experiencia profesional del empleado no puede considerarse un secreto empresarial de la empresa empleadora ni, desde luego, es exigible que quien deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad prescindiera absolutamente, como parece pretenderse en este fundamento del recurso, de todo lo aprendido en la primera, ya que esto equivaldría a la eliminación del propio concepto de experiencia profesional como factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo"..."

A modo de conclusión, esta parte puede considerar que cláusula de no competencia no es válida; que Beatriz no posee vehículos de Car4u y que no tienen la relación estrecha como para considerar que esté vulnerando el pacto y que por último; no puede considerarse que por el mero hecho de que Nicolás se haya formado y haya adquirido experiencia profesional en la empresa este vulnerando el secreto profesional ya que la Sentencia recientemente mencionada así lo estima.

Este es mi dictamen para la resolución del caso práctico planteado que someto a cualquier otro fundado en Derecho.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

ALBIÑANA CILVETI, I. (2018) “*La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula Rebus sic stantibus y su aplicación a las operaciones inmobiliarias*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5895/documento/art011.pdf?id=8347>

ARANZADI INSIGNIS (2014). “*La cláusula “rebus sic stantibus” y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales*”. Aranzadi. Disponible en:

<https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2014/04/140402-ARANZADI-INSIGNIS-La-cl%C3%A1usula-rebus-sic-stantibus-y-otras-f%C3%B3rmulas-alternativas-utilizadas-en-la-jurisprudencia-.pdf>

BERTOLÁ NAVARRO, I. (2016). “*Diferencias entre el incumplimiento esencial y los incumplimientos prestacionales determinantes de la resolución*”. Editorial Jurídica Sepin. Disponible en: <https://blog.sepin.es/2016/11/diferencias-incumplimiento-esencial-y-prestacionales/>

BUENO JIMÉNEZ, M. (2015). “*La cláusula “rebus sic stantibus”. Acolación de la STS 333/2014, de 30 de Junio*”. Disponible en:

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10062-la-clausula-lquo-rebus-sic-stantibus-rdquo-a-colacion-de-la-sts-333-2014-de-30-de-junio/>

COMA, M. B. (2003). “*La Constitución como marco de la legislación económica*”. Economía industrial.

DÍAZ LA CHICA, S. (2019), “*La resolución por incumplimiento de los contratos obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores*”. Civitas,

DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A.M., (2002), “*Los principios europeos de Derecho de contratos*”, Civitas.

FAUS, M y ARIÑO, B. “*Obligaciones del vendedor: saneamiento por vicios ocultos*”. Vlex. Disponible en: <https://vlex.es/vid/obligaciones-vendedor-vicios-ocultos-412251190>

FAUS, M. “Obligaciones unilaterales y recíprocas”, *Práctico Obligaciones y contratos*. VLex. Disponible en: <https://vlex.es/vid/obligaciones-unilaterales-reciprocas-844409509>

FONDEVILLA ROCA, E., (1997) “*Fusiones y adquisiciones: como instrumentos estratégicos del empresario*”. Cedecs,

GARCÍA CARACUEL, M. *La Doctrina Inglesa de la frustración del contrato*, pp. 63. Vlex. Disponible en: <https://vlex.es/vid/doctrina-inglesa-frustracion-contrato-564557026>

IBERLEY. (2017). “*El proceso de Due Diligence y sus características*”. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/proceso-due-diligence-caracteristicas-62591>

PINEDA, F. (2020) “*Compraventa de empresas – due diligence y conocimiento del comprador; reflexiones a cuenta de la ST AP Barcelona 118/2020 de 3 de Junio de 2020*”. Disponible en: <https://lex.ahk.es/actualidad-juridica/compraventa-de-empresas-due-diligence-y-conocimiento-del-comprador-reflexiones-cuenta-de-la-st-ap-barcelona-1182020-de-3-de-junio-de-2020>

PLANA PALUZIE, A. (2016). “*Manifestaciones y Garantías en las compraventas de empresa, STS 518/2008 de 11 de Junio*”. Disponible en: [http://www.leyesyjurisprudencia.com/2016/05/manifestaciones-y-garantias-en-las\\_22.html](http://www.leyesyjurisprudencia.com/2016/05/manifestaciones-y-garantias-en-las_22.html)

SEVILLA CÁCERES, F. “*Defectos o vicios ocultos de la cosa vendida*”. Mundo Jurídico. Disponible en: <https://www.mundojuridico.info/defectos-o-vicios-ocultos-de-la-cosa-vendida/>

VAZQUEZ BARROS, S. “*Perfeccionamiento y forma de la compraventa*”. Vlex. Disponible en: <https://vlex.es/vid/perfeccionamiento-forma-compraventa-55089849>

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de Febrero de 2017 (71/2017).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 4 de Enero de 1992 (4/1992)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1997 (1187/1997), Rec. 3186/1993
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 4 de Septiembre de 2014, (439/2014)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de Mayo de 2007 (589/2007)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de Junio de 2020 (325/2020)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de diciembre de 2006, (1284/2006). Rec. 420/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de abril de 2018, (258/2018). Rec. 2797/2015
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de Noviembre de 2013 (638/2013). Rec. 2150/2011
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 4 de Octubre de 1989.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de 26 de Abril de 2013, (309/2013)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña, Sección 4ª, de 29 de Septiembre nº 357/05
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de 22 de Mayo de 2008 (3100/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de Julio de 1984, (437/1984)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de 25 de Septiembre de 2003 (865/2003)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de San Cristobal de La Laguna de 19 de Septiembre (240/2014)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 10 de Junio de 2010 (390/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de marzo de 2016 (185/2016)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 21 de Enero de 2021 (110/2021)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 14 de Octubre (5024/2013)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 20 de Noviembre de 2008 (1059/2008).

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de enero de 2013 (820/2013)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 30 de Junio de 2014 (333/2014)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 15 de Octubre de 2014 (591/2014).
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 21 de Marzo de 2018 (1230/2018).
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 11 de Julio de 2018 (432/2018)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 30 de Junio de 2014 (333/2014)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 18 de Julio de 2019 (452/2019)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 25 de Julio de 2014 (1475/2014)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 26 de Abril de 2013 (309/2013)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 25 de Julio de 2019(2556/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 15 de Junio de 2016 (2870/2016).
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Benidorm nº2 601/2020 de 7 de julio de 2020.
- Auto del Juzgado de Primera instancia de Barcelona nº20 1/2021 de 8 de Enero de 2021
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, Sección 81. nº 447/2020 Civil de 25 de Septiembre de 2020.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 9 de mayo de 2014, no 165/2014, rec. 598/2013,
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 5 de abril de 2004, (2468/2003)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 28 de marzo de 2019 (258/2019)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2947/2011de 28 de abril de 2011
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 2 de junio de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 9 de mayo de 2014, nº 165/2014, rec. 598/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 8 de Noviembre de 2011 (409/2011)
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 21 de Febrero de 2012 (48/2012)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 5 de abril de 2019, nº 406/2019, Rec. 1090/2018.

## **LEGISLACIÓN**

- Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal.
- Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- 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
- Real Decreto 463/2020 de 14 de Marzo por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Crisis Sanitaria ocasionada por el Covid-19.
- Real Decreto 15/2020 de 21 de Abril de Medidas Urgentes Complementarias para apoyar la Economía y el Empleo
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.