



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Especialidad Relaciones Jurídico-Privadas

Autora: Rocío Osuna Beltrán

Tutora: Verónica González-Choren Respaldiza

Curso académico 2021-2022

Facultad de Derecho. Universidad Pontificia de Comillas

Madrid

Enero 2022

ÍNDICE DE CONTENIDO

GLOSARIO DE ABREVIATURAS.....	3
1. OBJETO	5
2. CUESTIONES A RESOLVER.....	6
3. CUESTIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....	7
3.1. Pregunta UNO: ¿puede Aussie LTD resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García por el hecho de que parte de los vehículos que forman parte de la flota de Car4u estén averiados?	7
<i>3.1.1. ¿Cuáles serían los argumentos a favor de la resolución contractual que desarrollaría Aussie LTD? ¿Cuáles serían los argumentos en contra de la resolución contractual que desarrollaría el Sr. García?</i>	12
3.1.1.1. Interpretación del contrato.....	13
3.1.1.2. Resolución unilateral o extrajudicial del contrato	15
3.1.2. <i>¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD a Car4u?</i>	19
3.2. Pregunta DOS: ¿puede Aussie LTD exigir al vendedor saneamiento por vicios ocultos? ¿Cómo fundamentaría la pretensión?	23
3.2.1. <i>El proceso de Due Diligence y la cláusula de Manifestaciones y Garantías</i>	24
3.2.2. <i>La acción de saneamiento por vicios ocultos y la doctrina alud pro alio</i>	26
3.2.3. <i>¿Puede Aussie LTD instar esta acción? ¿Cuáles serían sus argumentos?</i>	30
3.3. Pregunta TRES: el Sr. García se opone al saneamiento por vicios ocultos con base en que (i) Aussie LTD realizó una due diligence exhaustiva y (ii) en que Aussie LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 del Código Civil. ¿Cuáles serían los argumentos a favor que desarrollaría el Sr. García? ¿Cuáles serían los argumentos en contra que desarrollaría Aussie LTD?	37
4. CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS	42
4.1. Análisis jurídico de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	42
4.1.1. <i>Concepto y ámbito de aplicación</i>	42
4.1.2. <i>Evolución jurisprudencial</i>	45
4.1.3. <i>Requisitos de aplicación de la cláusula rebus</i>	47
1) Tipología de la relación contractual.....	47

2) Circunstancias sobrevenidas	48
3) Circunstancias imprevisibles/extraordinarias.....	49
4) El riesgo como parte no inherente del contrato y la no imputación del riesgo	50
5) La excesiva onerosidad y la ruptura de la equivalencia de las prestaciones	53
6) Subsidiariedad.....	55
4.2. Cuestiones planteadas por el cliente.....	56
4.2.1. <i>Pregunta CUATRO: ¿es posible la invocación de la cláusula rebus sic stantibus por el deudor de un contrato de préstamo, en este caso, Car4u? ¿Cuáles serían los argumentos a favor y en contra?</i>	<i>56</i>
4.2.2. <i>Pregunta CINCO: ¿sería diferente la situación si lo que Car4u pretendiera suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficina donde gestionaba la compañía y al que no han podido acceder por estar localizado en una zona confinada durante un periodo de 5 meses? ¿Cuáles serían los argumentos a favor y en contra?</i>	<i>66</i>
4.2.2.1. “Imposibilidad” de acceso a las oficinas de Car4u.....	68
4.2.2.3. ¿“Imposibilidad” del pago de las rentas o excesiva onerosidad?	71
5. CUESTIONES RELATIVAS A LA SOCIEDAD COMPETIDORA “CAR4MI”	77
5.1. Pregunta SEIS: ¿cuáles son las acciones legales que podría invocar Aussie LTD frente al Sr. García? ¿Cuál sería la defensa del Sr. García ante las mismas?	77
5.1.1. <i>Incumplimiento contractual de la cláusula de no competencia</i>	<i>78</i>
5.1.2. <i>Competencia desleal</i>	<i>81</i>
5.1.2.1. Actos de confusión y actos de imitación (artículos 6 y 11 LCD).....	82
5.1.2.2. Explotación de la reputación ajena (artículo 12 LCD) y posible infracción marcaria.....	88
A. Infracción marcaria	89
B. Infracción del artículo 12 LCD	95
5.1.2.3. Violación de secretos (artículo 13 LCD).....	96
6. CONCLUSIONES FINALES	102
RELACIÓN DE FUENTES UTILIZADAS	110



GLOSARIO DE ABREVIATURAS

AJPI: Auto del Juzgado de Primera Instancia.

CC: Código Civil.

CComercio: Código de Comercio.

CE: Comisión Europea.

DD: Due Diligence.

ESPII: Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional.

FJ: Fundamento Jurídico.

LCA: Ley del Contrato de Agencia.

LCD: Ley de Competencia Desleal.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LM: Ley de Marcas.

LSE: Ley de Secretos Empresariales.

MyF: Manifestaciones y Garantías.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJPI/II: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia/Instancia e Instrucción.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.



INFORME JURÍDICO N°991. CASO “CAR4U”

Fecha de entrega: 10 de enero, 2022

1. OBJETO

El objeto del presente informe es el de responder a aquellas cuestiones planteadas por don Nicolás García (de ahora en adelante, Sr. García o “Cliente”) en las reuniones mantenidas desde el pasado mes de octubre hasta el 29 de diciembre de 2021, en relación con las posibles controversias surgidas entre el Cliente y Aussie LTD.

La estructura del presente informe consistirá en una aproximación lo más práctica posible a la problemática planteada por el Cliente, con el objetivo de construir la mejor y más eficaz defensa de sus intereses. Incluiremos conceptos teóricos y la interpretación jurisprudencial y doctrinal que se tiene de los mismos; no obstante, se realizará de la manera más sencilla posible, para que el Cliente comprenda en todo momento lo que se quiere decir. Además, nos limitaremos a incluir este marco teórico única y exclusivamente cuando lo consideremos necesario, para proporcionar a nuestras conclusiones de una base fáctica.

La única excepción a dicha organización la encontraremos en el examen de las cuestiones relativas a la cláusula *rebus sic stantibus*. Hemos considerado más apropiado realizar una primera aproximación teórica de la figura, y, posteriormente, resolver las preguntas planteadas.

En cada una de las cuestiones desarrollaremos argumentos a favor de las pretensiones del Sr. García, así como a favor de Aussie LTD; la clave de una buena defensa no está únicamente en encontrar puntos positivos, sino en anticiparse a las alegaciones de contrario y saber contrarrestarlas.

Al final de cada uno de estos apartados, se recopilarán, brevemente, las principales líneas de actuación de ambas partes, sin perjuicio de las conclusiones finales, que incluirán un resumen de todo el informe, así como las recomendaciones que nuestro despacho hace al Sr. García en cuanto a cómo abordar los asunto planteados.

2. CUESTIONES A RESOLVER

Para que la lectura del presente informe sea más cómoda, se ha decidido agrupar las cuestiones planteadas por el Sr. García, temáticamente, en tres bloques diferenciados.

El primer bloque abordará las cuestiones relativas a la posible resolución del contrato de compraventa celebrado entre el Sr. García y Aussie LTD, así como el posible saneamiento por vicios ocultos que la compañía podría exigirle al Cliente. Se agruparán bajo el título “Cuestiones relativas al incumplimiento contractual”, que corresponde al epígrafe 3 del informe.

El segundo bloque abordará las cuestiones relativas a la cláusula *rebus sic stantibus*. En primer lugar, se realizará un análisis jurídico de esta cláusula, de la evolución jurisprudencial que ha tenido, y de la consideración que la doctrina y la jurisprudencia tienen de sus requisitos. A continuación, se desarrollará su posible aplicación al caso del Sr. García, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, y en relación con dos contratos: el contrato de préstamo bancario formalizado entre Car4u y la entidad bancaria el 15 de febrero de 2020, y el contrato de arrendamiento de las oficinas desde las cuales Car4u gestiona la sociedad. Se agruparán bajo el título “Cuestiones relativas a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, que corresponde al epígrafe 4 del informe.

El tercer bloque abordará las cuestiones relativas a las actuaciones de la sociedad Car4mi. Este bloque se dividirá en dos apartados: uno relativo al posible incumplimiento de la cláusula de no competencia incluida en el contrato de compraventa de participaciones, formalizado entre Car4u y Aussie LTD el 15 de febrero de 2020; y otro relativo a las acciones de competencia desleal que podría interponer Aussie LTD, ya integrada en Car4u, contra el Sr. García, como aparente socio de Car4mi. Se agruparán bajo el título “Cuestiones relativas a la sociedad competidora Car4mi”, que corresponde al epígrafe 5 del informe.

De igual forma, debemos mencionar que el orden final en el que las cuestiones serán abordadas no coincide necesariamente con la forma en la que fueron planteadas por el Cliente. Hemos incluido más apartados para separar diferentes líneas argumentales o explicaciones, así como, en ocasiones, hemos unido varias de las preguntas. De esta forma la lectura es más lógica, organizada, y cómoda.

3. CUESTIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

En aras de contextualizar el contenido del presente informe, se procede a exponer de forma breve y concisa los hechos ocurridos con anterioridad a la consulta del Sr. García.

El Sr. García constituyó en el año 2010 la sociedad Car4u, Sociedad Limitada, cuya principal actividad es la de prestar servicios de *car sharing*, permitiendo a cualquier persona que lo necesitase alquilar un vehículo durante un tiempo limitado. A principios del año 2020, el fondo de inversión australiano Aussie LTD se interesó por adquirir un 80% de las participaciones de Car4u. Cabe destacar que este fondo ya había invertido previamente en otras sociedades de *car sharing*.

El 15 de febrero de 2020, Aussie LTD y el Sr. García celebraron un contrato de compraventa por el que la mercantil australiana adquiere el 80% del capital social por 3.500.000 €. Sin embargo, previamente se realizó un exhaustivo proceso de due diligence, durante el que se identifican varias contingencias que resultan en una reducción del precio ofertado en un inicio por las participaciones.

A pesar de ello, pocos días después de la firma del contrato, Aussie LTD descubre que un porcentaje bastante alto de vehículos está averiado y requiere reparaciones por valor de 300.000 €.

A continuación, exploraremos las diferentes opciones con las que cuenta el Sr. García ante las posibles actuaciones de Aussie LTD. Comenzaremos comentando la posibilidad de resolución del contrato de compraventa, que dependerá, en gran medida, de la determinación del objeto del contrato, para continuar con dos argumentos más que apoyan las pretensiones de ambas partes. Además, analizaremos la indemnización de daños y perjuicios que podría solicitar Aussie LTD al Sr. García. Posteriormente, examinaremos el proceso de Due Diligence realizado por la mercantil australiana, además de la distinción entre las figuras del saneamiento por vicios ocultos y el *aliud pro alio* y la viabilidad de las mismas teniendo en cuenta las circunstancias concretas de este caso.

3.1.Pregunta UNO: ¿puede Aussie LTD resolver el contrato de compraventa alegando incumplimiento del Sr. García por el hecho de que parte de los vehículos que forman parte de la flota de Car4u estén averiados?

Ante un incumplimiento contractual, el ordenamiento jurídico español permite al damnificado reaccionar de diferentes maneras: se podrá exigir el cumplimiento del contrato de forma forzosa; se podrá pedir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados; o se puede acudir

directamente a la resolución contractual. Estas alternativas se conocen como “derecho de opción” del acreedor. En el caso que nos ocupa, el Cliente nos plantea si Aussie LTD podría instar la resolución contractual basándose en los defectos que presentaban parte de los activos de Car4u.

Sin embargo, antes de poder responder a esta cuestión, es necesario primero determinar la naturaleza del contrato de compraventa de participaciones sociales como civil o mercantil para saber si es posible acudir a las vías que el Código Civil prevé en caso de incumplimiento de contrato.

El artículo 325 del Código de Comercio (CComercio, de ahora en adelante) indica lo siguiente: *será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa*. Este artículo, interpretado de forma literal, establece tres requisitos para que una compraventa quede sujeta a las normas del CComercio:

- Que el objeto del contrato se trate de un bien mueble.
- Que se adquiriera la cosa mueble con el objetivo de revenderla.
- Que el sujeto cuente con ánimo de lucro en esa reventa.

En un contrato de compraventa de empresas, la aplicación de estos requisitos no queda del todo clara, y por ello se han desarrollado varias corrientes doctrinales y jurisprudenciales que, aun a día de hoy, no han alcanzado el consenso, especialmente en relación al doble requisito de la reventa con ánimo de lucro¹.

La corriente más estricta es la que aboga por una interpretación casi textual del artículo 325, puesto que considera que el elemento diferenciador entre una compraventa civil y mercantil es precisamente este doble requisito de la reventa de los géneros adquiridos con ánimo de lucro (es decir, la obtención de un beneficio en la reventa). Por el contrario, existen otros sectores de la doctrina y la jurisprudencia que se inclinan por considerar el elemento diferenciador de ambos tipos de contrato el hecho de que se adquieran los bienes con el objetivo de explotarlos o integrarlos en el negocio propio; es decir, si el empresario integra el objeto de la venta en el proceso productivo de su compañía, ese contrato se reputaría mercantil, pues el ánimo de lucro también concurre al pretender obtener beneficio económico mediante la explotación de lo adquirido.

¹ Respecto al cumplimiento del primer requisito no nos pronunciaremos, puesto que una participación es un título-valor y como tal, al adquirir Aussie LTD el 80% de las participaciones de Car4u, se estaría produciendo una verdadera entrega de un bien mueble susceptible de posesión en sentido estricto.

A pesar de la enorme discrepancia que ha venido existiendo con respecto a la interpretación del artículo 325, es cierto que en los últimos años es la primera corriente, la más severa, la que se ha aplicado de forma más generalizada por los Tribunales. En el caso concreto de un contrato de compraventa de participaciones, como el celebrado entre Aussie y Car4u, la STS 502/2020, de 20 de febrero, comentaba lo siguiente (FJ 3):

*“...en el caso concreto de un contrato de compraventa de acciones sociales, como el de la litis, la calificación del contrato como civil deriva asimismo de **las características del propio objeto del contrato**, que supone la venta parcial de la titularidad de una sociedad, **excluido por la misma naturaleza de tal objeto de su consideración como mercantil.**”*

Nuestro caso difiere ligeramente del analizado en esta Sentencia, puesto que Aussie LTD es un fondo de inversión, por lo que las participaciones adquiridas sí que se integrarían en el proceso productivo de la empresa, y, ateniéndonos a la segunda corriente, podría considerarse como mercantil. Sin embargo, como la jurisprudencia actual se inclina más hacia la aplicación de la primera corriente, bajo la cual el contrato que nos ocupa sería considerado civil, esta es la conclusión que alcanzamos². Bajo esta premisa, sí que sería posible que Aussie LTD instara cualquiera de las acciones civiles contempladas en el caso de que se considerase que ha existido un incumplimiento contractual.

Una vez confirmada la aplicación del Derecho Civil al caso que nos ocupa, procedemos a examinar la figura de la resolución contractual, que aparece contenida en el artículo 1124 del Código Civil (CC, de ahora en adelante):

Artículo 1124

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

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

[...]

Este remedio permite a la parte contratante perjudicada desvincularse de los compromisos contractuales asumidos. Sin embargo, no siempre que se produce un incumplimiento contractual

² En relación con el resto de cuestiones planteadas por el Cliente, y a raíz del análisis realizado sobre la naturaleza del contrato de compraventa entre Aussie LTD y Car4u, se entenderá que es un contrato civil a todos los efectos.

es posible la resolución del contrato. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de intentar establecer criterios claros para poder esclarecer cuándo sería admisible la resolución; como resultado, contamos con una gran cantidad de sentencias que, en algunos casos, han complicado la materia más que aclararla.

A pesar de ello, sí que es posible establecer una serie de criterios que el TS ha seguido de forma más o menos uniforme. Se considerará que es posible la resolución contractual ante un incumplimiento si:

- Las obligaciones de las partes son recíprocas.
- La parte que desea resolver el contrato ha cumplido con su obligación.
- El incumplimiento es esencial, es decir, referido a la obligación principal y no a prestaciones accesorias.

En el presente caso, los dos primeros requisitos se cumplen. La compraventa es un tipo de contrato bilateral porque, tal y como indica el artículo 1445 del CC, una parte se obliga a entregar una cosa determinada y la otra a pagar por la misma un precio; el Cliente debía entregar el 80% de las participaciones sociales de Car4u a Aussie LTD, quien debía pagar el precio pactado por las mismas, resultando ser de 3.500.000 €, por lo que ambas obligaciones se vieron ejecutadas el 15 de febrero de 2020.

En un principio, no parece que de estas actuaciones se desprenda ningún incumplimiento: se entregó el dinero pactado a cambio de las participaciones. Sin embargo, parte de los activos de Car4u se encontraban en mal estado y necesitaban ser reparados.

En este punto es donde surge la cuestión a tratar: ¿es posible instar el incumplimiento contractual en una compraventa de participaciones si son los activos subyacentes los que se encuentran en mal estado? Para poder resolverla, es necesario analizar cuál es el objeto de este contrato en cuestión, si las participaciones de Car4u o los activos subyacentes, es decir, la flota de vehículos de la empresa.

A la hora de realizar compraventas de empresas, se pueden utilizar dos vías diferenciadas: la adquisición directa o *asset deals* y la adquisición indirecta o *share deals*. Los *asset deals* son aquellos en los que directamente se obtienen los propios activos de la empresa; por el contrario, el objeto de los *share deals* es la titularidad de las acciones o participaciones de la empresa, pero no de los activos, que siguen siendo propiedad de esa sociedad. La diferencia principal es, pues, el objeto sobre el que recae el contrato de compraventa, siendo los activos en un caso, y las participaciones en el otro.

La compraventa que nos ocupa, en principio, parece un *share deal*, mediante la cual Aussie LTD adquirió el 80% de participaciones de Car4u; sin embargo, los activos, es decir, la flota de vehículos, no pasaron a ser titularidad de la mercantil australiana, sino que continuaron siendo propiedad de Car4u.

Establecer correctamente el objeto del contrato es muy relevante, pues es lo que determinará que la posible responsabilidad que pueda tener el vendedor se limite a las contingencias relacionadas con los activos o únicamente con las participaciones adquiridas.

La jurisprudencia no ha llegado a construir ninguna opinión concluyente en la materia, y es por eso que aún a día de hoy no existe consistencia en los fallos. La STS 852/2009, de 21 de diciembre, inició una corriente jurisprudencial que se inclinaba por aducir que en aquellos casos de compraventa de acciones, si los activos subyacentes presentaban alguna contingencia, no se consideraría como incumplido el contrato al haberse ejecutado el objeto del mismo:

“...el contrato en escritura pública de compraventa de 7 de noviembre de 2001 expresa claramente, explícitamente, que tiene por objeto la compraventa de acciones, todas las acciones, de la entidad SASOTOVI, S.A. de que eran titulares los demandados. Por lo que la demandante GRENTIDEM, S.L. no compró un hotel, no adquirió la propiedad de un inmueble, el hotel no es de su propiedad, sino que adquirió una sociedad que es propietaria, entre otras cosas, del hotel. [...]”

La Sala llega a esta conclusión a pesar de que, en ese supuesto concreto, el móvil subjetivo del contrato era la explotación del hotel, y es precisamente este argumento la base de la corriente jurisprudencial: es irrelevante el móvil subjetivo que tenga la parte compradora, puesto que es una realidad extranegocial y queda fuera del Derecho. Sólo se tomaría en cuenta si se incorporase a la causa, es decir, si pasara a ser un móvil causalizado y quedase incluido en el negocio jurídico.

Lo que viene a decir esta teoría del móvil causalizado es que no tiene trascendencia alguna la intención del comprador en el contrato, siempre que el objeto del mismo quede suficientemente claro, y el contrato haya sido ejecutado según el propósito de las partes.

Esta jurisprudencia ha sido criticada por ciertos sectores de la doctrina como especialmente rígida, puesto que no toma en cuenta la verdadera intención del comprador y se limita a atenerse al objeto del contrato señalado en el contrato de compraventa. Estos sectores son los que abogan por realizar un análisis conjunto de todas las características concretas de cada supuesto. Por ejemplo, en la STS 187/2019, de 27 de marzo, se opta por entender que el vendedor debía ser responsable por la deficiente información financiera de la sociedad que había suministrado al comprador, puesto que el objeto del contrato eran las participaciones sociales pero en relación

con las propias compañías adquiridas; por ello, el suministro de información financiera incompleta se entendió como un incumplimiento de las obligaciones del vendedor.

En la situación concreta del Cliente, es difícil dar una solución clara; a nuestro juicio, sin embargo, el objeto del contrato sería únicamente la compraventa de las participaciones y no los activos subyacentes de Car4u. Esto es porque Aussie LTD es un fondo de inversión, cuyo objetivo principal es poder obtener rentabilidad de aquellos fondos invertidos. Además, la mercantil es uno de los diez fondos de inversión más grandes del mundo, y ya cuenta con participaciones de otras cuatro empresas de *car sharing*, por lo que es fácil concluir que su voluntad a la hora de adquirir las participaciones no era obtener la titularidad de la flota de vehículos de Car4u, sino únicamente tener parte del control de la compañía.

Aun así, serán los Tribunales quienes determinarán si estamos ante un contrato de compraventa de participaciones, o, por el contrario, si se extiende el objeto del contrato a los activos subyacentes de Car4u.

En el caso de considerarse como una mera compraventa de participaciones, el Sr. García no habría incumplido con sus obligaciones como vendedor, por lo que Aussie LTD no podría instar la resolución del contrato; por el contrario, si se entendiera la compraventa como de activos, el Sr. García sí habría incumplido con sus obligaciones al encontrarse defectuoso el objeto del contrato (los vehículos), por lo que, en ese caso, Aussie LTD sí que podría exigir la resolución contractual. Como no podemos saber la decisión que tomaría un Tribunal ante esta disyuntiva, expondremos a continuación los argumentos que tendrían Aussie LTD y el Sr. García a favor y en contra de una posible resolución contractual, además de la reclamación económica, si fuese posible, que podría pedir Aussie LTD.

3.1.1. ¿Cuáles serían los argumentos a favor de la resolución contractual que desarrollaría Aussie LTD? ¿Cuáles serían los argumentos en contra de la resolución contractual que desarrollaría el Sr. García?

Como hemos expuesto, la consideración del contrato como un *asset deal* o un *share deal* dependerá de lo que convenga un Juez tras un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso, y que bajo ningún concepto pretendemos sustituir. A esta controversia nos remitiremos muy frecuentemente en el presente informe, debido a su relevancia para determinar el desenlace del caso. Dicho esto, es pertinente analizar otros posibles argumentos de Aussie LTD en favor de la resolución contractual, en aras de construir la mejor defensa posible del Cliente.

Por una parte comentaremos brevemente el sentido interpretativo que deben tener los contratos, y veremos que, según nos acogamos a un criterio u otro, podremos articular una defensa para el Sr. García, así como otro argumento a favor de la resolución, tal y como le interesa a Aussie LTD. Además, examinaremos la viabilidad de una posible resolución unilateral del contrato de compraventa, lo cual sería muy interesante para Aussie LTD, aunque también sería viable la oposición del Sr. García a la misma.

3.1.1.1. Interpretación del contrato

Una de las vías a las que podría acudir la mercantil australiana para apoyar sus pretensiones en este frente es la de la interpretación de los contratos³. Éstas se encuentran contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, y han sido objeto de un voluminoso desarrollo jurisprudencial precisamente por ser la fuente de numerosos litigios.

Tal y como establece, entre otras, la STS 27/2015, de 29 de enero, la labor interpretativa de los contratos debe realizarse no desde una libertad absoluta, sino bajo la sujeción de una serie de normas que son, esencialmente, las reflejadas en el Código Civil como producto de las conclusiones alcanzadas por los Jueces y Tribunales. Estas reglas pueden dividirse en dos grupos, representativos de corrientes doctrinales opuestas:

- Interpretación subjetiva: el objetivo de esta interpretación es hallar la verdadera voluntad de los contratantes, es decir, su intención a la hora de embarcarse en una relación contractual.
- Interpretación objetiva: el objetivo de esta interpretación es hallar el significado de un contrato en relación con su sentido en el tráfico jurídico, es decir, el significado que se pueda desprender del texto contenido en el pacto. Para entender a qué se refiere el sentido objetivo de un contrato, es necesario acudir al artículo 57 del Código de Comercio, que establece que *los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas [...]”*.

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que, en el proceso interpretativo de los contratos, prevalece la aproximación subjetiva. La teoría general en materia de contratación civil en Derecho español contiene como principio rector la libertad de las partes a la hora de pactar,

³ Debido a que no se cuenta con el contrato original firmado en febrero de 2020, se tratará esta vía argumental de forma hipotética, explorando diferentes opciones.

por lo que es su propia voluntad la que constituirá el objeto del contrato. Por ello, cuando se realiza una interpretación de un pacto, si ya se conoce la voluntad común de las partes, no será necesario acudir a la interpretación objetiva, cuyas reglas se limitan a complementar la interpretación subjetiva.

El artículo 1281, referido a la interpretación subjetiva, indica lo siguiente:

Artículo 1281

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 sobre aquéllas.

Es precisamente este artículo el causante de que a la interpretación subjetiva se la conozca como interpretación literal. Sin embargo, es un error muy común pensar que la denominación de “literal” se refiere al contenido textual de las cláusulas de un contrato. Lo que realmente indica el artículo 1281 es que hay que atenerse a la voluntad común de las partes de acuerdo a lo que hayan expresado en el pacto, pero no a la literalidad de la palabra en su sentido gramatical. Esta búsqueda de la volición es lo que sitúa al criterio literal como el prevalente, debiendo acudir a la interpretación objetiva únicamente cuando no sea posible el hallazgo de la voluntad común mediante esta vía.

Así pues, si los términos de un contrato son directos y transparentes y no albergan dudas acerca de la voluntad común, la interpretación literal *es el punto de partida y también el punto de llegada del fenómeno interpretativo*, en palabras de la STS 294/2012, de 18 de mayo, por lo que la labor interpretativa deberá detenerse en este extremo. Si, por el contrario, el contrato presenta términos oscuros, contradicciones o falta de claridad de tal calibre que la voluntad de las partes es imposible de averiguar, la interpretación literal será únicamente el punto de partida y la hermenéutica deberá, necesariamente, seguir su curso con ayuda del resto de criterios.

Al hablar de la teoría de la interpretación es imprescindible traer a colación el principio de buena fe contractual. El artículo 1258 del CC obliga a que, en materia contractual, el cumplimiento de las obligaciones de las partes respete una serie de principios fundamentales del Derecho Civil español, incluso cuando no queden establecidos como tal por el contrato. La buena fe es uno de ellos, y en relación con la interpretación de contratos, aparece contenida en el artículo 1288: *La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*. Es decir, que en aquellas situaciones en las que lo expresado

en el contrato no se corresponda con la realidad y haya sido así reflejado conscientemente por una parte, prevalecerá la voluntad de la parte que haya actuado con buena fe.

En el caso que nos ocupa, la diferente interpretación del contrato de compraventa firmado en febrero de 2020 sería una de las vías de actuación de Aussie LTD, y de defensa del Sr. García, dependiendo de cómo se articulase.

Al igual que explicábamos anteriormente, el objeto de este contrato puede ser puesto en tela de juicio, y dependiendo de la conclusión alcanzada, se favorecería a una parte u a otra. Ocurre lo mismo en el caso de la interpretación de la voluntad de ambos.

Se debería comenzar con la interpretación literal, teniendo para ello en cuenta lo incluido en la cláusula del objeto del contrato; de nuevo, no se debe cometer el error de pretender una interpretación del sentido gramatical de las palabras analizadas, sino que se le debe de dotar del sentido que refleje la voluntad de las partes. Únicamente si fuese imposible conocer la voluntad común, se deberán utilizar el resto de criterios contenidos en los artículos 1282 a 1289, sin que ninguno prevalezca sobre los demás.

La interpretación que más le interesará a Aussie LTD será aquella que indique que la voluntad de las partes, y, por ende, el objeto del contrato, es la de una compraventa de activos, o *asset deal*, en la que la que pueda considerarse un incumplimiento del Sr. García al haber entregado los vehículos en mal estado. En este caso, Aussie LTD podría solicitar la resolución contractual.

Por otro lado, al Cliente le conviene que la interpretación contractual refleje que la voluntad común era la de realizar una compraventa de participaciones o *share deal*, y no de los vehículos de Car4u; de esta manera, su responsabilidad se limitaría notablemente y no podrían considerarse incumplidas sus obligaciones como vendedor. En este caso, el Sr. García tendría argumentos más que suficientes para alegar la imposibilidad de resolución contractual.

3.1.1.2. Resolución unilateral o extrajudicial del contrato

Hasta ahora hemos asumido que, a la hora de instar la resolución de un contrato, y, en general, de pretender obtener resarcimiento de algún tipo ante el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, la parte interesada deberá dirigirse a los Tribunales y solicitar que los mismos resuelvan a su favor. Sin embargo, es posible que, dependiendo de las circunstancias, la vía judicial no se articulase como la más ventajosa para el acreedor, y por ello nos planteamos en este punto la viabilidad de una resolución del contrato entre Aussie LTD y el Cliente unilateral o extrajudicial.

Recordemos el artículo 1124 del Código Civil:

Artículo 1124.

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

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

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

[...]

En esta ocasión, nos centraremos en el tercer párrafo, que no fue examinado con anterioridad. Realizando una interpretación del mismo estrictamente textual, se puede inferir que el derecho de opción del acreedor exige, necesariamente, de los Jueces y Tribunales para conceder al interesado la alternativa que haya instado. No obstante, la doctrina del Derecho Civil español ha venido cuestionándose una posible eiségesis que albergara también el recurso de la vía extrajudicial, inspirada, en parte, por otros ordenamientos jurídicos europeos que así lo contemplan.

En esta interpretación más amplia, el acreedor contaría con la facultad de resolver el contrato bilateral que le une a la contraparte mediante un preaviso o una declaración de voluntad, siempre que no fuese impugnado por el deudor. Es en este caso en el que se acudiría a la vía judicial, y sería el Juez quien decidiría si resolver el contrato por incumplimiento o exigir al deudor la ejecución de sus obligaciones⁴.

A pesar de existir resoluciones dispares en la materia, lo cierto es que la jurisprudencia ha llegado a afirmar en más de una ocasión, de forma clara y sin dejar espacio a interpretaciones ambiguas, la posibilidad de resolver unilateralmente. Por ejemplo, la STS 4905/2003, de 10 de julio (FJ 3):

⁴ Es precisamente esta cuestión, entre otras, la que provoca que ciertos autores rechacen la existencia de una vía extrajudicial contenida en el artículo 1124. Alegan que el acreedor cuenta con esta facultad única y exclusivamente cuando sea aceptada por el deudor, ya que si éste impugna la declaración unilateral de voluntad, habría que acudir igualmente a los Tribunales y no tendría sentido esta discusión.

“En los contratos sinalagmáticos, con prestaciones recíprocas, cada parte contratante puede resolver el contrato ante el incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte, facultad resolutoria que puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente sin perjuicio, en este último caso, de que de no ser aceptada por aquél frente a quien se ejercita esa facultad, haya de acudir a la vía judicial que declarará correcta o incorrecta la resolución extrajudicialmente hecha”.

Sin embargo, el ejercicio de esta facultad, desde el punto de vista de ciertos autores y parte de la jurisprudencia, no es libre, sino que exige el cumplimiento de dos requisitos: la necesidad de preavisar o notificar al deudor, y la necesidad de contar con una justa causa.

La exigencia de una declaración de voluntad previa a la resolución es, de forma más o menos homogénea en la doctrina, el presupuesto fundamental para poder desistir del contrato unilateralmente. Sin embargo, debido a que la consideración de esta vía extrajudicial proviene exclusivamente de la jurisprudencia y no se encuentra contemplada como tal en ninguna norma, no se puede considerar este preaviso como una obligación legal; más bien, dicha exigencia se apoya en el principio de buena fe que siguen todos los negocios jurídicos, por lo que podría incluso considerarse su aplicación en función de las mejores o peores intenciones que tenga el acreedor al romper la relación contractual.

En relación con esta notificación al deudor, una cuestión que no ha estado exenta de discusiones ha sido la de los efectos y la eficacia que produce la misma. Así pues, ¿qué ocurriría en caso de pretender desistir unilateralmente el contrato, pero sin realizarse la declaración de voluntad? En este extremo, la doctrina se encuentra dividida: hay ciertos autores que apuestan por considerar que este intento de resolución no sería lícito, por lo que la relación contractual continuaría estando vigente. Por el contrario, otros muchos entienden que la falta de notificación no es invalidante *per se*, y que únicamente generaría un derecho del deudor a obtener resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos.

En cuanto a la necesidad de contar con una justa causa para poder acudir a esta vía, la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia afirma que no se debe exigir como un requisito esencial; se basan precisamente en la existencia de una previa notificación al deudor de la voluntad de desistir, actuación que, por sí sola, es suficiente a la hora de dar por cumplida la buena fe contractual.

Aun así, nos encontramos con un sector minoritario que entiende que ambos son requisitos esenciales para poder desprenderse de la relación contractual. Sin embargo, en nuestra opinión, no puede considerarse esta postura como relevante, ya que las circunstancias concretas de los

casos que han sido resueltos en este sentido jugaban un papel ciertamente fundamental⁵. Además, la principal crítica que puede lanzarse a esta corriente doctrinal es, ¿qué se considera justa causa? No se han llegado a perfilar los parámetros que delimitan este requisito, por lo que la postura que mantiene este sector no se percibe desde fuera como especialmente sólida y no garantiza el éxito de la vía extrajudicial más que de forma residual.

Volviendo al caso que nos ocupa, sería una opción interesante para Aussie LTD la de instar la resolución contractual de forma unilateral, pues se produciría un significativo ahorro de tiempo y de dinero al evitar acudir a la vía judicial para resolver la compraventa. Sin embargo, la viabilidad de esta acción es imposible de conocer, puesto que, como acabamos de exponer, la jurisprudencia se encuentra dividida al respecto.

En nuestra opinión, debería existir, como mínimo, la declaración previa de la voluntad de Aussie LTD; si ya de por sí la resolución unilateral otorga una ventaja significativa al contratante cumplidor, permitiéndole desvincularse de un contrato sin la carga probatoria que requiere el artículo 1124 en vía judicial, se presentaría como un recurso excesivamente arbitrario (e, incluso, abusivo) que, a falta de la notificación al deudor, dudosamente cumpliría con las exigencias legales del principio de buena fe. Así, si Aussie LTD pretendiese resolver la compraventa sin preavisar al Cliente, podría alegarse que se ha realizado con abuso de derecho.

Aussie LTD contaría con argumentos más que suficientes para acudir a la vía extrajudicial de resolución con éxito, pues, como acaba de exponerse, aun con matices propios de las diferentes posturas doctrinales, el Derecho español reconoce esta posibilidad de forma general. Incluso en materia del preaviso, que se encuentra aceptado como requisito esencial por la mayor parte de la doctrina y casi la totalidad de la jurisprudencia, podría alegarse la innecesidad de su cumplimiento, al entorpecer el tráfico comercial.

Sin embargo, consideramos que también sería posible una defensa que fuere acogida en los Tribunales para el Cliente; por ejemplo, aduciendo que el incumplimiento contractual es, esencialmente, de carácter judicial, ya que de lo contrario el texto del artículo 1124 del CC no contemplaría la competencia del Juez para resolver en un sentido u en otro. Precisamente para evitar la abusividad de una figura como la que venimos comentando, que no está sujeta a obligaciones ni requisitos legales y contempla la libertad de forma en su ejercicio, la presencia de

⁵ Por ejemplo, es muy ilustrativo el supuesto de hecho expuesto en la STS 888/1995, de 16 de octubre. En la misma, siguiendo la doctrina de la Sala en el momento, se exige una justa causa, además del preaviso, como requisitos para desistir unilateralmente del contrato. Basa su argumentación casi por entero en la mala fe de la sociedad recurrente, que, mediante actuaciones que tachan de competitivas y desleales, provocó una disminución de las ventas de los distribuidores, con quienes mantenían una relación contractual. Se construye la exigencia de ambos requisitos alrededor de la buena fe que debe operar en cualquier relación contractual; siguiendo esta doctrina, en muy pocos casos podría reconocerse la vía extrajudicial de desistimiento.

un Juez cobra protagonismo, pues es quien debe valorar los elementos necesarios para considerar una resolución contractual.

3.1.2. ¿Qué daños podría reclamar Aussie LTD a Car4u?

A la hora de plantearnos la posibilidad de resolver el contrato de compraventa, el Cliente también se ha interesado por conocer cuáles son los daños y perjuicios que Aussie LTD podría reclamarle a Car4u.

El artículo 1124 del Código Civil, que hemos venido mencionando en nuestras consideraciones anteriores, indica que, ante un incumplimiento de las obligaciones contractuales de la contraparte, el damnificado podrá exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados; y ello independientemente de si opta por el cumplimiento forzoso o por resolver el contrato. Dicha declaración queda, asimismo, confirmada en el artículo 1101 del CC:

Artículo 1101.

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

Sin embargo, partiendo únicamente de lo contenido en esta disposición, nos surge una duda: ¿cualquier incumplimiento contractual genera, necesariamente, el derecho del perjudicado a solicitar una indemnización? Pues bien, la jurisprudencia ha sido clara en este frente y ha determinado que el incumplimiento por sí solo no determina que el damnificado deba ser resarcido. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la STS 366/2010, de 15 de junio (FJ 11):

*El artículo 1091 CC [...] no comporta que cualquier incumplimiento contractual genere necesariamente la obligación de resarcir, pues este precepto debe entenderse complementado con **el artículo 1101 CC [...]**. [Este artículo] **tiene por objeto «los daños y perjuicios causados» y no el incumplimiento en abstracto**. Esta Sala, en efecto, tiene declarado que **debe concurrir como requisito necesario** para la aplicación del artículo 1101 CC, además del incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, **la realidad de los perjuicios, es decir, que éstos sean probados**, y el nexo causal eficiente entre la conducta del agente y los daños producidos [...].*

Los daños deben ser siempre probados, y un incumplimiento no origina en cualquier situación perjuicios resarcibles. Es por ello que la jurisprudencia niega su consideración en abstracto, y se limita a examinar lo acaecido en cada supuesto concreto.

No obstante lo anterior, esta misma sentencia continúa haciendo alusión al principio *res ipsa loquitur*, que significa “la cosa habla por sí misma”. Esta doctrina entiende que, en determinados casos, el derecho de resarcimiento del perjudicado es causa natural y directa del simple incumplimiento obligacional, considerándose estos daños como *in re ipsa*, en la cosa misma, y quedando integrados en el propio incumplimiento. Este principio es aplicado únicamente a supuestos muy concretos, bien porque existe una presunción normativa de la existencia del daño⁶, bien porque, por las propias circunstancias del caso, el perjuicio causado sea evidente.

En el caso del Cliente, consideramos que el principio *res ipsa loquitur* podría ser aplicable, pero únicamente si se entiende que el objeto del contrato de compraventa han sido los activos. Y ello porque, en esta situación, estaría lo suficientemente claro que el contrato no se ha ejecutado de acuerdo a lo pactado, y los intereses de Aussie LTD se verían manifiestamente perjudicados al encontrarse parte de los activos en mal estado. La pérdida de valor sería evidente, y la necesidad de suplir esta carencia sería reconocida por cualquier Juez sin exigir prueba de la existencia del daño.

Aun así, Aussie LTD sí que tendría que ser capaz de acreditar a cuánto ascendería el perjuicio, tal y como reconoce la SAP de Alicante 132/2012, de 20 de marzo, Sección 8ª (FJ 2),

En este marco legal, el criterio res ipsa loquitur -la cosa habla por sí sola- no sustituye el deber probatorio. Se integra, señala la jurisprudencia, como un criterio probatorio sustentado en una valoración de la prueba de naturaleza presuntiva por cuanto se refiere a una evidencia -la infracción- que crea por sus circunstancias, una deducción de la existencia del daño a partir de la verificación de la propia infracción -art 386 LEC -.

Por el contrario, de entenderse el contrato de compraventa como únicamente de participaciones, lo que, tal y como se ha venido comentando, sería la posición más ventajosa para el Cliente, Aussie LTD contaría con la carga probatoria de determinar exactamente cuáles han sido los perjuicios sufridos y a cuánto ascendería la indemnización, en caso de que fuera reconocida.

En esta misma tesitura nos encontramos a la hora de considerar el plano de la responsabilidad contractual o extracontractual. La misma jurisprudencia reconoce la dificultad de diferenciarlas en según qué supuestos, y es precisamente lo que ocurre en el caso que nos ocupa al no haber quedado determinado si el contrato de compraventa es de activos o de participaciones. Los daños

⁶ Por ejemplo, el artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual entiende que siempre que se produce una violación de derechos protegidos, el damnificado podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios. Se le permite escoger entre varias vías para solicitar y cuantificar la misma, pero, independientemente de cuál elija, dicha indemnización queda garantizada al entender el perjuicio como materializado. Es un ejemplo claro de daños *in re ipsa*.

recaen sobre la flota de coches de Car4u, pero es dudoso si la presencia de los mismos se debe a un incumplimiento del Cliente o no. Si la compraventa fuese de activos, la responsabilidad se reputaría como contractual debido a que la obligación del Sr. García se entendería como la de la entrega de los coches en buen estado, y al no hacerlo, se estaría vulnerando el sentido contractual acordado por las partes. Por su parte, si la compraventa fuese de participaciones, se podría entender la responsabilidad como extracontractual. En ella es irrelevante que medie o no una relación obligacional entre las partes, puesto que el daño es ajeno a la naturaleza del contrato y se produce en un plano diferenciado. En este caso, la obligación del Sr. García de entregar las participaciones se ha cumplido, sin perjuicio de que los activos subyacentes se encuentren en mal estado.

Al ser Aussie LTD el perjudicado por los desperfectos hallados en los vehículos, y quien va a interponer la reclamación de daños y perjuicios, entenderemos que la responsabilidad del Cliente es contractual; y ello porque a la mercantil australiana le favorece la presunción de que el contrato es de activos. Partirá de esa premisa para argumentar sus pretensiones y por ello entenderemos la responsabilidad desde esta perspectiva.

Para conocer los daños reclamables por Aussie LTD debemos acudir al artículo 1106 CC:

Artículo 1106.

La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

Dicho artículo incluye tres tipos de daños que pueden solicitarse:

- Daño emergente, consistente en el daño real y efectivo provocado por el incumplimiento.
- Lucro cesante, consistente en aquel beneficio dejado de ganar que se hubiera obtenido, hipotéticamente, de no darse el incumplimiento.
- Daños morales, de consideración dificultosa e imprecisa debido a la cantidad de realidades materiales en las que se pueden manifestar. Se inició su consideración respecto de sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos, pero hoy en día se viene aplicando también, entre otras, al honor, la intimidad, o al prestigio profesional.

En el caso que nos ocupa, descartaremos los daños morales, debido a que no consideramos que Aussie LTD se haya visto perjudicada de ningún modo en su prestigio profesional o en su

imagen como fondo de inversión a los ojos del público. No obstante, sí que podría exigir tanto el daño emergente como el lucro cesante. Así:

- Como daño emergente:
 - Aussie LTD podría solicitar, en primer lugar, el valor de las reparaciones que necesitan los vehículos defectuosos, que asciende a 300.000 euros.
 - Además, en caso de solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, también podrá pedir la cantidad desembolsada como pago de las participaciones de Car4u adquiridas; sin embargo, si exige la cuantía total, 3.500.000 euros, ningún Tribunal se la concedería. Debe limitarse a aquella parte proporcional que corresponda a los vehículos defectuosos.
 - Por último, también podrá solicitar la pérdida de utilidad de estos vehículos, debido a que incumplen con el objeto del contrato y frustran las expectativas de Aussie LTD.

Todas estas cantidades deberán ser debidamente cuantificadas por expertos en la materia, que tomarán en cuenta el nivel de desperfectos de los vehículos, si los inhabilita por completo o no, así como el valor de mercado de este tipo de activos, sin perjuicio de que la fijación de estas cantidades dependa, en última instancia, de un Tribunal.

- Como lucro cesante, Aussie LTD podrá pedir los supuestos beneficios que hubiera obtenido mediante el uso normal de los vehículos dañados. El lucro cesante es de muy difícil cuantificación, puesto que atiende a una realidad hipotética que nunca podremos comparar con los sucesos acaecidos realmente. Por ello, deberá ser valorado por un experto en la materia, aunque la jurisprudencia en muchas ocasiones ha sido reacia a reconocer las ganancias dejadas de percibir al entender que se ubicaban de forma excesiva en un plano teórico, y al no considerar que esa hipótesis se hubiese producido en la realidad.

Para finalizar este apartado, recordamos que Aussie LTD también deberá probar como cumplidos los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad contractual, a saber: una previa relación contractual entre deudor y acreedor, cuyo objeto haya sido incumplido; la existencia de los daños reclamados y su cuantificación (o, como mínimo, las bases o el método para hallar el valor de los mismos); y el nexo causal que permita entender el incumplimiento del deudor de sus obligaciones contractuales como el origen de los perjuicios sufridos.

Así, concluimos:

Como puntos a favor de la resolución contractual (Aussie LTD), el contrato de compraventa debe ser entendido como un *asset deal*, para lo cual se apoyará en la interpretación subjetiva, siempre que la misma refleje que la voluntad de ambas partes era la adquisición de la flota de vehículos. También podría plantearse la resolución unilateral o extrajudicial del contrato, pudiendo hacerlo simplemente a través de una comunicación previa al Sr. García.

Como puntos en contra de la resolución contractual (Sr. García), el contrato de compraventa debe ser entendido como un *share deal*, para lo cual se apoyará en la interpretación objetiva. Ello porque consideraría que mediante la interpretación literal no se obtiene la voluntad común; tendría en cuenta que en el contrato se adquirieron participaciones y, en principio, así debe entenderse su sentido en el tráfico jurídico. Podría oponerse, asimismo, a la resolución unilateral del contrato acogiéndose a la doctrina que entiende necesaria una justa causa además del preaviso del perjudicado, o basándose en la competencia del Juez para resolver que reconoce el artículo 1124 CC y que descartaría esta posibilidad.

Respecto a la indemnización que podría solicitar Aussie LTD, deberá probar, mediante informes periciales o de expertos en la materia, aquellos daños resarcibles. Se considera que éstos únicamente incluirían el daño emergente y el lucro cesante, pero no los daños morales.

**3.2. Pregunta DOS: ¿puede Aussie LTD exigir al vendedor saneamiento por vicios ocultos?
¿Cómo fundamentaría la pretensión?**

Para poder afirmar o negar la posibilidad de que Aussie LTD instara una acción de saneamiento por vicios ocultos, es necesario analizar previamente varios frentes.

Por ello, comenzaremos haciendo una aproximación teórica de lo que comprende un proceso de Due Diligence y una cláusula de Manifestaciones y Garantías, analizando el procedimiento llevado a cabo por Aussie LTD para así ver el riesgo asumido por cada una de las partes y su responsabilidad; continuaremos repasando los requisitos que exige la acción de saneamiento por vicios ocultos y su diferencia con la institución del *aliud pro alio* para, en su caso, poder aconsejar al Cliente acerca de la preferencia de una u otra vía; finalmente, analizaremos los argumentos posibles utilizados por Aussie LTD para solicitar el saneamiento por vicios ocultos.

3.2.1. El proceso de Due Diligence y la cláusula de Manifestaciones y Garantías

La Due Diligence (DD, de ahora en adelante), o “debida diligencia”, es el término utilizado para referirse al procedimiento de recopilación de información, y revisión de la misma, sobre una empresa en el marco de un proceso de adquisición de una sociedad. Se pretende, en suma, recabar todo el conocimiento posible sobre aquellos aspectos legales, fiscales, económicos y de cualquier índole relevante que permitan moldear los términos de la compraventa y adaptarlos a la realidad de las partes contratantes. El proceso de DD permite, de esta forma eliminar, la posible asimetría de la información que pueda haber entre comprador y vendedor, y reducir el riesgo de la operación al poner de relieve las posibles contingencias existentes en la sociedad objeto de la compraventa.

El alcance que tiene este proceso dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y de las necesidades de los contratantes, especialmente del comprador, pues es el sujeto que suele tener más interés en la realización de una DD. Así, el de la Due Diligence es un procedimiento notablemente flexible, pues se basa exclusivamente en aquellos frentes que las partes deseen analizar.

A pesar de ello, es una herramienta que debe ser utilizada con cautela, y conjugada con las Manifestaciones y Garantías, que explicaremos a continuación; cuanto más exhaustiva sea una DD y más completa sea la información recabada, menos posibilidades de defensa tendrá el comprador ante los riesgos potenciales que puedan surgir tras la realización del proceso, puesto que no podrá alegarse el desconocimiento de las contingencias que salieron, o deberían haber salido, a la luz durante el procedimiento de DD. Ocurre lo mismo para el vendedor: debe valorar si le conviene o no proporcionar al inversor información amplia, clara y transparente, pues de ello dependerá la delimitación de su responsabilidad ante las posibles contingencias halladas.

La DD exige, además, que ambas partes mantengan un determinado estándar de diligencia para que se considere que el procedimiento se ha desarrollado correctamente. En el caso del vendedor, su actuación diligente se reflejará si permite al inversor acceder a aquella información que se haya determinado como relevante en ese caso concreto, y que éste consiga dibujar un esquema de aquellos riesgos inherentes a la compraventa de la empresa, lo que es, por definición, el objetivo de la Due Diligence. En el caso del comprador, su actuación se entenderá como diligente si utiliza los medios adecuados para poder decidir si finalmente adquiere la sociedad y bajo qué condiciones; más aún, deberá no solo disponer de esos medios sino realizar un análisis correcto y pormenorizado de la información que reciba gracias a ellos.

En el momento en el que alguna de las dos partes incumpla estos deberes de diligencia, la balanza del riesgo se desequilibra; el inversor deberá asumir aquellos riesgos derivados de las

contingencias surgidas debido a su falta de diligencia, y el vendedor asumirá los riesgos procedentes de una decisión de compra basada en información incorrecta que él mismo ha proporcionado.

Es precisamente en este punto en el que entran en juego las Manifestaciones y Garantías (MyF, de ahora en adelante), alterando el estándar de diligencia exigida. En palabras de Fernando Gómez Pomar, las manifestaciones y garantías son *“proposiciones relativas a hechos pasados o presentes, a creencias sobre hechos pasados, presentes o futuros, o predicciones de eventos futuros, y que un contratante (típicamente, el vendedor) hace y dirige a la otra parte, con la intención de que tengan efecto jurídico, en principio favorable a esta segunda”*.

Son, esencialmente, declaraciones realizadas por el vendedor, habitualmente, ampliando el horizonte de expectabilidad que se corresponde con lo que debe ser conforme al contrato, y pretenden excusar los posibles daños o quebrantos que eventualmente pueda sufrir el inversor por un vicio en el consentimiento derivado del error o falsedad en la información proporcionada por el vendedor.

Las MyF permiten suplir las carencias que presenta una Due Diligence incompleta o imperfecta, puesto que completan ese procedimiento de recopilación de información y proceden a reflejar el verdadero estado en el que se encuentra la sociedad. Además, su objetivo principal, como ya se ha comentado, es el de la protección de la parte compradora: si surgen contingencias al realizar la DD, se podría entender como que el inversor no ha actuado diligentemente por lo que debe asumir el coste de dichos imprevistos. Sin embargo, si esa contingencia queda amparada por las MyF, el riesgo podría serle imputable al vendedor.

Precisamente por esta imputación del riesgo las MyF se presentan como un recurso extremadamente útil para el comprador. Si apareciese una contingencia no incluida en las MyF, o se reportase como falsa la contemplada como verdadera, la situación se consideraría como un verdadero incumplimiento contractual, y el inversor tendría a su disposición todos aquellos remedios que la ley contempla en este tipo de supuestos, incluso la resolución contractual, ya comentada anteriormente.

En el caso que nos ocupa, el Sr. García le dio acceso a Aussie LTD a toda la información necesaria para que pudiese realizar una DD adecuada y decidir acerca de las condiciones de la compra de las participaciones sociales. Para ello, la mercantil australiana contrató a asesores de primer nivel para poder llevar a cabo este proceso de la forma más exhaustiva posible, lo que

queda reflejado en el hecho de que encontraran algunas contingencias en Car4u y que causó una reducción del precio ofertado en un primer momento⁷.

De haber existido en este caso una cláusula de MyF, ambas partes podrían haber causalizado el móvil del contrato, es decir, haber incluido sus verdaderos motivos para pactar como parte del objeto del mismo. De esta manera, se podría dotar de relevancia jurídica al hecho de que la flota de vehículos de Car4u presentase contingencias, puesto que, a pesar de que el contrato de compraventa ha sido de participaciones, el mal estado de los activos subyacentes afecta claramente al interés que tiene Aussie LTD en Car4u.

De haber realizado MyF en este sentido, Aussie LTD contaría con una prueba sólida que apoyase sus pretensiones de considerar que el objeto del contrato eran los activos, lo que, como se explicó anteriormente, permitiría que se instase la resolución contractual.

Sin embargo, no se ha emitido ninguna cláusula de Manifestaciones y Garantías con relación a las contingencias que Aussie LTD descubrió una vez firmado el contrato; por ello, las opciones con las que cuenta la parte actora quedan reducidas drásticamente a la acción de saneamiento por vicios ocultos o a la doctrina *aliud pro alio*.

3.2.2. La acción de saneamiento por vicios ocultos y la doctrina *aliud pro alio*

La acción de saneamiento por vicios ocultos aparece contenida en el artículo 1484 del Código Civil:

Artículo 1484.

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.

A través de un contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar al comprador la cosa objeto del contrato de forma que éste pueda hacer un uso del mismo en las condiciones en las que se haya pactado, es decir, en buen estado y sin defectos.

⁷ Para evitar tener que explorar numerosas opciones hipotéticas en relación a las características de la DD y las MyF realizadas por las partes, partimos de la base de que tanto Aussie LTD como Car4u actuaron con la diligencia debida en su realización.

Los vicios ocultos, tal y como indica el artículo 1484, son aquellos que provocan que la cosa vendida sea impropia para el uso al que se la destina, o aquellos que disminuyen dicho uso si, hubiérellos conocido el comprador previamente, provocaran que el mismo no hubiese adquirido la cosa, o hubiese ofrecido un precio menor por ella.

De esta definición podría interpretarse, a primera vista, que cualquier defecto del que el comprador dé cuenta una vez recibido la cosa objeto del contrato y que afecte a su rendimiento constituiría un vicio oculto, y por lo cual, el adquirente podría acudir a los remedios contenidos en el artículo 1486. Sin embargo, la aplicación de este artículo exige de la coexistencia de cuatro requisitos, que han sido enumerados repetidas veces por la jurisprudencia:

- La entrega de una cosa viciada. La STS 194/2000, de 3 de marzo, define el “vicio” como *“aquel defecto o imperfección que la hace [a la cosa] inapropiada para el uso que por naturaleza le es propio o que disminuye este uso con clara referencia a su utilidad expresamente --sin vaguedades ni generalidades-- establecida en el contrato como causa precisa de su celebración”*. La jurisprudencia ha querido ir más allá del concepto habitual de vicio, puesto que no es un mero defecto en la cosa vendida, sino que debe ir necesariamente vinculado a la utilidad de la misma según se haya establecido en el contrato. Solo si afecta a esta finalidad en el sentido pactado, podrá considerarse que la cosa adolece de un vicio que la hace impropia.
- El vicio ha de existir en el momento de perfeccionar el contrato.
- El vicio debe estar oculto. No se considerarán ocultos aquellos defectos que puedan ser apreciados fácilmente en la inspección del bien con motivo de la entrega, lo que, en nuestro caso, constituiría la Due Diligence.
- Dicho vicio debe ser grave. La propia redacción del artículo 1484 es la que nos indica la magnitud que debe alcanzar el vicio; el comprador, si lo hubiese conocido, no hubiera adquirido la cosa o hubiera dado un precio menor por ella, por lo que el defecto debe presentarse como ciertamente relevante para el comprador.

En el supuesto en el que se cumplan todos los requisitos, el comprador podrá optar, tal y como le reconoce el artículo 1486 del CC, entre el desistimiento del contrato o la rebaja proporcional del precio.

La primera de estas acciones es la conocida como la acción redhibitoria. Permite la rescisión del contrato, porque implica la devolución de las cosas al estado en el que se encontraban antes de la celebración del mismo. La segunda acción es la denominada acción estimatoria o acción

quanti minoris, cuyo objetivo no es la obtención de una indemnización por daños y perjuicios sufridos (un error muy habitual), sino, en palabras de Rodrigo Bercovitz, alcanzar un reajuste en la equivalencia de las prestaciones del contrato y que las partes puedan retornar a la equidad contractual de la que gozaban.

Aunque del texto literal del artículo 1486 se desprende que es el comprador quien podrá decidir, en todo caso, a qué vía acudir, lo cierto es que existen varios sectores doctrinales que establecen un criterio diferenciador en función del cual será posible la aplicación de una u otra acción: la trascendencia del vicio. De acuerdo con esta teoría, si el vicio es lo suficientemente grave, el adquirente sí que podrá tomar la decisión de ejercitar la acción redhibitoria o la estimatoria. Sin embargo, si el vicio es de menor significación, únicamente será aplicable la acción *quanti minoris*.

En nuestro caso, no compartimos esta opinión, puesto que es precisamente la gravedad del vicio la ligera diferencia que permite discernir al saneamiento por vicios ocultos de la doctrina del *aliud pro alio*.

La institución de *aliud pro alio*, que encuentra su origen en el Derecho Romano, y viene a significar “una cosa por otra”, es de creación jurisprudencial en Derecho español. Se encuentra íntimamente relacionada con el artículo 1166 del CC, que refiere uno de los deberes principales del vendedor en materia del Derecho de Obligaciones: el de no obligar al acreedor a recibir cosa diferente de la pactada.

La jurisprudencia y la doctrina han venido perfilando la aplicación de esta figura, pues, aunque de forma literal solo incluiría aquellas situaciones en las que se entrega cosa distinta a la pactada, también abarca la entrega de un objeto completamente inhábil para satisfacer su función, lo que recuerda al concepto utilizado en el saneamiento por vicios ocultos (se considerará como vicio oculto al defecto que haga impropia a la cosa vendida para el uso al que se la destina).

Se puede entender, por lo tanto, que la institución del *aliud pro alio* contempla una doble vertiente: la material, que incluye aquellos casos en los que se entrega una cosa materialmente distinta a la pactada; y la funcional, referida a las situaciones en las que la cosa vendida es absolutamente incapaz de cumplir con el uso que tiene destinado. La vertiente material es muy sencilla de identificar porque atiende a la realidad perceptible; sin embargo, la vertiente funcional es la que presenta problemas a la hora de saber si es de aplicación una u otra figura, puesto que responde a una realidad absolutamente subjetiva, y que deberá ser conjugada con las circunstancias concretas de cada caso.

Las evidentes similitudes entre ambas figuras no han hecho fácil la labor de los Tribunales de determinar cuándo debe aplicarse el saneamiento por vicios ocultos del artículo 1484 y cuándo se debe acudir al artículo 1124 del Código Civil, relativo al incumplimiento general contractual, y que sería aplicable en caso de considerar que se da la doctrina *aliud pro alio*.

La realidad es que no existe una norma general aplicable para poder distinguir ambas figuras, y la casuística en la materia, por ello, es extensísima, siendo más sencillo analizar las características de cada caso concreto que alcanzar una conclusión aplicable de forma habitual. Sin embargo, existe un gran número de Sentencias que vienen aplicando la doctrina *aliud pro alio* a aquellas situaciones en las que el incumplimiento es notablemente grave, mientras que reservan el saneamiento por vicios ocultos a los objetos que, a pesar de no cumplir con su uso destinado, presentan defectos reparables que meramente dificultan o empeoran la utilidad de la cosa, sin llegar a hacerla irremediabilmente inhábil.

En este sentido, es muy ilustrativo el siguiente fragmento de la SAP de Barcelona 321/2014, de 14 de julio (FJ 2):

“La jurisprudencia es perfectamente consciente de que la diferenciación entre uno y otro supuesto no siempre resulta sencilla [...]. La idea central para delimitar correctamente ambas instituciones es reservar para el 'aliud pro alio' los defectos más graves y, lógicamente, el criterio a tener en cuenta para pronunciarse es eminentemente fáctico, por lo que habrá de estar a la prueba practicada, con especial atención a las periciales, para llegar a una conclusión u otra.”

Dejando a un lado las disparidades conceptuales (en cierto modo, insignificantes, puesto que siguen dándose supuestos idénticos que los Tribunales han resuelto de forma contraria), sin duda la distinción más relevante entre ambas acciones es la diferencia de los plazos de ejercicio de las mismas y sus efectos.

Uno de los principales problemas que encuentran aquellos sujetos que pretenden instar una acción por vicios ocultos es el escaso plazo ofrecido por el Código Civil para su ejercicio: es de tan solo 6 meses, tal y como contempla el artículo 1490, contados a partir de la entrega de la cosa vendida. Transcurrido este periodo, la acción caduca. La doctrina *aliud pro alio* nace,

precisamente, para proteger al comprador y dotarle de otras vías para ejercitar sus derechos, puesto que aplica el plazo general de prescripción contenido en el artículo 1964: 5 años⁸.

Y no solo desde el punto de vista del plazo es más beneficiosa esta acción, puesto que, como vimos anteriormente, la acción de saneamiento por vicios ocultos únicamente contempla dos opciones, la acción redhibitoria o resolutoria y la acción estimatoria o *quanti minoris*; mientras que la doctrina *aliud pro alio*, al ser considerada como un incumplimiento contractual puro, nos remite al artículo 1124 del CC, que permite al perjudicado optar entre el cumplimiento forzoso de la obligación de la contraparte o la resolución del contrato.

Sin embargo la diferencia principal no se encuentra en las acciones a ejercitar por el damnificado, sino en la posibilidad de solicitar indemnización por daños y perjuicios. La acción *aliud pro alio* permite solicitar, independientemente de la opción elegida, el resarcimiento de los daños sufridos.

Por el contrario, el saneamiento por vicios ocultos solo contempla esta posibilidad si se cumplen dos requisitos: que el vendedor haya actuado dolosamente, y que se opte por la rescisión del contrato. La jurisprudencia considera como incompatibles la acción *quanti minoris* con la indemnización de daños y perjuicios, aunque existen algunos sectores reducidos en la doctrina que entienden que esto no es así; su principal argumento es que, tal y como mencionábamos anteriormente, esta acción no pretende indemnizar al comprador sino únicamente reestablecer el equilibrio perdido entre ambas partes contratantes, por lo que no se estaría resarciendo por partida doble. Aun así, la línea jurisprudencial en este aspecto es clara, por lo que consideraremos que sí son incompatibles; e incluso si se optase por la acción *quanti minoris*, sólo podría solicitarse indemnización si quedara probado el dolo del vendedor, lo que estrecha todavía más el cerco de posibilidades con las que cuenta el adquirente.

3.2.3. ¿Puede Aussie LTD instar esta acción? ¿Cuáles serían sus argumentos?

Tal y como acabamos de ver, la línea que separa el saneamiento por vicios ocultos y la doctrina *aliud pro alio* es indudablemente delgada. En el caso que nos ocupa, Aussie LTD se decanta por el ejercicio de la acción de vicios ocultos. Veamos de nuevo sus requisitos para ver si sería aplicable en esta situación:

⁸ Recordemos que los plazos de caducidad y prescripción se diferencian, principalmente, en la posibilidad de los segundos de ser interrumpidos y poder ser alegados a instancia de parte, mientras que los plazos de caducidad no pueden interrumpirse por ninguna actuación, y pueden ser alegados de oficio. Por ello, una sujeto se verá siempre más protegido cuando el plazo sea de prescripción, puesto que cuenta con un margen más amplio de actuación. En el caso de las acciones analizadas, es otra razón por la que la acción del *aliud pro alio* es más beneficiosa para el comprador.



- La cosa entregada debe estar viciada: acogiéndonos a la definición jurisprudencial de “vicio”, debemos centrar la discusión en si el defecto hace a la cosa vendida inapropiada para el uso al que iba destinada según lo pactado. En este punto nos remitimos de nuevo al análisis realizado en la pregunta 1 del informe, relativo a la concreción del objeto del contrato, y alcanzamos la misma conclusión⁹.

El propósito de la compraventa era, en esencia, y sin pretender volver a iniciar la discusión sobre el objeto del contrato, la explotación de una sociedad de *car sharing* para la obtención de beneficio; y es evidente que, para ello, los vehículos de la empresa deben funcionar correctamente, puesto que son el instrumento que permite la prestación de los servicios. Ahora bien, el defecto que presentan los vehículos es reparable¹⁰, por lo que no se consideraría como un vicio que inutiliza por completo el objeto. Tal y como se ha explicado en el apartado anterior, los desperfectos reparables son los que la jurisprudencia considera como vicios ocultos y no como *aliud pro alio*, por lo que este primer requisito se cumple.

- El vicio ha de existir en el momento de perfeccionar el contrato: al ser quien está ejercitando la acción, es el comprador quien tiene la carga de la prueba. Es en este punto en el que Aussie LTD podría encontrar cierta dificultad en materia probatoria, puesto que debe ser capaz de acreditar que esos defectos existían de manera previa a la transmisión de las participaciones. Al haber realizado una Due Diligence debería haber dado cuenta de las contingencias antes de proceder a la formalización del contrato de compraventa, lo que definitivamente juega a favor del Cliente, como veremos más adelante. El cumplimiento de este requisito, por tanto, no queda claro y dependerá de los esfuerzos probatorios de Aussie LTD.
- El vicio debe estar oculto. De nuevo, la DD no es favorable para Aussie LTD, por lo que este requisito tampoco queda claramente cumplido, a no ser que existiese una actuación dolosa por parte del vendedor, que veremos más adelante. El dolo del vendedor no implicaría una existencia de vicios ocultos de forma automática, pero sí que ayudaría a considerar como cumplido este requisito.

⁹ Es pertinente recordar la conclusión alcanzada en dicho examen: si el contrato se considerase de activos, sí se daría un incumplimiento al encontrarse parte de los vehículos en mal estado, y, por lo tanto, incumplir con la obligación de la entrega de la cosa pactada. Por el contrario, si el contrato se considerase de acciones, no existiría incumplimiento del Sr. García, ya que el propósito del contrato era la adquisición de participaciones por Aussie LTD, transmisión que sí se llevó a cabo de forma efectiva. Serán los Tribunales quienes determinen el objeto del contrato, y de su consideración dependerá el resultado del litigio y las posibilidades de actuación de ambas partes.

¹⁰ La reparación de los vehículos ha quedado tasada en 300.000€ lo que prueba que no son defectos inhabilitantes.

- Dicho vicio debe ser grave. La gravedad del defecto es uno de los criterios diferenciadores de los vicios ocultos y la doctrina *aliud pro alio*, por lo que este requisito debe ser considerado en función de la jurisprudencia que distingue ambas figuras en ese sentido. Así, el vicio deberá ser grave, pero no hasta el punto de que el objeto resulte absolutamente inútil, puesto que en ese caso nos encontraríamos ante un incumplimiento contractual por *aliud pro alio*; sino lo suficientemente relevante como para que el adquirente se replantease la compra, u ofreciese un precio menor.

En este caso, sí consideramos este requisito como cumplido. La búsqueda de obtención de beneficio del fondo de inversión se vería claramente mermada si el instrumento principal de prestación del servicio de Car4u, como son los vehículos, no pudiese prestar sus funciones correctamente. Si Aussie LTD hubiese conocido estos vicios previamente, es muy probable que no hubiese querido adquirir las participaciones de la sociedad, o que hubiera ofrecido un precio más bajo.

De los cuatro requisitos que exige la posibilidad de ejercicio de esta acción, dos se cumplen, y dos son dudosos. Sin embargo, y a salvo de querer sustituir el juicio de los Tribunales, que son quienes decidirían si se dan o no, consideraremos que se cumplen todos para poder ofrecer al Cliente una estrategia defensiva lo más completa posible.

El artículo 1486, al que ya se hizo alusión anteriormente, se compone de dos párrafos conteniendo las posibles acciones de aquel que pretende el saneamiento de vicios ocultos:

Artículo 1486

En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

Una de las principales ventajas que ofrece el saneamiento por vicios ocultos es la obtención de una rebaja proporcional del precio, o la opción de desistir del contrato, sin exigir una carga probatoria excesiva. Es decir, que con el reconocimiento de los requisitos ya se estaría garantizando para el comprador una de estas dos soluciones. Sin embargo, para éste poder ver indemnizados los daños y perjuicios sufridos, debe probarse el dolo del vendedor, como indica el

segundo párrafo del artículo 1486, además de poder sólo acudir a la vía de la rescisión, tal y como ya se explicó en el apartado anterior.

El dolo, tal y como establece el artículo 1269, es aquel error provocado por una parte del contrato en la otra al emplear palabras o maquinaciones insidiosas que inducen a ésta a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera celebrado. Es uno de los cuatro tipos de vicio en el consentimiento que prevé el Código Civil, junto al error, la violencia y la intimidación.

Debido a la manera en la que está redactado el artículo 1269, podría pensarse que el dolo únicamente se aplica en aquellos casos en los que la parte contratante procede de forma activa a inducir al otro en error. Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de incluir también el dolo omisivo, es decir, *aquella reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico*, tal y como establece, entre otras, la STS 129/2010, de 5 de marzo. El dolo omisivo existirá, por tanto, si se ha tenido oportunidad de expresar dicha información, por parte del vendedor, o si se ha tenido oportunidad de averiguar dicha información, por parte del comprador; y, sin embargo, no se ha producido la transmisión de los datos.

Es un dolo bastante complicado de probar si ha existido un proceso de Due Diligence, precisamente porque se asume que el comprador ha tenido la oportunidad de informarse acerca de defectos o vicios que pudieran recaer sobre el objeto del contrato, y la no obtención de esa información puede serle imputable por falta de diligencia al realizar este proceso. Esta falta de diligencia provoca que el error sobre el consentimiento en el que incurre el comprador se califique de inexcusable, es decir, aquel que ha podido ser superado si se hubiese actuado con la suficiente atención y cuidado¹¹.

El Código Civil no exige que para darse error en el consentimiento este haya sido excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia. Se pretende, de esta manera, únicamente dar protección a aquellos sujetos que realmente han actuado con la diligencia debida y aun así han sufrido un vicio

¹¹ Entiéndase la diferencia entre error y dolo. En el caso del error, el vicio del consentimiento del contratante se da por su propia equivocación, sin que haya intervenido ningún tercero. En nuestro caso, Aussie LTD incurriría en error causado por su propia negligencia al no advertir en el proceso de DD los desperfectos en los vehículos. Sin embargo, si la mercantil australiana no hubiera dado cuenta de las contingencias por una ocultación activa de las mismas por parte del Sr. García, estaríamos ante un vicio provocado por dolo. En la práctica, son figuras muy parecidas, puesto que el vicio causado por el dolo no deja de ser un error; únicamente, inducido por la otra parte contratante. El vicio en el consentimiento se produce en ambas situaciones y el perjudicado decide contratar sin conocer la verdadera realidad; la diferencia radica en que, en caso de dolo, este error es provocado, mientras que en el supuesto del error en puridad, proviene de la mera negligencia del contratante.

en su consentimiento, y no incluir a quien padece un error que surge por su propia conducta negligente.

En el caso que nos ocupa, por tanto, encontramos dos posturas claramente enfrentadas: de un lado, Aussie LTD, quien realizó un proceso de Due Diligence aparentemente exhaustivo; de otro, el Sr. García, quien proporcionó toda la información necesaria al inversor para la realización de este procedimiento.

Como se ha mencionado anteriormente, el dolo *per se* no implica que pueda accionarse un saneamiento por vicios ocultos; pero sí que ayudaría a considerar el desperfecto como ocultado, de forma activa, por el vendedor y en perjuicio del comprador. Por ello, en este caso a Aussie LTD le interesaría sobremanera que se diese por probado el dolo del Sr. García, no solo por la posibilidad de exigir indemnización por daños y perjuicios como indica el artículo 1486 del CC, sino porque sería un argumento favorable a sus pretensiones.

En esta situación, consideramos muy improbable que se diese por probado el dolo del Sr. García debido a las circunstancias bajo las que se desarrolló la DD. Aussie LTD tuvo acceso a las instalaciones de Car4u y a toda la información sobre la compañía, que el Cliente le proporcionó en cumplimiento de sus obligaciones de forma diligente. Muy posiblemente los Tribunales considerasen esta actuación como un error inexcusable por parte de Aussie LTD, quien, teniendo todos los medios necesarios, no actuó de forma debida para poder formar correctamente su propia voluntad de adquirir las participaciones.

Por otra parte, ya que venimos examinando el dolo desde el punto de vista del saneamiento por vicios ocultos, no podemos dejar de mencionar la acción de nulidad del contrato a falta de cualquiera de sus elementos esenciales, como es el consentimiento. Entonces, ¿sería compatible instar la acción de nulidad con la de saneamiento de vicios ocultos?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es tajante en este frente, la cual queda recogida de forma muy clara en la SAP de Barcelona 289/2010, Sección 14ª, de 29 de abril. La misma confirma lo dictado por el alto tribunal, y recuerda que, tanto la acción de nulidad como la de saneamiento, proceden de la misma base, el mismo contrato. En la primera se pretende que dicho pacto se declare inválido; sin embargo, en la segunda, se parte de la premisa de que el contrato es válido, y únicamente se exige que el vendedor cumpla forzosamente con sus obligaciones, corrigiendo los vicios o rebajando el precio pagado. Esta conclusión queda resumida en el FJ 1

de la Sentencia, que indica: *[e]n el presente caso se solicita con carácter principal la resolución¹², con lo que no puede al tiempo pedirse una consecuencia de la validez del contrato.*

En definitiva, si el perjudicado escogió el cumplimiento forzoso por el que le permite optar el artículo 1124 del Código Civil mediante el saneamiento, es porque entiende que el contrato es válido a pesar de necesitar de ciertos reajustes, y no podría solicitar de forma conjunta la nulidad del pacto.

En nuestro caso, no consideramos viable que Aussie LTD acuda a la acción de nulidad del contrato por el dolo del Sr. García. Si escoge los vicios ocultos, la acción de nulidad queda automáticamente descartada (que no la de resolución, o *aliud pro alio*); además, tal y como venimos comentando, tendría que conseguir probar que el Cliente actuó de forma tan malintencionada y deshonesta (de forma activa u omisiva) que, a pesar de todos los esfuerzos de la mercantil en la DD, le fue absolutamente imposible obtener la información más completa y veraz posible. Esta hipótesis, como es lógico, apenas tiene posibilidades de triunfar.

A la hora de considerar el saneamiento por vicios ocultos, la conclusión sería la misma. Aussie LTD bien podría instar la acción redhibitoria o la acción *quanti minoris*, pero únicamente si escogiese la primera y pudiese probar el dolo del Sr. García, podría ver indemnizados los perjuicios sufridos.

A mayor abundamiento, el plazo de esta acción es de caducidad y de tan solo 6 meses desde la entrega de la cosa vendida; el contrato de compraventa fue firmado el 15 de febrero de 2020, habiendo transcurrido más de un año en la actualidad, por lo que no sería posible que instara esta acción¹³.

Así las cosas, si Aussie LTD plantease la acción por saneamiento de vicios ocultos, las posibilidades de éxito serían escasas, lo cual es positivo para el Cliente. Sin embargo, el hecho de que no se cumplan los presupuestos de esta acción no implica que no pudiese ejercerse el *aliud pro alio*. De hecho, los Tribunales confunden muy a menudo estas dos figuras, y es posible

¹² En la SAP comentada se solicita la nulidad y resolución y, subsidiariamente, el saneamiento; por eso, el Tribunal utiliza la palabra “resolución” aun refiriéndose a la acción de nulidad, que es el ámbito al que nos estamos limitando al entender como incompatibles las acciones. Es importante realizar esta distinción debido a que también es jurisprudencia consolidada del TS la doctrina que declara la compatibilidad del saneamiento con la acción de resolución contractual. Esta doctrina entiende que por el hecho de instar una acción de saneamiento no se elimina la posibilidad de acudir a la resolución general; eso sí, el vicio debe tener la suficiente entidad como para poder resolver el contrato. En este sentido se pronunció, entre otras, STS 368/2019, de 27 de junio.

¹³ Los plazos procesales, así como los de prescripción y caducidad, quedaron suspendidos mediante las disposiciones adicionales segunda y cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Mediante el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, se reanudaban los mismos con efectos desde el 4 de junio de 2020. Aun así, a fecha de elaboración del presente informe, también se entienden transcurridos los 6 meses de plazo contados desde esta segunda fecha.

encontrar cuantiosa jurisprudencia que, cuando considera que no procede la aplicación del saneamiento por vicios ocultos, procede a emplear la doctrina *aliud pro alio* (incluso cuando el demandante no la ha solicitado ni mencionado), y termina resolviendo a favor del comprador.

Consideramos que defenderse de una acción *aliud pro alio* sería mucho más complicado para el Sr. García, puesto que los requisitos para su ejercicio son más generales y permitiría, de forma menos restrictiva que en los vicios ocultos, la solicitud de resarcimiento por daños y perjuicios causados¹⁴. Aunque no consideramos que Aussie LTD pretenda ejercer esta acción, como acabamos de decir los Jueces y Tribunales sí podrían tenerla en cuenta; la defensa en este caso sería la misma explicada en la pregunta 3.1. del presente informe, relativa al incumplimiento contractual, por lo que nos remitimos a la misma.

Así, concluimos:

Como puntos a favor de la viabilidad de una acción de saneamiento por vicios ocultos (Aussie LTD), esta vía sería indudablemente adecuada en caso de que la compraventa se considerase como *asset deal*. Su plazo de ejercicio es de tan solo 6 meses y de caducidad, el cual consideramos que ha transcurrido a la fecha del presente informe. Sin embargo, un Tribunal podría reconocer la doctrina *aliud pro alio* aunque Aussie LTD solicitase el saneamiento, cuyo plazo es más amplio y presenta notables ventajas, como es la posibilidad de solicitar una indemnización sin necesidad de probar el dolo del vendedor. Esta acción tendría mayores probabilidades de éxito.

Como puntos en contra de la viabilidad de una acción de saneamiento por vicios ocultos (Sr. García), es muy probable que dicha acción fuera rechazada por encontrarse fuera de plazo y porque no todos los requisitos se reconocerían como cumplidos. Incluso en el caso de su aceptación, el Sr. García muy probablemente no tendría que abonar ninguna indemnización; el dolo en esta situación es muy difícil de probar, debido a que ha habido un previo proceso de Due Diligence y podría entenderse que Aussie LTD ha actuado negligentemente al no dar cuenta de las contingencias de los vehículos. En este caso, el error en su consentimiento se consideraría excusable.

¹⁴ Recordamos aquí que, para que se considere un incumplimiento contractual y, por tanto, poder reconocer la aplicación de la doctrina *aliud pro alio* en el caso que nos ocupa, deberá incumplirse, por alguna de las partes contratantes o por ambas, las obligaciones a las que se hubiesen comprometido en el pacto. Para conocer qué obligaciones tienen, hay que acudir al objeto del contrato, que en caso de Aussie LTD y Car4u no ha quedado definido, tal y como expusimos anteriormente en el informe. Por ello, la posible aplicación de esta acción dependerá de la decisión a la que llegasen los Tribunales sobre el objeto del contrato de compraventa.

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

Como hemos mencionado anteriormente, para la elaboración del presente informe se ha partido de la premisa de que tanto Aussie LTD como el Cliente realizaron el proceso de DD con la diligencia debida. Sin embargo, la mercantil australiana descubrió, pocos días después de haber firmado la compraventa, que parte de la flota de vehículos de Car4u estaba averiada. Por ello precisamente ha surgido esta controversia y nos encontramos analizando la viabilidad de una acción de saneamiento por vicios ocultos.

Los argumentos en contra que ha planteado Car4u son la exhaustividad de la DD realizada y la condición de perito de Aussie LTD, por lo que pasaremos a analizarlos de forma conjunta, centrándonos más en el segundo argumento al haber comentado ya el proceso de Due Diligence anteriormente.

El artículo 1484, en su segunda mitad, contempla que el vendedor *no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos*. De esta manera, si Aussie LTD fuera considerado como un perito, el Sr. García no deberá responder de los defectos de los vehículos.

Para conocer exactamente a qué se refiere este artículo con el término “perito”, es necesario acudir a la jurisprudencia, que ha desarrollado el concepto contextualizándolo en las reclamaciones por vicios ocultos. Así, la expresión “perito” no debe ser entendida de forma literal, es decir, aquella persona que cuenta con un título de experto o entendido en una determinada disciplina; sino que será considerado como tal aquel que, por su ámbito profesional de actividad, presente cualidades que le permitan obtener un conocimiento acerca de ciertos objetos o elementos notablemente superior al de un individuo externo a dicho terreno.

En nuestro caso, Aussie LTD es un fondo de inversión, uno de los diez más grandes del mundo, y que ya ha invertido en el negocio del *car sharing* en otras cuatro compañías dedicadas al mismo, por lo que no es un mercado desconocido para la mercantil, no es un particular que pretende invertir en una sociedad como Car4u. El objetivo de un fondo como Aussie LTD es, precisamente, sacar rendimiento de aquellas sociedades en las que pretenden invertir, por lo que

es fácilmente presumible que conoce perfectamente el funcionamiento no solo del tráfico económico en general, sino también del mercado del *car sharing* en particular.

Por ello, además, la diligencia debida que se le exige a Aussie LTD a la hora de operar como fondo de inversión es notablemente superior a la normal, que podría consistir en la mera solicitud de información financiera o administrativa de Car4u para contar con una idea general de la sociedad antes de proceder a la compra de participaciones; más aún, la decisión de adquirir las participaciones surgió de la mercantil australiana, por lo que, al ser la principal interesada en que la compraventa se desarrollase de forma adecuada, el nivel de efectividad y diligencia con el que debían de actuar dependía de ella.

En este punto surge la (lógica) cuestión de saber si la Due Diligence realizada fue exhaustiva o no, precisamente porque el nivel de diligencia debida que se exige es superior al habitual para Aussie LTD. Sin embargo, traer a colación de nuevo este asunto volvería a transportarnos a la discusión ya analizada en el apartado anterior relativa al posible dolo del Sr. García, por lo que nos remitimos al mismo en este extremo.

En esencia, la existencia o ausencia de dolo sería relevante a los efectos de poder concluir si la Due Diligence fue realizada de forma exhaustiva o no. A Aussie LTD le interesaría que existiese dolo en la ocultación de los defectos de los vehículos, pues probaría que, a pesar de haber realizado el proceso de DD de la forma más completa y diligente posible, no fue capaz de hallar contingencias precisamente por la ocultación activa del Sr. García. Por el contrario, al Sr. García le interesa que se declare la inexistencia de dolo, pues de esa manera podría argumentar la falta de exhaustividad en la Due Diligence de Aussie LTD, ya que falló a la hora de examinar algo tan básico como los activos esenciales de Car4u.

Así, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, entendemos que Aussie LTD sí debe ser considerado perito, puesto que su experiencia no solo como fondo de inversión, sino en el mercado del *car sharing*, debería haber sido suficiente para que aplicara la diligencia debida en la realización de la DD, especialmente en el examen de una parte tan esencial de Car4u como son los vehículos, activos a través de los cuales se presta el servicio.

A pesar de que esta conclusión sea, aparentemente, favorable para el Cliente, la condición de perito de Aussie LTD como argumento en contra de una posible acción de vicios ocultos debe ser utilizada con mucha cautela. Esto es porque, de cierta forma, el Sr. García estaría admitiendo que conocía los desperfectos de los vehículos, puesto que él también, como empresario del sector de *car sharing*, sería considerado un experto en la materia. Los Tribunales podrían llegar a considerar esta defensa como incongruente, ya que el Sr. García estaría exigiendo a Aussie LTD

un nivel de diligencia determinada para haber sido capaz de detectar estas contingencias, mientras, al mismo tiempo, alega el desconocimiento de las mismas, que se han producido en el seno de su propia compañía y bajo su supervisión.

Esta conducta puede resultar ilógica si anteriormente se ha alegado la falta de dolo del vendedor, y se estaría reforzando la postura de la mercantil australiana a la hora de argumentar una posible ocultación deliberada de los vicios.

Es por ello que, en lugar de convertirlo en el alegato principal del Cliente, recomendamos no otorgarle tanto protagonismo y relegarlo a un segundo plano, puesto que consideramos que el Sr. García cuenta con argumentos suficientes para que no se reconociera la posibilidad de ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos¹⁵.

Otra de las vías posibles para desviar el punto de mira respecto a quién debería responder de los defectos de los vehículos sería plantearse la posible responsabilidad de los asesores que realizaron el proceso de Due Diligence. A pesar de que Aussie LTD no podría ejercitar una acción de saneamiento por vicios ocultos contra ellos (puesto que no han sido parte del contrato de compraventa), merece dedicarle un breve análisis en cuanto a la posible reclamación por daños y perjuicios sufridos; esta alternativa no solo sería beneficiosa para la mercantil australiana al contar con más opciones a la hora de reclamar un resarcimiento (lo que es, como se ha comentado anteriormente, la opción más interesante para la sociedad), sino también para el Sr. García al dejar de ser el único posible demandado.

El primer frente que hay que aclarar es la naturaleza de la relación contractual entre Aussie LTD y los asesores; se trata de un arrendamiento tal y como lo describe el artículo 1544 del Código Civil:

Artículo 1544.

En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.

La diferencia entre el arrendamiento de obra y servicio siempre ha sido una cuestión muy debatida. La diligencia exigida para el arrendador, y su posible responsabilidad frente al arrendatario, varía notablemente en función de la naturaleza de dicho contrato. Así, en el arrendamiento de obra, no se contrata ni se obliga a obtener un resultado concreto y determinado, sino que su objeto se limita al desarrollo de la actividad pactada. De esta manera, las partes

¹⁵ Por ejemplo, la falta de diligencia debida en la DD de Aussie LTD, o el incumplimiento de los requisitos para poder considerar el vicio como oculto, tal y como se expuso anteriormente.

cumplirán sus obligaciones si el arrendatario paga el precio cierto y el arrendador presta el servicio prometido, independientemente del resultado que se produzca posteriormente.

En el caso que nos ocupa, es bastante claro que la obligación de los asesores de realizar la Due Diligence es únicamente de servicios; el objetivo principal de Aussie LTD al contratarlos es que llevaran a cabo un examen de los aspectos económicos, productivos y de organización de Car4u, además de detectar contingencias, para poder adaptar los términos de la compraventa de participaciones a la realidad de la sociedad. Sin embargo, en ningún caso los asesores podrían garantizar un “resultado” procedente de esa DD, es decir, que la situación empresarial fuese mejor o peor, por lo que tampoco tendrían ninguna responsabilidad por las contingencias encontradas.

Dicho lo anterior, respecto de los defectos que presentaban los vehículos, sí que podrían ser considerados responsables los asesores, en el caso de que desarrollaran la Due Diligence de forma negligente incumpliendo la *lex artis* de su profesión. A la hora de determinar el alcance de la responsabilidad civil de los profesionales en la prestación de sus servicios, la jurisprudencia establece muy diversos criterios, en función del oficio de los mismos, y un nivel de diligencia exigida mayor o menor de acuerdo con la naturaleza y las circunstancias de la obligación contraída.

En nuestro caso, no contamos con los datos suficientes como para saber exactamente qué tipo de asesores fueron los contratados por Aussie LTD, lo que sería necesario para conocer el nivel de diligencia que se les exige en el terreno en el que desempeñan sus funciones. Por ello, para saber si podrían ser condenados al resarcimiento de daños y perjuicios por no haber detectado los desperfectos de los vehículos, habrá que acogerse al régimen general del Derecho de Daños, contemplado en el artículo 1101 del Código Civil, y que ya fue abordado en el apartado 3.1.2. de este informe.

En consecuencia, no analizaremos en profundidad el cumplimiento de los requisitos exigidos; nos limitamos a recordar que, en el caso de obtener el resarcimiento Aussie LTD mediante esta vía, ya no podría exigir una indemnización al Cliente a través de la acción de vicios ocultos, lo que sin duda reduciría más todavía la posible aplicación de esta acción ya que no sería interesante para Aussie LTD instarla.

Volviendo a los argumentos de la exhaustividad de la DD y la condición de perito de Aussie LTD, y para cerrar este apartado, consideramos que la atención y el esmero con el que Aussie LTD haya realizado la Due Diligence realmente no podría utilizarse como argumento, puesto que el texto del artículo 1484 indica que, en el caso de ser un perito experto el comprador, el vendedor no responderá de ningún vicio, oculto o no.

Al haber concluido que Aussie LTD efectivamente es un sujeto experto, debido a su experiencia en el mercado del *car sharing* y como fondo de inversión en general, el Sr. García no debería responder de los defectos de los vehículos, independientemente de si los mismos se encontrasen ocultos o a la vista.

Por todo ello, consideramos que las probabilidades de éxito de una acción de saneamiento de vicios ocultos instada por Aussie LTD en base a los dos motivos expuestos serían ínfimas, y resultaría más eficaz acudir directamente a la vía del incumplimiento contractual general.

Así, concluimos:

Como puntos a favor de considerar a Aussie LTD como perito y de entender la DD como exhaustiva (Sr. García), entendemos que es muy posible que un Juez determinara que efectivamente la mercantil australiana es un sujeto con un conocimiento en el mercado del *car sharing* superior al de alguien ajeno al mismo. Esta consideración eliminaría la responsabilidad del Sr. García por las contingencias halladas, independientemente de la existencia de una actuación dolosa. Si además Aussie LTD plantease instar acciones contra los asesores que realizaron la DD, el Cliente ya no sería el único demandado y se reduciría la posibilidad de que tuviera que abonar una indemnización.

Como puntos en contra de considerar a Aussie LTD como perito y de entender la DD como exhaustiva (Aussie LTD), la mercantil australiana podría alegar que el Sr. García conocía los desperfectos y los ocultó deliberadamente; y ello porque estaría exigiendo una diligencia determinada a Aussie LTD que él mismo no cumplió, al no haber sido capaz de detectar las contingencias en los activos que supervisaba a través de Car4u. Además, Aussie LTD puede plantearse la posible responsabilidad de los asesores que contrató para la Due Diligence, lo que aumenta sus posibilidades de verse resarcida en los daños y perjuicios sufridos.

4. CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

El mismo día de la firma del contrato de compraventa, el 15 de febrero de 2020, Car4u toma un préstamo bancario que establecía el pago de intereses de forma mensual y el pago del principal de forma bianual, en junio y en diciembre. Sin embargo, debido a la declaración del estado de alarma en España el pasado 14 de marzo de 2020, que trajo consigo un confinamiento de la población, el negocio del car sharing se resintió notablemente, lo que provocó una evidente disminución de los beneficios obtenidos por Car4u. Esta situación económica desfavorable ha afectado a la compañía hasta muy recientemente.

Es por ello que, ante la falta de liquidez de Car4u, que ha provocado la imposibilidad de la sociedad de hacer frente al pago del préstamo, se solicitan medidas cautelares inaudita parte para suspender durante un año el pago de los intereses mensuales, así como el pago bianual de las cuotas del principal, basándose para ello en la cláusula *rebus sic stantibus* (de ahora en adelante, “cláusula *rebus*”).

En este segundo bloque conceptual se abordarán las preguntas relativas a la aplicación de la cláusula *rebus* con motivo de la crisis del COVID-19. Para ello, antes de comenzar a desarrollar las cuestiones en sí, es necesario introducir el concepto y el ámbito de aplicación que ha venido teniendo esta cláusula en el Derecho español, así como la evolución jurisprudencial que ha propiciado la concreción de los requisitos exigidos para su reconocimiento, y la interpretación que debe realizarse de cada uno de ellos.

Posteriormente, una vez se haya obtenido una noción general de lo que entraña esta cláusula, se procederá a abordar las dudas planteadas con el Cliente en relación al contrato de préstamo bancario, y al contrato de arrendamiento de las oficinas de Car4u, estudiando la posible aplicación de la cláusula *rebus* a este tipo de pactos.

Se ha decidido utilizar esta estructura en este bloque por la materia de la que se trata, considerando más práctico contar con una primera aproximación más teórica de la cláusula *rebus* para poder, a continuación, resolver las cuestiones planteadas de la forma más práctica posible.

4.1. Análisis jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*

4.1.1. Concepto y ámbito de aplicación

La cláusula *rebus* no se encuentra regulada en el ordenamiento español, sino que es de construcción exclusivamente jurisprudencial y doctrinal. Con carácter general, el Tribunal

Supremo admite que la cláusula puede aplicarse si concurren los requisitos necesarios; éstos se refieren a la alteración de las circunstancias al momento de cumplir con las obligaciones contractuales (de tal forma que se incremente el riesgo de cumplimiento del contrato), a la imprevisibilidad de esta situación, y a una desproporción entre las prestaciones de ambas partes del contrato. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre ha acogido favorablemente la aplicación de la cláusula, como estudiaremos en este apartado introductorio.

En esencia, pues, la cláusula *rebus sic stantibus* entra en escena en aquellas situaciones en las que, de forma imprevista, acontecen hechos extraordinarios que tienen como resultado la ruptura del equilibrio entre las partes. De esta manera, para restaurar la proporción de las prestaciones de los contratantes, se modifican las características del contrato.

Al contrario que las regulaciones de las obligaciones contractuales presentes en otros países europeos, el Derecho español no contempla de forma concreta una posible vía de revisión o actualización del contrato por circunstancias sobrevenidas. Es posible encontrar algunas previsiones legales que sí atienden a las modificaciones de las condiciones bajo las que se pactó, pero siempre referidas a situaciones puntuales, y es por ello que se hace patente, más aún tras la situación vivida por la pandemia, la necesidad de contar con una figura jurídica que haga las veces de régimen general en el que apoyarse en estos supuestos.

La cláusula *rebus sic stantibus* (cuyo significado es “estando así las cosas”) se presenta como una suerte de interpretación o flexibilización del principio *pacta sunt servanda* (“los pactos deben cumplirse”). No es extraño encontrarse con autores y resoluciones judiciales que contemplan la cláusula *rebus* como una ruptura o una exclusión a este principio; sin embargo, a nuestro juicio, esta concepción es errónea, y es precisamente esta mentalidad la que ha motivado principalmente la escasa disposición de los Tribunales a reconocer la aplicación de la cláusula. Tal y como afirma la STS 333/2014, de 30 de junio, a la que volveremos más adelante, su utilización con el principio es compatible siempre y cuando se realice con prudencia, puesto que no deja de ser una figura un tanto “peligrosa”¹⁶.

El principio *pacta sunt servanda* es un principio fundamental del Derecho civil español, ya que implica la vinculación de las partes una vez se haya perfeccionado el contrato; y, además, aboga por la seguridad jurídica, debido a que, en esencia, dicho pacto seguirá obligando incluso

¹⁶ La cláusula *rebus* ha sido considerada históricamente, y a día de hoy aún lo es por numerosos autores y parte de la jurisprudencia, como una figura que perturba los pilares esenciales sobre los que se asienta el Derecho Civil español. Una vez el contrato es firme, obliga a las partes a cumplir lo pactado, y la modificación de estas obligaciones (además, con efectos retroactivos) afecta al tráfico y a la seguridad jurídica. Es por ello que esta cláusula tiene tantos detractores, aunque poco a poco va abriéndose hueco en el panorama jurídico español. En el presente informe realizaremos un análisis lo más completo posible, sin detenernos en exceso en las múltiples posturas y teorías diferentes al respecto.

si se dan circunstancias sobrevenidas. Este principio queda reflejado a lo largo de todo el Código Civil en multitud de artículos, pero principalmente se manifiesta en 3 de ellos:

Artículo 1091

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.

Artículo 1256

La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Artículo 1278

Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

La compatibilidad de este principio con la cláusula *rebus* necesita, lógicamente, de una ponderación; se trata, como se ha mencionado más arriba, de flexibilizar esta exigencia rígida de cumplimiento de obligaciones contractuales bajo cualquier circunstancia, y que las partes asuman que las condiciones que propiciaron la formalización del contrato ya no son las mismas. En palabras del jurista Joan Buades Feliu, “*se trata de evitar litigios en los que los litigantes adoptarán posturas maximalistas para defender sus intereses y ello a pesar de ser conscientes de que la situación por la que atravesamos exige una reconsideración, un «stop and go», un parar, reflexionar, negociar y seguir*”.

Si no se contemplara la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus*, y el Derecho se escudase tras una utilización férrea del principio *pacta sunt servanda*, las consecuencias que sufriría la sociedad en tiempos de crisis (económicas, o sanitarias como la del COVID-19) podrían ser, sin duda, perniciosas. Muchos contratos serían totalmente imposibles de cumplir, ineficaces o desproporcionados, lo que tendría un impacto negativo en el tráfico jurídico al convertirse el ordenamiento español, a nuestro parecer, en excesivamente severo.

Por ello, a pesar de no contar con una regulación general, la cláusula *rebus* suele ser descrita como una modificación extensiva del artículo 1258 del Código Civil, relativo a la teoría general contractual:

Artículo 1258.

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.

Aun con todo, el reconocimiento de la cláusula *rebus* hoy en día no es la norma general, y los Jueces y Tribunales consideran la misma siempre de forma subsidiaria, pues no deja de ser una excepción, por la aparición de circunstancias sobrevenidas, a la aplicación ordinaria de la normativa contractual. Por ello, son precisamente los Jueces y Tribunales los encargados, analizando las circunstancias específicas caso por caso, de tomar la decisión acerca de la posible alteración o suspensión de las circunstancias del pacto.

4.1.2. Evolución jurisprudencial

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por la jurisprudencia ha variado notablemente desde que comenzó a ser considerada por los Tribunales. Ha experimentado picos de relevancia en momentos clave de la historia española, comenzando con los años de posguerra a mediados del siglo XX, y continuando con la crisis de la construcción en la década de los 70 y las posteriores crisis económicas, hasta llegar a la actualidad, donde vuelve a estar en boga con ocasión del COVID-19.

A pesar de que, de forma general, es posible hablar de una apreciación histórica un tanto rígida de la cláusula *rebus*, esta afirmación debe ser matizada. No se puede aducir que la jurisprudencia haya venido negando sistemáticamente su aplicación, y de hecho podemos encontrar sentencias de principios del siglo XX que ya reconocían que esta vía, en caso de darse circunstancias sobrevenidas, es perfectamente dable. A pesar de ello, es cierto que continuaba considerándose como una doctrina bastante restrictiva, y las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en los años 40 en esta materia así lo demuestran¹⁷.

Dentro de esta línea jurisprudencial más bien severa se encuentra la STS 2164/1957, de 17 de mayo, que marcó el inicio de una nueva corriente al establecer, por primera vez, los requisitos que hoy en día continúan vigentes para poder reconocer la cláusula *rebus*. Además, esta resolución arrojó claridad sobre el ámbito de aplicación de la misma, pues hasta entonces había

¹⁷ El principal problema con las Sentencias más antiguas sobre la materia era la consideración del requisito de imprevisibilidad: en pocos casos llegaban a aceptar la situación como imprevisible, por lo que prácticamente en ninguna ocasión reconocían la cláusula *rebus*. Esto es porque se entendía que las circunstancias sobrevenidas no superaban el umbral de los riesgos tolerables que se asumen al contratar, lo que es parte inherente del pacto y, por tanto, excluye la aplicación de la cláusula *rebus*.

existido cierta confusión con otras figuras jurídicas, lo que aún hoy día restringe todavía más el uso de la cláusula.

Sin embargo, a nuestro juicio, también impidió el correcto desarrollo de la doctrina en los años venideros, pues, a pesar de haber supuesto un avance significativo en el proceso de objetivación de la cláusula, el alto tribunal continuaba tildándola de peligrosa y recordando la necesidad de ponerla en práctica con cautela. Y no solo eso, sino que, respecto a los efectos de su aplicación, la concepción tradicional negaba que esta figura permitiese resolver un contrato, aceptando únicamente que pudiese modificarlo, lo cual no hacía más que alimentar la desconfianza judicial en cuanto a su utilización.

Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XX, continuó aplicándose la cláusula *rebus* de la misma forma, siguiendo esta línea jurisprudencial marcada por una fuerte reticencia a utilizarla. Aun así, paulatinamente se fue perfilando y matizando, debiendo destacar la STS 299/1991, de 23 de abril, al ser la primera que establece la distinción entre los contratos de tracto único y los de tracto sucesivo, criterio que se ha consolidado como esencial en la doctrina actual y que expondremos más adelante.

No fue hasta que se hicieron patentes los vestigios de la crisis económica de 2008 que la cláusula *rebus* volvió a cobrar importancia, y es en este punto en el que realmente se produjo un cambio relevante en su consideración jurisprudencial. En varias de sus resoluciones, el TS reconoció la crisis como un hecho notorio e imprevisible, lo que abrió el camino para poderse plantear la utilización de la cláusula *rebus* esquivando la rigidez tradicional. A pesar de ello, las primeras sentencias a este respecto continuaban aferrándose a la corriente anterior y al respeto del principio *pacta sunt servanda*.

En este punto el TS dicta dos sentencias que supusieron un cambio fundamental en la consideración de esta doctrina, dando los primeros pasos hacia una nueva línea jurisprudencial notablemente más flexible: son las SSTS 333/2014, de 30 de junio, y 591/2014, de 15 de octubre (la segunda en desarrollo de la primera), a las que denominaremos “las Sentencias de 2014”. En ellas, el alto tribunal pretende avanzar hacia una objetivación de la cláusula *rebus* y así dejar atrás la base en la que se fundaba la misma, consistente en las reglas de equidad y justicia, concluyendo, en el FJ 1.4 de la Sentencia 333/2014, lo siguiente:

En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado. Así, en primer lugar, conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (pacta

sunt servanda), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos. Por el contrario, su aplicación [...] se fundamenta en criterios o reglas que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, [...] particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe.

El objetivo principal de estas Sentencias era el de abrir la veda para posibilitar una futura codificación de la cláusula *rebus* o, al menos, el planteamiento de su aplicación de forma normalizada y flexible, abandonando las notas clásicas que la caracterizaban de peligrosa y de admisión cautelosa. Y surtió efecto, ya que iniciaron una etapa en la que la mención y utilización de esta doctrina fue *in crescendo*, a la par que se podía observar cómo, lenta pero sin pausa, la jurisprudencia daba forma a los requisitos para su aplicación y al contexto bajo el que podía subsumirse la cláusula. Además, a pesar de que los Tribunales prefirieran su aplicación con efectos únicamente modificativos de las prestaciones contractuales, ya se reconocía la posibilidad de resolver un contrato a través de esta cláusula, lo cual dotó a la misma de mayor flexibilidad en su consideración.

No obstante, no ha sido un cambio jurisprudencial pacífico y desde las Sentencias de 2014 hasta la actualidad, el propio TS ha dictado resoluciones discordantes: unas en continuación de la corriente tradicional y rígida, y otras que siguen la nueva tendencia más flexible y objetiva. Y los razonamientos de las mismas tampoco ayudan, pues, a pesar de que se decanten por uno de los frentes, no ignoran las consideraciones doctrinales contrarias, arrojando como resultado un compendio de sentencias que reconocen implícitamente la falta de un criterio homogéneo en el TS.

4.1.3. Requisitos de aplicación de la cláusula *rebus*

Afortunadamente, la consideración de los requisitos exigidos para la aplicación de esta figura es uniforme. Se han mantenido estables desde que la STS 2164/1957 los reconocía por primera vez, aunque algunos de ellos han sido reinterpretados o flexibilizados. En este apartado los analizaremos para entender cuál es la interpretación que se debe hacer de cada uno de ellos, y así, posteriormente, poder resolver de la forma más completa posible las preocupaciones del Cliente.

1) Tipología de la relación contractual

La premisa fundamental que debe darse irremediamente a la hora de considerar la aplicación de la cláusula *rebus* es la existencia de un periodo de tiempo suficiente entre la

perfección del contrato y el momento en el que las obligaciones que derivan del mismo son exigibles. Esta exigencia se da porque, precisamente, es en esa horquilla temporal en la que deben surgir las circunstancias sobrevenidas que alteran el equilibrio entre las partes. Por ello, la jurisprudencia reconoce la aplicación de esta figura únicamente en dos tipos de contratos con esta característica:

- Contratos de tracto sucesivo: son aquellos en los que el cumplimiento de las obligaciones es reiterado a lo largo de un periodo de tiempo concreto, bien siendo una sola prestación continuada, bien mediante una sucesión de prestaciones periódicas.
- Contratos de tracto único con ejecución diferida: son aquellos en los cuales la prestación es única y debe realizarse en un solo momento temporal. Sin embargo, la ejecución diferida implica que la obligación se cumplirá transcurrido un periodo de tiempo desde la perfección del contrato.

En contratos de tracto único con ejecución instantánea, en cambio, la cláusula *rebus* no podría aplicarse, ya que no se da este lapso de tiempo necesario para que las condiciones de contratación sean alteradas.

Así pues, cuanto más distancia temporal exista entre el perfeccionamiento del contrato y la exigencia de cumplimiento de las prestaciones, mayor será la posibilidad de que aparezcan circunstancias sobrevenidas que alteren la situación de las partes.

2) Circunstancias sobrevenidas

Las circunstancias sobrevenidas necesitan, por fuerza, aparecer tras la perfección del contrato, cambiando de esta manera el panorama bajo el que se pactó en un inicio. No es posible, por lo tanto, pretender la aplicación de la cláusula *rebus* a aquellas situaciones que ya convivían con los contratantes al momento de pactar, incluso en el caso de que las partes no las conocieran, pues en ese caso nos situaríamos en un plano totalmente diferente, el del incumplimiento general contractual y sus remedios (por ejemplo, mediante la vía de saneamiento por vicios ocultos), tal y como se explicó en el anterior bloque de este informe.

En este sentido se pronunció la STS 807/2012, de 27 de diciembre, en su FJ 4:

Ninguno de estos presupuestos se da en el presente caso, no fue un hecho imprevisible posterior, sino una discordancia entre realidad registral y extraregistral, que, lejos de ser

imprevisible, la sociedad demandante que otorgó la dación en pago, tenía conocimiento de la misma para la que incoó un expediente de mayor cabida.

3) Circunstancias imprevisibles/extraordinarias

Además de que las circunstancias sean sobrevenidas, deben ser también imprevisibles, es decir, que las partes del contrato no pudiesen vaticinar este cambio de situación. La imprevisibilidad, en palabras del jurista Manuel Albaladejo, es “*la imposibilidad de representarse razonablemente, es decir, según un criterio de lógica común, el acontecimiento, como evento verificable entre la celebración y ejecución del contrato*”¹⁸.

La posición de la corriente jurisprudencial tradicional ha venido exigiendo la imprevisibilidad como un elemento esencial para poder valorar el cambio de las circunstancias y, por ende, aplicar la cláusula *rebus*. El examen de este requisito, sin embargo, no puede ser realizado de forma abstracta, lo que es parte del proceso de objetivación que mencionamos en el apartado anterior y sobre el que se basa la doctrina más flexible. De hecho, la segunda de las Sentencias de 2014 utiliza el ejemplo de una crisis económica: su naturaleza cíclica no implica que una persona media deba saber reconocer su previsibilidad (lo que resultaría de un análisis abstracto de este requisito), sino que habrá que atender a las concretas circunstancias de cada caso, a la distribución de los riesgos del contrato y, en definitiva, a la diligencia de cada una de las partes a la hora de haber sido capaces de actuar en la previsión de estos cambios.

La cuestión que la jurisprudencia no tiene del todo claro es cómo encajar la nota de extraordinariedad en este requisito, es decir, si las circunstancias, además de ser imprevisibles, deben ser extraordinarias. Históricamente, imprevisibilidad y extraordinariedad se han presentado como un mismo concepto y se venían utilizando ambos términos indistintamente, y es por eso que ha resultado algo complicado diferenciarlos, especialmente en el contexto de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Se distinguen, básicamente, en que la imprevisibilidad tiene carácter subjetivo, por cuanto debe ser puesta en contexto con el caso concreto del que se trate, tal y como acabamos de mencionar al hablar del cambio de doctrina en cuanto a su anterior consideración en abstracto.

Por su parte, la extraordinariedad es objetiva, ya que se refiere a una situación que ocurre muy rara vez y no necesita del criterio de la previsión de los contratantes para darse. Así, podemos entender que la extraordinariedad se refiere a, objetivamente, aquello que sucede muy

¹⁸ El criterio de lógica común es el referido al que tendría la “persona media”, que según Luis Díez-Picazo, es aquella persona ni especialmente previsora, ni especialmente imprevisora, ni indebidamente optimista o pesimista.

infrecuentemente, mientras que la imprevisibilidad habla de situaciones que, frecuentes o no, no se espera que ocurran.

De esta manera, no todo lo extraordinario tiene que ser, necesariamente, imprevisible; puede ser que no ocurra con frecuencia, pero que tampoco fuese un evento inesperado. A su vez, no todo lo imprevisible es extraordinario, aunque es más común que concurren ambas en este tipo de supuestos. En este sentido, señala Ana Isabel Berrocal, de forma muy ilustrativa:

Una guerra, una catástrofe natural, incluso la actual crisis económica [no referida a la del COVID-19], son factores extraordinarios, aunque muchos de ellos previsibles. Del mismo modo, no todo lo imprevisible -como la muerte temprana de una persona- es per se extraordinario. Si bien, lo extraordinario es más difícil de prever y evitarse.

La tesis tradicional de la cláusula *rebus* no realiza ninguna distinción entre lo imprevisible y lo extraordinario. Exige ambos requisitos, pero el segundo se diluye en el primero, dando a entender que la situación imprevisible debe ser, en todo caso, extraordinaria: no solo inesperada y repentina, sino también poco habitual.

Por otro lado, la corriente más moderna es la que separa estas dos notas características, a pesar de reconocer su evidente conexión. Esta posición entiende que deben darse ambos requisitos de forma cumulativa, aunque flexibiliza esta exigencia, ya que podemos encontrar alguna sentencia que, a pesar de reconocer la situación como previsible, da por cumplido el requisito al ser la misma extraordinaria.

Hoy en día, la jurisprudencia levanta más o menos la mano en la aplicación de estos requisitos dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto y de si concurren más elementos para poder considerar la cláusula *rebus*. Si hay otras razones para rechazar la utilización de la figura, la imprevisibilidad no causa problemas; sin embargo, si es el argumento del que depende el reconocimiento de la cláusula *rebus*, el Tribunal Supremo busca apoyo en la distribución del riesgo del contrato, la diligencia de las partes y sus condiciones personales, como analizaremos en el siguiente apartado.

4) El riesgo como parte no inherente del contrato y la no imputación del riesgo

Cuando los Jueces y Tribunales han venido analizando la aplicabilidad de la cláusula *rebus*, especialmente aquellos que siguen la corriente flexible, el requisito de la imprevisibilidad ha sido puesto en relación con la distribución de riesgos de las partes en el contrato, así como con la

propia diligencia de los contratantes al haber debido o podido prever (y, en ciertos casos, evitar) el desencadenamiento de las circunstancias sobrevenidas.

Por ello, es ciertamente relevante establecer la distinción entre la imprevisibilidad y la mera imprevisión, o el hecho imprevisible y el hecho imprevisto. En relación al primero nos acabamos de pronunciar, y se refiere a aquello que las partes, bajo el estándar de una persona media, razonablemente no pudieron prever. Por su parte, el hecho imprevisto debe determinarse según el comportamiento de los contratantes al pactar, es decir, la distribución de riesgos que hayan realizado en el contrato, así como su propia actuación diligente o negligente; si una circunstancia es un hecho imprevisto es porque, diligentemente, se pudo vaticinar su desencadenamiento.

Así, el hecho imprevisible, o la imprevisibilidad, es un concepto abstracto y no entra a examinar la actuación concreta de las partes, como sí se hace al considerar la mera imprevisión, o el hecho imprevisto.

Esta explicación nos es familiar, porque es precisamente la que hemos desarrollado al hablar del requisito anterior. Son conceptos complicados de entender cuyas principales diferencias son teóricas más que otra cosa; así, podemos concluir que:

- La doctrina tradicional de la *rebus* considera la imprevisibilidad de forma abstracta y únicamente la compara con la capacidad de previsión de una persona media para saber si podría aplicarse la cláusula o no.
- La doctrina moderna es más flexible, y analiza la imprevisibilidad de forma subjetiva, es decir, según distribución del riesgo del contrato, la diligencia de las partes y sus condiciones personales en cada caso concreto y no de forma abstracta. Esto es, realmente, la mera imprevisión, que queda diluida dentro del concepto de imprevisibilidad y aplicada con mayor flexibilidad por esta corriente al aplicar la cláusula *rebus*.

En este apartado, pues, nos centraremos en explicar, de forma concisa, en qué consiste la teoría del riesgo contractual y cuál es el estándar de diligencia que se ha venido reconociendo para poder aplicar la cláusula *rebus*, pues no pretendemos repetir conceptos ni ahondar en discusiones eminentemente teóricas sin excesivo recorrido en su aplicación práctica¹⁹.

¹⁹ La conclusión alcanzada en este sentido es que la propia jurisprudencia no ha diferenciado todos estos conceptos y siguen entendiéndose como estrechamente relacionados (y ello cuando no se afirma que son la misma idea). Han sido los diferentes autores doctrinales y juristas quienes han perfilado estas nociones; sin embargo, como ya se ha mencionado, las resoluciones judiciales no siguen una línea clara y es por ello que estas discusiones abstractas no siempre tienen un impacto relevante en la práctica. Aun así, considerábamos necesario realizar una breve explicación para poder abordar la defensa del Cliente de la manera más clara y completa posible.

El riesgo contractual debe ser puesto en relación con el principio *pacta sunt servanda*. De esta manera, el riesgo será cualquier contingencia que altere las prestaciones inicialmente previstas por las partes en el contrato, y a las que las mismas se habían obligado, en principio, aunque concurran circunstancias sobrevenidas.

Es por ello que las partes son quienes delimitan cómo deben asumirse estos riesgos en caso de que se den; y si nada se ha negociado al respecto, la asignación del riesgo provendrá del tipo de pacto del que se trate o de la propia ley para saber si el mismo forma parte del *aleas* normal del contrato.

Así, para poder considerar la aplicación de la cláusula *rebus*, es necesario que esta alteración de las condiciones no se haya asignado en el contrato como un riesgo que debe asumir cualquiera de las partes. Esta idea conecta directamente con el requisito de imprevisibilidad, pues, lógicamente, no se puede pactar la asunción de un riesgo que ni siquiera se tiene en cuenta como posible a la hora de perfeccionar el contrato; ello eliminaría la noción de tal circunstancia como imprevisible y la cláusula *rebus*, por tanto, no sería aplicable.

Las características personales de los contratantes juegan un papel fundamental en el esquema de la distribución del riesgo y la imprevisibilidad/imprevisión; ello porque, si una de las partes es un profesional que, por su experiencia, debiera de haber previsto el acaecimiento de las circunstancias sobrevenidas, la consideración de éstas como imprevisibles perdería toda su fuerza y sentido. En ese caso, la actuación del contratante se encuadraría en el incumplimiento contractual, comentado en el primer bloque de cuestiones, siendo el mismo un plano teórico completamente distinto al aquí examinado.

De esta manera, los Jueces y Tribunales deberán determinar si, a pesar de no haberse establecido cuáles son las contingencias de las que cada parte se haría responsable, esos riesgos debían haber sido previstos e incluidos en el contrato, y por lo tanto les serían imputables a los contratantes²⁰. Y ello lo harán caso por caso, analizando las circunstancias concretas y el nivel de diligencia debida a cada parte de acuerdo con su conocimiento del mercado, con el tipo de contrato y con los riesgos asociados a la operación de la que se trate.

La primera de las Sentencias de 2014 se pronunció acerca de esta materia (FJ 3.2):

En efecto, la mera ausencia de esta previsión no puede ser tomada como un hecho concluyente pues, en rigor, de su silencio [de los contratantes al prever el riesgo en el

²⁰ En ese caso, se estaría actuando negligentemente o con mala fe. Como vimos anteriormente, la buena fe es la base esencial sobre la que se asienta la doctrina *rebus sic stantibus*, por lo que su aplicación sería del todo imposible dadas las circunstancias.

contrato] *tampoco se infiere directamente la asignación abstracta del riesgo sino que, por el contrario, este riesgo o alteración sobrevenida debe ser valorado conforme a la nota de imprevisibilidad de acuerdo con su alcance y su incidencia en el contexto económico y negocial en el que incide o se proyecta. De modo que, conforme a lo expuesto, **no parece que pueda imputarse dicho riesgo cuando por la transcendencia del mismo no cayera en la esfera de control de la parte en desventaja, ni razonablemente se tuvo en cuenta o se esperase que se tuviese en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato.***

Sin embargo, como venimos mencionando, las Sentencias de 2014 iniciaron la corriente de aplicación flexibilizada de la *rebus*, y en ellas el Tribunal Supremo consideró que la alteración de las circunstancias fue imprevisible, a la vez que reconocía que la parte era un profesional conocedor del sector y los riesgos empresariales.

La doctrina tradicional, por su parte, no llegaría nunca a esta conclusión, y aduciría que las contingencias no fueron imprevisibles precisamente porque pudieron ser previstas, de forma lógica y diligente, por el profesional (de nuevo, tomando en cuenta la diferencia entre la imprevisibilidad y la imprevisión).

El requisito de la distribución de los riesgos y la no imputabilidad de los mismos suele ser examinado por los Tribunales junto al de la imprevisibilidad y la extraordinariedad, lo que hace aún más difícil su análisis y el asentamiento de una jurisprudencia consolidada en materia de la cláusula *rebus*. En el caso que nos ocupa, deberá ser tenido en cuenta de forma cautelosa, puesto que no podemos saber con certeza cuál es la posición que adoptaría un Tribunal ante las circunstancias concretas de Car4u.

5) La excesiva onerosidad y la ruptura de la equivalencia de las prestaciones

En cuanto al requisito de la excesiva onerosidad también han existido multitud de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales diferentes, especialmente a la hora de delimitar el concepto respecto de otras figuras muy parecidas. Somos conscientes de que las definiciones y afirmaciones que realizaremos pueden resultar algo simples y no ahondan en todos los aspectos que podrían ser tratados; así como en el apartado anterior la diferenciación entre hecho imprevisible y hecho imprevisto era relevante, pues la volveremos a traer a colación en la resolución de las dudas del Cliente, en este no consideramos necesario analizar tan exhaustivamente cada uno de los aspectos o dimensiones (eminente, semánticas) que aun hoy día continúan debatiendo los expertos.

Uno de los requisitos esenciales para poder apreciar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es que las circunstancias sobrevenidas provoquen que una de las partes se vea en desventaja respecto de la contraria a la hora de cumplir con las prestaciones pactadas. La excesiva onerosidad rompe el equilibrio fundamental del contrato, lo que resultaría en un enriquecimiento injusto de una de las partes a costa del empobrecimiento de la otra en caso de exigir el cumplimiento de forma normal. Por ello, la aplicación de la cláusula *rebus* permite revisar el contrato posteriormente a su perfección, y restaurar la equivalencia de las prestaciones.

La excesiva onerosidad, sin embargo, no implica la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones; éstas se pueden cumplir, pero resultaría en una irrazonable desproporción en el contrato.

Si las prestaciones fuesen absolutamente imposibles de cumplir, estaríamos ante una figura jurídica diferente: la imposibilidad sobrevenida. Ésta conlleva la liberación del deudor del cumplimiento de la obligación y la correspondiente extinción automática del contrato. Aun así, no puede aplicarse nunca a deudas económicas, por la sencilla razón de que el dinero nunca desaparecerá del tráfico, por lo que no es plausible considerar esa obligación como imposible de cumplir en su sentido más estricto.

En caso de que la deuda sea económica, la jurisprudencia aplica otra figura, la frustración del fin del contrato. Así lo demuestra la STS 343/1994, de 20 de abril (FJ 2):

“La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.”

Es complicado entender la diferencia entre la frustración del fin del contrato y la excesiva onerosidad que propicia la aplicación de la cláusula *rebus*; y ello porque es posible encontrar multitud de sentencias, sobre todo antiguas, que basan la aplicación de esta cláusula en dicha frustración, cuando realmente atienden a dimensiones diferenciadas.

La primera de las Sentencias de 2014, que, como ya sabemos, inició la corriente flexible y moderna de la cláusula *rebus*, separó ambos conceptos (FJ 2.6):

Así, mientras que la resolución atiende a la quiebra o frustración de la finalidad práctica o resultado buscado por las partes, [...] la aplicación de la rebus atiende a la quiebra o frustración de la conmutatividad y onerosidad contractual sobre la que se diseñó el resultado práctico querido por las partes.

Es decir, la frustración del fin del contrato se encuadra en el plano de la resolución contractual, mientras que la excesiva onerosidad pretende restablecer el equilibrio entre las partes como consecuencia de la alteración de la base del negocio²¹, pero nunca podría extinguir el contrato bajo esta premisa; el resultado pretendido por las partes sigue siendo realizable, simplemente necesita de este reajuste.

Dejando a un lado estas cuestiones, que, como se expuso más arriba, no consideramos merecedoras de una explicación más exhaustiva, cerraremos el apartado mencionando que esta onerosidad debe ser tenida en cuenta tomando como referencia las circunstancias concretas de cada caso, el tipo de contrato que une a las partes y la actividad económica llevada a cabo por el deudor. Es decir, su valoración es cualitativa y no cuantitativa, exponiendo esta misma Sentencia que *el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas...*

6) Subsidiariedad

El requisito de la subsidiariedad refleja las tradicionales notas que caracterizan a la cláusula *rebus* de “peligrosa” y de “admisión cautelosa”, tal y como mencionamos al inicio de este bloque. Así, a pesar de que la utilización de esta doctrina se haya flexibilizado por parte de ciertos sectores de la jurisprudencia, no deja de ser de aplicación excepcional por respeto al principio *pacta sunt servanda* y a la buena fe contractual.

La cláusula *rebus sic stantibus* únicamente podrá ser invocada en aquellos casos en los que no existan otros remedios jurídicos aplicables a las circunstancias.

²¹ La pérdida o modificación de la base del negocio es la premisa en la que suele fundamentar el TS, de forma más o menos homogénea, sus resoluciones relativas a la cláusula *rebus*. Utiliza esta noción como apoyo conceptual cuando examina la ruptura de la equivalencia de las prestaciones. Básicamente, la base del contrato queda alterada cuando la finalidad esencial del mismo, tal y como la pactaron las partes, se ve frustrada por el acaecimiento de las circunstancias sobrevenidas, resultando en un desequilibrio obligacional de los contratantes. Debe ser siempre tomada en cuenta según el objeto del contrato y la voluntad de las partes al pactar.

4.2. Cuestiones planteadas por el cliente

4.2.1. *Pregunta CUATRO: ¿es posible la invocación de la cláusula rebus sic stantibus por el deudor de un contrato de préstamo, en este caso, Car4u? ¿Cuáles serían los argumentos a favor y en contra?*

Una vez contamos con un entendimiento general de la cláusula *rebus*, podemos pasar a analizar su posible aplicación en el contrato de préstamo contraído entre Car4u y la entidad bancaria el 15 de febrero de 2020.

El contrato de préstamo es una figura mediante la cual, de acuerdo al artículo 1740 del Código Civil, uno de los contratantes entrega al otro una cosa fungible o dinero para que, cuando transcurra el periodo de tiempo pactado, éste le devuelva al primero algo de la misma especie y calidad. Por su parte, el artículo 311 del Código de Comercio indica que un préstamo será mercantil si se dan dos circunstancias: que por lo menos uno de los contratantes sea comerciante, y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio.

Ante estas dos definiciones relativamente escuetas y poco concisas, es inevitable que surjan cuestiones respecto del carácter civil o mercantil de los diferentes tipos de préstamo, cuestiones que recuerdan, precisamente, a la ya comentada diferenciación entre la naturaleza civil y mercantil de los contratos de compraventa²². Sin embargo, en relación con los préstamos bancarios, no hay lugar a dudas, pues es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, y seguida por la jurisprudencia menor, que el carácter del préstamo bancario es, indiscutiblemente, mercantil. En el mismo siempre va a intervenir de forma necesaria un comerciante, es decir, la entidad de crédito, cumpliendo de esta forma el primer requisito del artículo 311 del CComercio.

Esta conclusión no solamente es patente en el plano teórico, puesto que el CComercio hace suyos este tipo de contratos y los sujeta a las disposiciones que se contienen en el mismo; sino también desde el punto de vista práctico, por el propio carácter universal e ilimitado del dinero como motor de la economía. Así, aunque un particular solicite un préstamo a una entidad bancaria con fines personales y no con intenciones de destinarlo a un “acto de comercio”, en suma ese dinero terminaría insertado, de nuevo, en el flujo circular de la renta²³.

²² Véase el bloque 3.1.

²³ El flujo circular de la renta hace referencia al movimiento que realiza el dinero dentro del tráfico económico. Relaciona las interacciones entre los diferentes agentes económicos que operan en el mercado. De esta manera, por ejemplo, si un particular solicita un préstamo para “tapar agujeros”, aunque no entre dentro de la noción tradicional de “acto de comercio”, seguiría considerándose como tal pues todas las transacciones que realizamos diariamente, independientemente de su cuantía y trascendencia, contribuyen a mantener dicho flujo (reflejo del tráfico económico) en funcionamiento.



Estas breves apreciaciones son relevantes para el caso que nos ocupa porque, en relación a la situación actual vivida por la pandemia del COVID-19 y la aplicación de la cláusula *rebus* en contratos de préstamo bancario, no existen pronunciamientos judiciales, debido al escaso periodo de tiempo transcurrido desde que se desencadenó la crisis sanitaria. El único dictado hasta la fecha y que, además, aplica esta cláusula, es el Auto 155/2020, de 30 de abril, del Juzgado de Primera Instancia nº60 de Madrid (el Auto, de ahora en adelante).

El asunto en él expuesto recuerda bastante al que nos atañe: a través de una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*, el prestatario pide la suspensión durante un año de los vencimientos del principal y los intereses del préstamo contraído. Difiere, sin embargo, en el sector en el que desarrolla su oficio el prestatario, dedicado a la construcción y a la industria del automóvil, que, a pesar de no ser actividad esencial, pudo continuar de forma parcial con la producción durante el confinamiento en marzo y abril de 2020. Sin embargo, incluso sin una paralización total de la actividad, el Juez llega a la conclusión de que la cláusula *rebus* es, sin duda, aplicable a un supuesto con tales características.

Llama la atención este supuesto debido a que fue resuelto al inicio de la pandemia, y todavía no se venía haciendo una aplicación más generalizada de la cláusula *rebus*; y más aún, se estaban dando numerosas discusiones doctrinales contrapuestas en cuanto a la consideración de la pandemia como hecho imprevisible o fuerza mayor, cuestión que entraremos a valorar más adelante. Por ello, el hecho de que contemos con un Auto que resuelve aplicando esta doctrina de forma clara, concisa e indubitada, merece especial mención.

Así las cosas, procederemos a analizar uno por uno los requisitos de la cláusula *rebus sic stantibus* en el sentido en que han sido expuestos en el análisis jurídico previo, para poder concluir si sería viable su consideración o no en el caso del préstamo contraído por Car4u.

- Tipología de la relación contractual. El contrato que une a Car4u con la entidad bancaria es de tracto sucesivo, puesto que las obligaciones del pago del principal y los intereses son continuadas a lo largo del tiempo (de forma bianual y mensual, respectivamente) y son exigibles periódicamente. Este pacto se formalizó el 15 de febrero de 2020, apenas un mes antes de que se produjera el desencadenante de la crisis sanitaria en España, que podemos considerar que fue el 14 de marzo de 2020, fecha en la que se decretó el primer estado de alarma, ya que se limitó considerablemente la libre circulación de las personas y el desarrollo normal de la actividad comercial.

El hecho de que el tiempo transcurrido en esa horquilla temporal sea suficiente para que dichas circunstancias sean sobrevenidas, imprevisibles y extraordinarias es, sin duda,

cuestionable, y es precisamente lo que discutiremos a continuación. Sin embargo, este requisito debería darse por cumplido, al ser el pacto entre Car4u y la entidad bancaria de tracto sucesivo.

- Circunstancias sobrevenidas, imprevisibles y extraordinarias. En el análisis jurídico de la cláusula *rebus* que realizamos en el apartado anterior estos requisitos fueron examinados de forma separada, a efectos de procurar una lectura más sencilla para el Cliente y una distinción conceptual que quedase lo suficientemente clara. Lo cierto es que, en la práctica, la jurisprudencia los suele analizar de forma agrupada, basándose en las evidentes conexiones teóricas que presentan.

Por ello, procedemos a examinarlos de esta manera también, remitiéndonos al análisis jurídico realizado de la cláusula *rebus* previamente en cuanto a su consideración como nociones indudablemente diferentes, y aclarando que no afirmamos ahora que se traten de la misma idea, sino que escogemos esta estructura por razones meramente de conveniencia.

A la hora de valorar estos requisitos, se debe tener en cuenta que el COVID-19 ya era un virus conocido por la población antes de la declaración del estado de alarma en España, por lo que su superveniencia es debatible, cuanto menos. Y ello porque el coronavirus comenzó a ser una realidad notoria en diciembre de 2019, por lo que la entidad bancaria podría contraargumentar, en este aspecto, que Car4u era conocedor de estas contingencias y, por ende, que no sean consideradas como sobrevenidas.

Por el contrario, desde nuestro punto de vista, este alegato es fácilmente refutable. Consideramos necesario realizar una diferenciación entre la existencia del COVID-19 como virus *per se*, y las secuelas que se han derivado de su propagación, es decir, lo que suele englobar bajo el concepto de “crisis sanitaria”. Es innegable que el virus era conocido antes del 14 de marzo de 2020; sin embargo, las nefastas consecuencias económicas, sociológicas y sanitarias sufridas a nivel global no se habían desencadenado al momento de formalizar el contrato entre Car4u y la entidad bancaria²⁴. Así, no creemos que un Juez considerase estas circunstancias como no sobrevenidas, al no darse todavía las mismas al tiempo del perfeccionamiento del contrato.

²⁴ La Organización Mundial de la Salud (la OMS) declaró el Covid-19 como emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) el 30 de enero de 2020, lo que de forma coloquial implicaría su declaración como “epidemia”. No fue hasta el 11 de marzo de 2020 que, finalmente, la calificaron de “pandemia”. Podemos considerar esta segunda fecha como el momento temporal en el que se comenzó a ver como una amenaza real que afectaría a la sociedad de forma global; sin embargo, la magnitud del impacto que realmente ha tenido, y continúa teniendo hoy en día el virus, era inimaginable.

Las circunstancias sobrevenidas, además, deben haber sido imprevisibles (y extraordinarias, siguiendo la tesis moderna de la cláusula *rebus*). Esto implicaría que ni Car4u ni la entidad bancaria hubiesen sido capaces de prever este cambio de situación, de forma subjetiva y teniendo en cuenta las características concretas de su caso en particular. De nuevo, y en línea con lo concluido sobre la nota de superveniencia, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria han entendido que el COVID-19 realmente sí constituye una circunstancia completamente imprevisible, a pesar de conocerse la existencia del coronavirus antes de la declaración del estado de alarma.

En supuestos de aplicación de la cláusula *rebus* con motivo de la crisis sanitaria se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, esencialmente, que el requisito de la imprevisibilidad siempre se cumple; y lo considera de forma abstracta, siguiendo la corriente más tradicional, entendimiento que, a nuestro juicio, es más que lógico y adecuado en este tipo de casos.

La situación imprevisible es la misma en todos estos supuestos, la pandemia del COVID-19, por lo que no se requiere de un análisis exhaustivo y casuístico en este frente. Ahora bien, este corolario no lleva aparejada la aplicación automática de una figura como es la cláusula *rebus*, que requiere de otras exigencias para su reconocimiento; únicamente “garantiza”, en cierto modo, que se perciba el contexto de la pandemia como suficiente para entender este tipo de hechos como imprevisibles.

En apoyo a estas consideraciones, y en relación a la idea de la pandemia como extraordinaria, el propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, reconoce, en su exposición de motivos, lo siguiente:

Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos.

La extraordinariedad, entendida como una situación poco habitual, es patente teniendo en cuenta las circunstancias comentadas. Es cierto que algunos autores, especialmente al inicio de la pandemia, momento en el que la incertidumbre impedía llegar a conclusiones fundadas, comparaban estas contingencias a eventos epidémicos anteriores, por ejemplo, la gripe española.

La realidad es, sin embargo, que el COVID-19 ha sido una situación tanto extraordinaria como imprevisible y sobrevenida; no existen precedentes de ninguna pandemia con estas características, de tan rápida difusión global, y con altas tasas de mortalidad, además de ser, como acabamos de examinar, absolutamente imposible de prever. En cierto modo, el coronavirus ha dotado de una nueva dimensión a todos estos conceptos, y podemos afirmar que el COVID-19 es, *per se*, una realidad imprevisible.

- Riesgo no inherente al contrato y no imputación del riesgo. Tal y como mencionamos en el análisis jurídico de la cláusula *rebus*, la corriente jurisprudencial flexible modera la exigencia de una circunstancia como imprevisible entrando a analizar las características concretas de las partes, el tipo de contrato que las une, y la existencia de alguna cláusula de distribución de riesgos; es decir, si este hecho, además de imprevisible, era imprevisto.

En el caso que nos ocupa, no contamos con los datos suficientes que nos serían necesarios para realizar un examen completo de este requisito, puesto que no sabemos si se pactó alguna cláusula de distribución de riesgos ni, en su caso, la exhaustividad de la misma. Por ello, habremos de basarnos en el tipo de contrato del que se trata: un contrato de préstamo bancario.

En este tipo de contratos, igual que ocurre en el supuesto del Cliente, uno de los contratantes siempre va a ser, necesariamente, una entidad bancaria, lo cual comporta la consideración de esta parte como perfecta conocedora del mercado y de los riesgos que entrañan esta clase de operaciones. Por otra parte, Car4u, ya respaldada por Aussie LTD como uno de los fondos de inversión más grandes del mundo al momento de contraer el préstamo, a pesar de que no cuenta con el mismo nivel de *expertise* en esta materia que la entidad bancaria, sí es una persona jurídica entendida, hasta cierto punto, de las transacciones económicas realizadas en el tráfico económico. Es decir, que la diligencia exigida a ambas partes en este supuesto sería la de profesionales informados de los riesgos que pueden surgir, y por ello, en condiciones normales, se les conminaría a realizar una previsión de las contingencias.

Ahora bien, ¿forma parte el COVID-19 del *aleas* normal de un contrato de esta naturaleza y, por consiguiente, debían sus consecuencias haber sido previstas por los contratantes? A priori, la respuesta más evidente es que no, y es la postura que sin lugar a dudas mantenemos. Esta crisis sanitaria ha sido considerada como un acontecimiento sin precedente por la jurisprudencia, y tal y como ya hemos mencionado, constituye un hecho sobrevenido, imprevisible y extraordinario; las circunstancias que rodean el contrato que nos ocupa son diferentes a las de cualquier otro riesgo que pudiéramos estar

tratando, y no creemos que pudiera exigírseles, ni a Car4u ni a la entidad bancaria, una diligencia superior a la que tuvieron a la hora de contratar.

En cambio, hay ciertos autores (una pequeña minoría, ha de destacarse) que consideran que el COVID-19 debe ser tratado como el resto de riesgos a tener en cuenta, si ha sido incluido en el contrato. En este sentido, el jurista Ángel Carrasco Perera, conocido por ser bastante crítico en esta materia, entiende que *una cláusula de “todos los riesgos” es efectivamente una cláusula de todos los riesgos*; es decir, que si un contrato incluye una disposición previsor de contingencias de forma general, y contiene medidas a llevar a cabo por una o ambas partes, el coronavirus debería quedar comprendido en la misma al no haber especificado previamente a qué riesgos atendía dicha previsión.

Si la contingencia que efectivamente acaeciera (en este caso, la crisis sanitaria del COVID-19) no se tomara en cuenta, el sentido de la cláusula de riesgos se perdería, y quedaría “desactivada” o “destruida”, lo que atentaría contra la seguridad jurídica que precisamente motiva la inclusión de esa cláusula en un primer momento.

Bajo nuestro criterio, este entendimiento del coronavirus como riesgo “previsible” es excesivamente rígido y no toma en cuenta otras circunstancias igualmente importantes, como es la inexistencia de precedentes ante una situación de tal calibre²⁵. La inclusión del COVID-19 como una contingencia a considerar en el momento de establecer una cláusula de riesgos resulta excesiva, y trasladaría una carga demasiado pesada sobre los contratantes. A pesar de ello, es relevante mencionar esta postura, pues podría resultar un argumento favorable para la entidad bancaria.

- Excesiva onerosidad y ruptura del equilibrio prestacional. El objetivo primordial de la cláusula *rebus* es restaurar el equilibrio entre las partes, el cual ha quedado descompensado por las circunstancias sobrevenidas. De todos los requisitos que exige esta figura para su aplicación, podría considerarse que es casi el más estricto; a pesar de que la jurisprudencia haya tenido que realizar aclaraciones en su consideración²⁶, no ha flexibilizado su exigencia.

²⁵ Volvemos a repetir una reflexión ya mencionada en el presente informe: ¿cómo van a ser capaces las partes de “adivinar” una circunstancia absolutamente imprevisible y extraordinaria, para poder incluirla en los riesgos posibles de un contrato? Si así fuera, la misma ya no sería, como mínimo, imprevisible, eliminando la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus*.

²⁶ Recordemos que los pronunciamientos judiciales más primitivos en la materia confundían la alteración de la base del negocio con la frustración del fin del contrato. La diferencia esencial entre ambas es que la frustración atiende a una imposibilidad absoluta para cumplir con las prestaciones, mientras que, en la alteración de la base del negocio, la obligación puede seguir cumpliéndose, si bien ello produciría un desequilibrio excesivo entre los contratantes. Es este último concepto sobre el que actualmente se asienta la cláusula *rebus*.

En el caso que nos ocupa, se pone en duda si realmente ha existido un desequilibrio que resulte en un coste desmesurado a la hora de que Car4u cumpliera con sus obligaciones, consistentes en el pago de los intereses mensuales y el principal bianual; y ello debido a que, a la fecha de perfeccionar el contrato, el 15 de febrero de 2020, Aussie LTD ya era titular de las participaciones adquiridas de la sociedad del Sr. García. Es decir, que el prestatario en esta situación no era simplemente Car4u (que, al tiempo de contratar con la entidad bancaria, era la empresa de *car sharing* número uno de España, y por ello su poder adquisitivo debía ser notable), sino que se encontraba respaldado por Aussie LTD, uno de los fondos de inversión más grandes del mundo. Además, la mercantil australiana no sólo invierte en el mercado del *car sharing*, sino que lo hace en compañías dedicadas a todo tipo de actividades, y cabe pensar que algunas de ellas probablemente no sufrieron tanto con la crisis sanitaria al operar en mercados que no se resintieron tanto como el de Car4u. De ahí que el requisito de la excesiva onerosidad se ponga en tela de juicio. Es probable que fuese valorado por un Juez como incumplido y, en consecuencia, inaplicaría la cláusula *rebus sic stantibus*. Para ello, el Tribunal deberá examinar la situación financiera concreta de Car4u y de Aussie LTD de forma cualitativa y no cuantitativa, tal y como mencionamos anteriormente; es decir, no tomando en consideración únicamente los resultados económicos numéricos de Car4u, sino más bien el panorama financiero general de la sociedad.

Asimismo, cabe señalar que, al haber presentado una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* solicitando la suspensión, Car4u debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Entre ellos se encuentra la necesaria aportación de una caución, es decir, una cantidad de dinero que permita sufragar los posibles daños y perjuicios que la medida cautelar pudiese causar al demandado. Dicho de otra manera, para que esta solicitud de suspensión de pagos prospere, Car4u ha debido de aportar caución suficiente, cuya cantidad mínima necesaria será apreciada por el Juez en función de la naturaleza y contenido de la prestación y la necesidad de la adopción de medidas cautelares. Este argumento de la insuficiencia de la caución prestada podría ser utilizado por el Juez para evitar la aplicación de la cláusula *rebus*.

- Subsidiariedad. La cláusula *rebus* ha sido siempre considerada como una figura “peligrosa” y que debía ser aplicada únicamente en supuestos excepcionales en los que ningún otro recurso jurídico sea posible, debido a que modera (que no disrumpe) el principio *pacta sunt servanda*.

Anteriormente hemos anotado la falta de resoluciones judiciales en materia de la cláusula *rebus* y los préstamos bancarios en tiempos de pandemia, principalmente porque es un acontecimiento relativamente reciente. Se debe mencionar también que la legislación de emergencia promulgada desde el comienzo de la crisis sanitaria hasta la actualidad nada dice respecto a las moratorias financieras aplicables a las sociedades.

Una moratoria consiste, esencialmente, en una prórroga de la obligación de pago del deudor, y en el contexto de la crisis sanitaria, se aplaza a un momento temporal en el que la situación inicial, más grave, se hubiese suavizado. Su objetivo, pues, es intentar paliar el impacto que produciría en el deudor más vulnerable el abono de las cuotas de un préstamo, en un periodo en el que sus circunstancias personales y económicas se han tornado más delicadas de lo habitual.

Esta medida correctora del desequilibrio provocado entre el prestamista y el prestatario debe aplicarse tomando en consideración una serie de parámetros para evitar posibles injusticias (como, por ejemplo, el traslado del riesgo a un acreedor que podría encontrarse en peor situación económica que el deudor), y por ello la legislación de emergencia promulgada desde marzo del 2020 ha establecido requisitos estrictos a la hora de solicitar las moratorias.

Sin embargo, estas disposiciones no han recogido ninguna moratoria aplicable a las sociedades; sí a las personas físicas, e incluso a los autónomos y empresarios, pero las mismas no han sido concebidas para poder utilizarse respecto a créditos obtenidos con objetivos únicamente financieros y societarios (como la adquisición de activos por parte de Car4u), y se centran más en los créditos hipotecarios.

Precisamente por ello, la opción evidente en el caso que nos ocupa sería la de acudir directamente a la cláusula *rebus*, que, además, como hemos visto en el Auto 155/2020, de 30 de abril, es perfectamente plausible.

Aun así, al estar Car4u ya participado por Aussie LTD al momento de solicitar el préstamo, la excesiva onerosidad que le produciría el pago de las cuotas es cuestionable y esta figura podría no ser reconocida. De ahí que sea relevante mencionar que podría proponerse una aplicación analógica de las moratorias hipotecarias al contexto empresarial que venimos comentando como una vía alternativa y preferente a la cláusula *rebus*. Por el momento no hay resoluciones judiciales que se hayan pronunciado al respecto, aunque en un futuro, ésta podría ser una vía alternativa al uso de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Esta opción, a pesar de ser interesante, también cuenta con un contraargumento, que es justo la otra cara de la moneda. Ángel Carrasco, de nuevo, arguye que precisamente por no incluirse este tipo de moratorias en la legislación de emergencia no pueden aplicarse a ningún caso que no se haya previsto; ello debido a que en esta normativa el legislador ha procurado con especial cuidado y detalle la especificación de aquellos sujetos vulnerables que quedan cubiertos por las disposiciones, por lo que si se han excluido ciertos colectivos, ha sido de forma absolutamente deliberada.

Concluye, de esta manera, que cualquier riesgo que se dé en el contexto de un contrato financiero, como sería el formalizado entre Car4u y la entidad bancaria, y que dificulte el cumplimiento de las obligaciones del deudor, le será imputable al mismo (incluso si dicho riesgo es el COVID-19).

En el caso de Car4u, la solicitud de medidas cautelares ya se ha realizado, por lo que deberá ser el Tribunal quien considere todos estos parámetros, y si realmente no existen otras vías preferentes a la aplicación de esta doctrina, como podría ser la aplicación analógica de la legislación de emergencia aplicable a contratos de otra naturaleza.

Tras haber examinado el cumplimiento de estos requisitos, podemos afirmar que existen posibilidades reales de que la cláusula *rebus* no fuese aplicada, especialmente respecto a la discutible ruptura del equilibrio prestacional entre la entidad bancaria y Car4u. A pesar de ello, es menester recordar que el análisis ha sido realizado en base a nuestro mejor entendimiento en Derecho, independientemente del resultado que alcanzará el Juez que resolverá acerca de la viabilidad de la solicitud de suspensión de los pagos.

La cláusula *rebus sic stantibus* es una figura que fue rescatada del Derecho Romano, precisamente, para afrontar aquellas situaciones en las que se dan circunstancias imprevisibles que destruyen el equilibrio inicial entre las partes. Como se ha afirmado, la crisis sanitaria se encuadra, claramente, dentro de esta institución, y por ello sería fácil esperar que también en el caso de Car4u fuese aplicada. No obstante, debemos recordar que es una figura cuya invocación es siempre subsidiaria porque altera los pilares esenciales sobre los que descansa el Derecho Civil español, y la situación derivada del COVID-19 no debe utilizarse como excusa para posibilitar un uso indiscriminado de la cláusula.

A pesar de que contemos con el ejemplo del Auto 155/2020, de 30 de abril para ilustrar una posible aplicación de esta doctrina, preferimos adoptar un enfoque crítico a la par que cauteloso de la jurisprudencia venidera que desarrolle y profile la utilización de la cláusula *rebus* en contratos de préstamo bancario contextualizados en la crisis del coronavirus. La jurisprudencia

prepandemia sobre esta figura había venido aplicando la corriente tradicional y rígida. Este Auto, sin embargo, se aleja totalmente de ese entendimiento más clásico de la cláusula y opta por ser bastante permisivo (podría pensarse que incluso en exceso), ya que suspende el pago de las cuotas en lugar de, por ejemplo, moderar su importe o acordar alguna otra medida correctora que altere lo mínimo el contrato original.

Así pues, en el caso que nos ocupa, no debemos depositar toda nuestra confianza sobre la existencia de este Auto, por mucho que juegue en nuestro favor; de hecho, existe otra resolución posterior, el Auto 33/2021, de 18 de enero de 2021, también del Juzgado de Primera Instancia nº60 de Madrid y relativo al mismo supuesto, que deniega la solicitud de medidas cautelares respecto de otro crédito que tenía concedido la misma sociedad. Al final, aunque el contexto en el que se encuadran todos estos casos sea el del COVID-19, la figura cuya aplicación se pretende es la cláusula *rebus*, que como ya hemos mencionado, no ha dejado de ser una institución que causa desconfianza, y por ello la jurisprudencia menor, como son estos dos Autos, es terriblemente volátil.

Es pronto para pronunciarse, pero en un futuro cercano es muy probable que veamos resoluciones judiciales que aboguen por una utilización más restrictiva de la cláusula *rebus*, aun considerando el marco de la crisis sanitaria como imprevisible y extraordinario; y ello para evitar que la concesión de las medidas cautelares tal y como se ha hecho en el Auto mencionado se convierta un punto de partida para una aplicación permisiva de la doctrina.

En cierto modo, compartimos este punto de vista, apoyándonos en la premisa, de nuevo, de que la cláusula *rebus* no deja de ser la excepción y no conviene que se convierta en la regla general, ni siquiera bajo las condiciones del COVID-19. Deberá seguir siendo tenida en cuenta de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso y ponderada con el principio *pacta sunt servanda*, para así evitar no solo que se desarrolle una jurisprudencia más amplia pero igual de confusa, sino que se produzca un colapso de la Justicia.

De hecho, incluso en la actualidad, no consideramos que la cláusula *rebus* sea un mecanismo especialmente adecuado. Requiere del pronunciamiento de un Tribunal, lo que nunca será inmediato, provocando que, cuando se obtenga un veredicto, ya no sea relevante al caso por haberse producido aquello que se intentaba evitar; dificulta, o pone en pausa, la ejecución de muchos contratos, lo que hace que el tráfico jurídico y comercial no opere de forma fluida; y además, se trata de una institución ciertamente impredecible, debido a la convivencia de dos corrientes claramente diferenciadas y a la situación de la pandemia que atravesamos (que ya de por sí provoca inseguridad jurídica en general y no solo en materia contractual).

En la situación concreta del Cliente, habrá que esperar a la resolución de la solicitud de medidas cautelares y actuar en consecuencia. Como hemos expuesto, consideramos que hay tanto argumentos a favor de su concesión como argumentos en contra, y aunque bajo nuestro criterio sea completamente viable su otorgamiento, deberemos estar a lo acordado por los Tribunales.

Así, concluimos:

Como puntos a favor de la aplicación de la cláusula *rebus* (Car4u), parece que la compañía cumple todos los requisitos exigibles para el reconocimiento de esta doctrina, excepto el de excesiva onerosidad, que es cuestionable. Se cuenta con una resolución de referencia, el Auto 155/2020, de 30 de abril, que ha aplicado esta figura en un supuesto casi idéntico al del Cliente. Además, en el contexto de la crisis sanitaria, se ha venido flexibilizando, en parte, la consideración de este tipo de supuestos imprevisibles y extraordinarios, por lo que sería posible que se concedieran las medidas solicitadas.

Como puntos en contra de la aplicación de la cláusula *rebus* (entidad bancaria), no podemos confiar ciegamente en la existencia de una única resolución favorable a nuestro caso, que ni siquiera es firme por el momento. La cláusula *rebus* no parece un mecanismo útil en la práctica porque sigue considerándose como una doctrina excepcionalísima en su uso. Además, la jurisprudencia prepandemia abogaba por continuar con la corriente rígida, reconociéndola en casos contados, y por ello nos es imposible asegurar la concesión de las medidas solicitadas. Por si esto fuera poco, uno de los requisitos esenciales, el desequilibrio de las partes, podría no ser reconocido al estar Car4u ya participado por Aussie LTD al momento de solicitud del préstamo y contar con una mayor solvencia.

4.2.2. Pregunta CINCO: ¿sería diferente la situación si lo que Car4u pretendiera suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficina donde gestionaba la compañía y al que no han podido acceder por estar localizado en una zona confinada durante un periodo de 5 meses? ¿Cuáles serían los argumentos a favor y en contra?

Otra de las cuestiones planteadas por el Cliente es la de cuál sería la solución que proponer a la hora de pretender suspender el pago de la renta de las oficinas desde las que se gestiona Car4u (de ahora en adelante, “las oficinas”), y a las que no se ha podido acceder por ser zona confinada durante 5 meses. Es decir, el análisis realizado en este punto será el que nos permita concluir si la cláusula *rebus sic stantibus* también sería aplicable a este supuesto, o, por el contrario, es otra

dirección la que es más adecuada seguir, concretamente, la de la fuerza mayor, dadas las circunstancias.

La realidad es que no existe una solución a esta pregunta; ni la jurisprudencia, ni los estudiosos del Derecho han llegado a una conclusión clara, y encontramos dos posiciones manifiestamente diferenciadas en las que se agrupan unos u otros, en función de si apuestan por la cláusula *rebus* o la fuerza mayor. Por ello, comentaremos ambas posturas, e intentaremos aconsejar al Cliente de la mejor manera posible dadas sus circunstancias personales²⁷.

La fuerza mayor se regula en el artículo 1105 del CC:

Artículo 1105

Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

No se menciona la figura de forma expresa, y de hecho, en este mismo artículo se encuadra también la noción de caso fortuito. Se han utilizado multitud de criterios para intentar diferenciar ambos conceptos, y hoy en día siguen existiendo autores que los entienden como uno solo al aducir que la distinción no tiene una mayor trascendencia normativa. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concluido que la fuerza mayor se da en aquellas circunstancias imprevisibles e inevitables, mientras que el caso fortuito se ha acotado a situaciones previsibles, pero igualmente inevitables.

En cualquier caso, la importancia de este artículo no radica en el discernimiento semántico de ambas, sino en los efectos que tiene sobre un contrato la apreciación de cualquiera de las dos figuras. El propio artículo contempla que “*nadie responderá*”, implicando una aparente liberación en las prestaciones pactadas; dicha liberación, aun así, está sujeta a que efectivamente haya acaecido un suceso imprevisible e inevitable, y a que el cumplimiento de las obligaciones haya devenido imposible en consecuencia.

Llegados a este punto, debemos analizar la noción de “imposibilidad” alegada por el Cliente a la hora de no poder acceder a las oficinas. ¿Ha sido objetivamente imposible este acceso, y, por

²⁷ Nótese que no hemos mencionado las moratorias contempladas en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Carecemos de datos suficientes sobre Car4u para poder pronunciarnos acerca de la posibilidad de la sociedad de solicitar dichas moratorias en base al artículo 3 del Real Decreto-Ley. Preferimos centrarnos en las dos opciones comentadas, sin perjuicio de recordar que la cláusula *rebus*, y en cierto modo también la fuerza mayor, como sostienen ciertos autores, es de aplicación subsidiaria. Así, si fuese posible, debería aplicarse una medida contenida en la normativa de emergencia a este supuesto antes que cualquiera de estas dos figuras. Sin embargo, partimos de la premisa de que a Car4u no le es aplicable este Real Decreto-ley ni ninguna otra disposición similar contenida en la legislación de emergencia.

consiguiente, no ha podido hacer uso y disfrute de las oficinas? ¿O sí podía acceder, aun con limitaciones y restricciones impuestas por las medidas gubernamentales de control de la pandemia? Y, por ende, ¿es imposible que Car4u cumpla con su obligación del pago de la renta, o únicamente le supone una carga excesiva teniendo en cuenta la situación financiera resentida que atravesaba?

Así, dividiremos el análisis de esta cuestión en dos apartados: en primer lugar, nos pronunciaremos acerca de si ha existido una verdadera imposibilidad en el acceso a las oficinas de Car4u. En este caso, la fuerza mayor sería aplicable y Car4u podría verse liberado del cumplimiento del pago de la renta. Por el contrario, si no fuera objetivamente imposible acceder a las oficinas, se debería acudir a la modulación de la renta a través de la cláusula *rebus*.

En segundo lugar, comentaremos la imposibilidad de Car4u de abonar las cuotas del arrendamiento de las oficinas, o si realmente supone una mera carga para la sociedad. En el primer caso, sí hablaríamos de fuerza mayor, mientras que en el segundo, nos situaríamos en el plano de la cláusula *rebus*.

Consideramos necesario el examen de la fuerza mayor desde estas dos vertientes diferenciadas, debido a que este tipo de supuestos se encuentran en la fina y difusa línea que divide su entendimiento como fuerza mayor o como un supuesto de aplicación de la cláusula *rebus*. Actualmente, ni la doctrina ni la jurisprudencia han encontrado solución para casos de estas características, por lo que el análisis realizado no pretende responder a la cuestión planteada por el cliente de forma categórica, sino únicamente poner “sobre la mesa” las opciones que actualmente baraja el Derecho español.

4.2.2.1. “Imposibilidad” de acceso a las oficinas de Car4u

Primeramente, hemos de analizar si realmente se ha producido una imposibilidad de acceso a las oficinas de Car4u, lo que conllevaría un impedimento en el pacífico goce de la cosa arrendada.

El artículo 1554 del CC establece, entre otras, que *el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*. Esta obligación del arrendador supone que, durante la vigencia del contrato de arrendamiento, debe asegurarse de que el arrendatario no sufre de ninguna perturbación en este uso del inmueble, causada por el mismo arrendador o por terceros ajenos a la relación contractual. La extensión que debe tener esta garantía se incluye en el artículo 1560 del CC, que viene a excluir únicamente de la esfera de control del arrendador las perturbaciones de hecho; por lo cual, en principio, el mismo

seguirá siendo responsable de cualquier alteración de derecho que impida el goce pacífico del inmueble por parte del arrendatario.

Considerando estas nociones en el contexto de la crisis sanitaria, debemos preguntarnos si esta obligación del arrendador de garantizar el goce pacífico se ve incumplida cuando la legislación de emergencia suspende y limita el funcionamiento normal de las actividades comerciales; esto es, si este riesgo ha sido asumido por el arrendatario, o si, por el contrario, cae dentro de la esfera de control del arrendador. Pues bien, hay autores que abogan por considerar que sí, es un incumplimiento del arrendador, mientras que existe otro sector de la doctrina que entiende que bajo ningún concepto se debe trasladar al arrendador tal responsabilidad, afirmando que tal contingencia es un riesgo asumido por el arrendatario y como tal es inexigible al arrendador bajo la premisa de su incumplimiento.

Aquellos que afirman que es un incumplimiento de las obligaciones del arrendador son los juristas militantes de la fuerza mayor²⁸. Las restricciones impuestas por la legislación de emergencia, el cierre de locales de negocio no esenciales y las limitaciones de movimiento acordadas gubernamentalmente son hechos ajenos a la voluntad y a la esfera de control de ambos contratantes; se entiende, por lo tanto, como un supuesto de fuerza mayor. El arrendador ha incumplido con su obligación de garantizar al arrendatario el goce pacífico del inmueble, mas no es un incumplimiento culpable y no deberá por ello indemnizar por daños y perjuicios a la contraparte. Por lo cual, este sector doctrinal entiende que, mientras este deber continúe sin poder cumplirse, el contrato debe suspenderse, y el arrendatario tampoco se ve obligado a pagar las rentas.

Esta conclusión es únicamente aplicable a aquellas situaciones en las que la actividad comercial haya sido suspendida totalmente por las medidas del Gobierno. Nos referimos a aquellos profesionales dedicados al sector de la hostelería, turismo, restauración y una gran parte del comercio desarrollado en España que, desde el inicio de la crisis sanitaria en marzo de 2020 se han visto inmersos en situaciones de especial vulnerabilidad. Ello porque este tipo de negocios necesitan, irremediamente, de un espacio físico donde desarrollarse; bien porque se prestan servicios que no pueden ser ofrecidos sino en persona a los consumidores (un hotel, un local de ocio nocturno, una peluquería), bien por la propia naturaleza del negocio del que se trata, que implica, habitualmente, la entrega de bienes de forma presencial (un quiosco, una frutería).

En este tipo de comercios queda suficientemente claro que por causas de fuerza mayor, imprevisibles e inevitables, como son el COVID-19 y la normativa de emergencia, ha existido

²⁸ Por ejemplo, Ángel Carrasco Perera, Antonio Ortí Vallejo o Josep María Espinet Asensio.

una clara imposibilidad de acceder a los establecimientos y ofrecer aquellos bienes y servicios objeto del negocio. Por ello, se entiende que el arrendador ha incumplido con la obligación de garantizar el goce pacífico del inmueble, ergo el arrendatario quedaría liberado del pago de la renta.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el destino de las oficinas no es el de la explotación del negocio, sino la mera gestión administrativa de Car4u. La compañía del Cliente se dedica al *car sharing*, es decir, no necesita de ninguna sede para ofrecer este tipo de servicios a los consumidores, y el trabajo de gestión desarrollado en las oficinas podría haber sido llevado a cabo telemáticamente, como han venido haciendo multitud de otras empresas.

La conclusión es que, en este supuesto, no debemos entender como incumplida la obligación del arrendador del artículo 1554 del CC. Car4u ha continuado teniendo acceso a sus oficinas, a pesar de encontrarse en una zona confinada, de tal forma que este goce pacífico de las mismas en absoluto se ha visto menoscabado. Y ello porque, a pesar de que el Real Decreto 463/2020 limitaba la circulación de las personas y suspendía ciertas actividades, su artículo 7.1 c) permitía el *desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial*. A mayor abundamiento, incluso en el momento en el que el confinamiento inicial ya había terminado, pero continuaron decretándose cierres perimetrales en determinadas áreas en las que la incidencia era mayor, las salidas y entradas de las zonas afectadas quedaban más que justificadas por razones laborales. En definitiva, no podemos considerar que Car4u no haya tenido acceso a las oficinas, y, por tanto, que no haya gozado pacíficamente de las mismas.

Por su parte, el sector doctrinal que se muestra contrario a las consideraciones de la fuerza mayor y la liberación de las prestaciones²⁹ arriba, casualmente, al mismo corolario, aun cuando sus razones de fondo son diferentes a las del grupo liderado por el profesor Ángel Carrasco. En palabras del jurista Fernando Pantaleón Prieto, *el arrendador de un local de negocio no se obliga a (ni menos aún garantiza) que el arrendatario comience o pueda continuar ejerciendo la referida actividad empresarial. Si ello sucede por una razón ajena al local arrendado –que no afecte a la estructura, los elementos constructivos, la habitabilidad o la funcionalidad del referido local en sí–, de ningún modo cabe afirmar que el arrendador incumple la obligación que le impone el artículo 1554.3º CC*. Es decir, cualquier contingencia que afecte a la normal marcha del negocio y no se entienda como intrínseca al inmueble arrendado, no podrá considerarse como un incumplimiento del arrendador; sencillamente, porque el mismo no ha asumido esos riesgos y no forman parte de sus obligaciones.

²⁹ Por ejemplo, Fernando Pantaleón Prieto, Segismundo Álvarez Royo-Villanova o Matilde Cuenca Casas.

Así, desde el punto de vista del acceso a las oficinas, consideramos que este supuesto no debe ser calificado de fuerza mayor, y Car4u tendría más posibilidades de prosperar en su solicitud de suspensión del pago de la renta pidiendo una modificación de la cuantía de la misma y no una liberación de las prestaciones.

4.2.2.3. ¿“Imposibilidad” del pago de las rentas o excesiva onerosidad?

Una vez hemos concluido que, desde el punto de vista del acceso a las oficinas, no puede hablarse de fuerza mayor, debemos analizar si cabe su reconocimiento o no respecto del pago de las rentas.

Es indudable que la imposibilidad de acceso a los locales comerciales y establecimientos que necesitan de un espacio físico para desarrollarse durante los confinamientos y la limitación de movimiento, ambas consecuencias directas de la pandemia, ha afectado a la explotación de los negocios. Ello ha reducido considerablemente los ingresos habituales de estos empresarios. Se da, por tanto, este nexo causal necesario entre la imposibilidad de acceso y explotación del negocio y la disminución de los rendimientos económicos normales. En este sentido, además, se ha pronunciado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, y ha venido modulando la renta exigida a los arrendatarios, en mayor o menor medida, en aplicación de la cláusula *rebus*, o desestimando dicha petición, según las circunstancias concretas de cada uno de los supuestos³⁰.

Recordemos, sin embargo, que esta conclusión, alcanzada en el apartado anterior, únicamente es aplicable para aquellos negocios cuya actividad quedó suspendida de forma total por las medidas gubernamentales de contención de la pandemia. Por tanto, no se puede decir lo mismo de Car4u, debido a que el servicio de *car sharing* que ofrece no necesita de un sitio físico donde desarrollarse.

En la cuestión planteada por el Cliente se hace entender que lo que se pretende es la suspensión del pago de las rentas basándose en la imposibilidad de acceso a la zona en la que se encuentran las oficinas. No obstante, en base a lo que venimos comentando, sus pretensiones no prosperarían si se formulan sobre esta premisa.

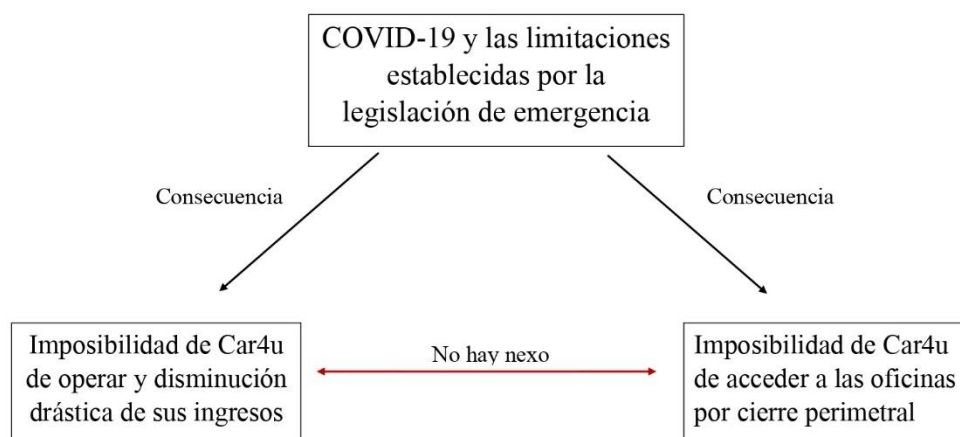
Así pues, llegados a este punto, es necesario preguntarnos, ¿realmente la merma económica sufrida por Car4u es consecuencia de la imposibilidad de acceso a las oficinas? Consideramos

³⁰ Véanse, por ejemplo, las Sentencias del JPI nº 4 de Santiago de Compostela (Juicio Ordinario 807/2020), de 2 de septiembre; la 1/2021 del JPI nº20 de Barcelona, de 8 de enero; o la 158/2021 del JPIEI nº1 de Leganés, de 13 de septiembre, como resoluciones a favor del reajuste de la renta. Como resoluciones desestimatorias, véanse las Sentencias 177/2021 de la AP de Asturias, Sección 7ª, de 28 de abril, o la 399/2021 de la AP de Madrid, Sección 10ª, de 20 de julio.

que no. Es evidente que ha sido la pandemia, y concretamente, la legislación de emergencia promulgada como consecuencia de la misma, la causante de la disminución de los ingresos de Car4u, debido a las limitaciones en la libertad de movimiento impuestas a los ciudadanos por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Sin embargo, esta merma no ha sido provocada por la imposibilidad del Cliente de acceder a las oficinas, puesto que este hecho *per se* no es lo que ha impedido que no se pueda desarrollar la actividad de Car4u. Es decir, no se da ese nexo causal necesario entre la existencia de las oficinas y la operatividad en el mercado del *car sharing*, y todo porque el destino de éstas no es el de la explotación del negocio, sino meramente el de la gestión del mismo.

El desencadenante de ambas circunstancias coincide: la crisis sanitaria. Pero estas dos situaciones no están unidas, no existe un nexo entre ellas; tienen el mismo origen, pero entre sí una no origina la otra. Dicha conclusión es apreciable en el siguiente esquema:



Esta conexión entre ambas consecuencias es necesaria a la hora de alegar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones de pago como arrendatario. Debe poder acreditarse que los resultados financieros negativos son fruto de la imposibilidad de explotar normalmente el negocio debido a los cierres perimetrales y a los confinamientos, y es este el presupuesto del que parte la jurisprudencia que aplica la cláusula *rebus* a estas situaciones. Hoy por hoy no existen resoluciones judiciales que reconozcan reajustes de renta en inmuebles destinados a oficinas, precisamente porque los mismos no son utilizados como sede de desarrollo y explotación del negocio y no se da este nexo causal necesario.

No obstante, esta conclusión no debe servirnos para descartar la aplicación de la cláusula *rebus* inmediatamente en el caso que nos ocupa. Para poder saber si esta doctrina se aplicaría en

el supuesto aquí examinado, es necesario analizar el cumplimiento de sus requisitos, que realizaremos de forma breve para evitar repetirnos en exceso:

- Tipología de la relación contractual. El contrato que une a Car4u con el arrendador es claramente de tracto sucesivo, debido a que las obligaciones del pago de la renta son continuadas a lo largo del tiempo. No conocemos la fecha de firma del contrato, como sí ocurría en el préstamo bancario, pero podemos asumir que ha sido formalizado con anterioridad a la declaración del estado de alarma en España, implicando que ha existido tiempo suficiente para que surjan las contingencias que afectan al pago de la renta.
- Circunstancias sobrevenidas, imprevisibles y extraordinarias. Al igual que en el examen del contrato de préstamo bancario, estas circunstancias son el COVID-19 y la legislación de emergencia promulgada. Concluimos, entonces, que esta situación es claramente sobrevenida, imprevisible y extraordinaria también en el contexto del contrato de arrendamiento.
- Riesgo no inherente al contrato y no imputación del riesgo. Entendemos que el coronavirus tampoco fue incluido como un riesgo general de este contrato, y que el mismo no forma parte del *aleas* normal de este tipo de pactos.
- Excesiva onerosidad y ruptura del equilibrio prestacional. En el contrato de préstamo bancario, concluimos que este requisito era, cuanto menos, cuestionable, pues a la fecha de solicitar el crédito Car4u ya estaba participada por Aussie LTD. Sin embargo, en este caso no sabemos la fecha exacta en la que se formalizó el arrendamiento, por lo que no podemos afirmar con la misma certeza que este requisito no se cumpla. Deberá ser analizado por un Juez, quien valorará las circunstancias concretas financieras de Car4u, la cuantía de la renta debida, y cómo de oneroso sería su pago para el Cliente.

No obstante, podemos afirmar que es probable su reconocimiento al haber experimentado Car4u una paralización casi completa de su servicio de *car sharing* debido a las restricciones y suspensiones impuestas por la normativa de emergencia, lo que, evidentemente, ha supuesto un descenso muy notable en sus beneficios habituales.

- Subsidiariedad. Al principio del análisis de esta cuestión, incluíamos un *disclaimer* en el que aclarábamos que no se iba a comentar la posibilidad de acudir a las moratorias contempladas en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Ello debido a que carecemos de datos suficientes para pronunciarnos acerca de la aplicabilidad de dichas moratorias al caso concreto de Car4u. Si finalmente recibimos los datos financieros necesarios,

podríamos realizar un examen acerca de la viabilidad en la solicitud de tales medidas; pero, por el momento, partimos de la premisa de que no son aplicables, por lo que el requisito de la subsidiariedad también se cumpliría.

En definitiva, su aplicación en abstracto sería posible; aunque, como se ha mencionado, habrá que estar a la jurisprudencia venidera para ver si también es plausible su consideración en supuestos reales, siempre y cuando los Tribunales entiendan que la falta del nexo causal es omisible, o reemplazable por cualquier otra circunstancia que sí se dé.

Por lo que se refiere a la fuerza mayor, debemos recordar que para su reconocimiento son necesarios dos requisitos: que el suceso sea imprevisible e inevitable, y que, como consecuencia de ello, la obligación se presente como imposible de cumplir. Respecto del primer requisito no hay duda alguna pues, como ya se ha concluido anteriormente en el presente informe, el COVID-19 cumple con ambas características. Es la noción de imposibilidad la que venimos comentando en el análisis de esta cuestión, y, en este caso, debemos examinarla desde la perspectiva del pago de la renta de las oficinas.

Ya nos pronunciamos acerca del concepto de la imposibilidad sobrevenida y su diferencia con la excesiva onerosidad en el análisis jurídico de la cláusula *rebus*, por lo que al mismo nos remitimos ahora³¹.

La diferencia esencial entre ambas es que, mientras que la excesiva onerosidad implica que el cumplimiento de las obligaciones debidas es asequible (a pesar de que ello comportaría una irrazonable desproporción entre los contratantes), la imposibilidad sobrevenida entraña una absoluta incapacidad del deudor a la hora de ejecutar estas prestaciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado, sin embargo, que esta figura no puede, ni debe, aplicarse nunca a deudas económicas; y ello porque la imposibilidad de cumplimiento en obligaciones de dar, como son las pecuniarias, no es reconocible cuando el objeto del contrato es *genus nunquam perit*, es decir, no perecedero. Precisamente por ello, en obligaciones pecuniarias se entiende que la figura aplicable no es la imposibilidad sobrevenida, sino la frustración del fin del contrato.

Así pues, ¿ha provocado el COVID-19 una quiebra total en el resultado buscado por Car4u y el arrendador en su contrato? ¿O únicamente se ha producido un desequilibrio entre los contratantes y el pago de la renta supone una carga extraordinaria para Car4u?

³¹ Véase apartado 4.1.3., requisito 5).

Consideramos que, realmente, antes de proponer una resolución contractual derivada de la frustración del fin del contrato, los Tribunales considerarían siempre, preferentemente, una modificación de las condiciones contractuales. Aducirían que Car4u es la empresa líder en *car sharing* en España, que opera en mercados locales que se extienden a lo largo de la geografía nacional, y que desde febrero de 2020 se encuentra respaldada por la capacidad económica de un fondo de inversión muy potente a nivel mundial como es Aussie LTD. Todo ello les llevaría a concluir que no estamos ante un caso de imposibilidad de cumplimiento tal y como la entiende la doctrina tradicional, sino que el pago de la renta únicamente produce un desequilibrio entre Car4u y el arrendador, por lo que la cláusula *rebus* sí que sería de aplicación.

No obstante, existe jurisprudencia, muy minoritaria, que ha llegado a equiparar, en cierto modo, la dificultad extraordinaria de cumplimiento de la obligación a la imposibilidad de realizar la misma. Aun así, no deja de ser necesario el examen caso por caso de acuerdo a las circunstancias de cada supuesto, pero Car4u podría acogerse a esta consideración y así alegar la verdadera imposibilidad de cumplimiento. En nuestra opinión, sin embargo, es muy improbable que la misma se reconociera, precisamente por tratarse de una deuda pecuniaria.

El hecho de que hasta el momento no se haya dado ningún supuesto de modulación de la renta en oficinas no supone que los Tribunales no vayan a pronunciarse al respecto en un futuro. La situación vivida por la pandemia del coronavirus es relativamente reciente, y la jurisprudencia que estudia esta figura en este contexto es limitada por ahora. Además, como hemos venido examinando en este bloque del presente informe, la cláusula *rebus* continúa siendo una figura jurídica relativamente impredecible y cuya consideración no es pacífica, por lo que todas estas conclusiones pudieran modificarse en la jurisprudencia que está por venir.

Así, concluimos:

En relación con la “imposibilidad” de acceso a las oficinas, la doctrina de la fuerza mayor se inclinaría por entender que el arrendador ha incumplido con su obligación de garantizar el goce pacífico del inmueble por el arrendatario, al no haber podido acceder al mismo por las medidas gubernamentales de contención de la pandemia. En este caso, el efecto es el de la liberación de las prestaciones de ambos contratantes. Por su parte, la doctrina contraria consideraría que el arrendador no incumple con su obligación, sencillamente porque el riesgo de que la legislación de emergencia haya restringido el acceso al inmueble no es asumido por el mismo al contratar y no cae dentro de su esfera de control.

- Argumentos a favor de una situación diferente (fuerza mayor): debido a la falta de resoluciones judiciales que aplican la cláusula *rebus* en arrendamientos de oficina, podría plantearse perfectamente una argumentación que se apoyase en la doctrina que aboga por la fuerza mayor y que funcionase con éxito.
- Argumentos en contra de una situación diferente (cláusula *rebus*): en el caso de Car4u, consideramos que ambas doctrinas aducirían que la solución es la aplicación de la cláusula *rebus* y la modulación de la renta. Y ello porque Car4u realmente nunca se ha visto imposibilitado en el goce pacífico de las oficinas, debido a que su actividad no fue suspendida por la legislación de emergencia, como sí ocurrió con otro tipo de negocios.

En relación con la “imposibilidad” del pago, la jurisprudencia que ha aplicado la cláusula *rebus* para suspender o minorar los pagos de arrendamientos por COVID-19 entiende necesaria la existencia de un nexo causal entre los resultados económicos negativos y la imposibilidad de acceder y explotar el negocio, cuando éste necesita de un espacio físico para desarrollarse. En arrendamiento de oficinas, este nexo causal no se da al no necesitar del inmueble para operar en el mercado, como es el caso de Car4u.

- Argumentos a favor de una situación diferente (fuerza mayor): la imposibilidad sobrevenida (frustración del fin del contrato al tratarse de una deuda monetaria) entendemos que no es encuadrable en el caso de Car4u, y que únicamente es excesivamente oneroso el pago de las rentas; sin perjuicio de tener en cuenta jurisprudencia que equipara la dificultad extraordinaria de cumplimiento con la imposibilidad. Por esta vía, sería posible solicitar la liberación de las prestaciones, aunque no lo consideramos factible.
- Argumentos en contra de una situación diferente (cláusula *rebus*): en principio, la falta de nexo causal sería un argumento a favor de considerar el supuesto como diferente. Sin embargo, entendemos que la cláusula *rebus* no debe ser descartada únicamente por la falta del nexo y por la inexistencia de antecedentes jurisprudenciales que la aplican a arrendamiento de oficinas; y de hecho, en abstracto, su aplicación al caso de Car4u es viable.

5. CUESTIONES RELATIVAS A LA SOCIEDAD COMPETIDORA “CAR4MI”

Por último, el Cliente nos manifestó su preocupación en relación a las posibles consecuencias legales que puede tener su participación en la sociedad Car4mi, competidora directa de Car4u en el mercado del *car sharing*.

5.1. Pregunta SEIS: ¿cuáles son las acciones legales que podría invocar Aussie LTD frente al Sr. García? ¿Cuál sería la defensa del Sr. García ante las mismas?

En el contrato de compraventa celebrado en 2020 entre Aussie LTD y el Cliente, se incluyó una cláusula de no competencia, que prohibía al Sr. García operar directamente o a través de terceros en el mercado del *car sharing* durante al menos 10 años, y utilizar el *know-how* de Car4u sin permiso.

Al ser la titular de Car4mi la Sra. Madariaga, conviviente del Cliente, no es descabellado pensar que Aussie LTD pretenda instar alguna acción legal contra él por haber incumplido la cláusula de no competencia del contrato, por lo que a continuación se expondrán las diferentes posibilidades con las que cuenta la mercantil australiana, y las respectivas estrategias de defensa del Cliente.

La primera duda que surge es, ¿realmente se trataría de un supuesto de incumplimiento contractual, o de competencia desleal? ¿Son ambas compatibles o se excluyen mutuamente? Aunque esta cuestión no ha estado exenta de numerosos debates, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido que el hecho de contravenir una cláusula contractual de no competencia no implica *per se* que nos encontremos ante una conducta tipificada por la Ley de Competencia Desleal (LCD, de ahora en adelante).

Tal y como se recuerda en la STS 305/2017, de 17 de mayo (FJ 3), la razón de esta separación tan clara es sencilla: la LCD tiene por objeto tipificar aquellas conductas que contravienen los deberes generales de competencia en el mercado, mientras que las cláusulas de prohibición de competencia contractuales, como la del presente asunto, son inherentes a los contratos a las que van adheridas. Buscan restringir el tráfico mercantil de cierta manera, pero nunca de forma desleal; su sentido viene dado por el contrato del que son accesorias, cuya finalidad se entiende lícita. Por ello, en principio no se pueden subsumir los incumplimientos contractuales de este calibre en la cláusula general de deslealtad que contiene el artículo 4 de la LCD.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo reconoce que sí pueden darse casos en los que un incumplimiento contractual puede ser también constitutivo de competencia desleal, cuando así

aparezca tipificado en la LCD (por ejemplo, el artículo 14, relativo a la inducción a la infracción contractual). A pesar de ello, son situaciones concretas, y la regla general continúa abogando por no considerar como desleal este tipo de incumplimientos, incluso en aquellos casos en los que la vulneración de la cláusula contractual otorgue ventajas competitivas al infractor.

Si Aussie LTD decidiese acudir a la vía de la competencia desleal únicamente basándose en el incumplimiento de la cláusula contractual, es muy probable que sus pretensiones no fuesen acogidas por lo que se acaba de exponer.

A pesar de todo, con una argumentación adecuada, y no haciendo mera alusión a la cláusula del contrato sin realmente argumentar los motivos por los que pudiera haber competencia desleal, sí que consideramos que las alegaciones sobre la posible conducta desleal del Cliente podrían prosperar.

Por lo cual, a este primer respecto, se considera que Aussie LTD cuenta con dos opciones:

- Acudir a la vía del incumplimiento contractual.
- Acudir a la vía de la competencia desleal.

A continuación, se explorarán ambas opciones para analizar las posibles defensas del Cliente ante las mismas.

5.1.1. Incumplimiento contractual de la cláusula de no competencia

En el presente informe ya ha sido examinado el incumplimiento contractual, los artículos en los que se regula, sus requisitos y sus efectos. Por ello, en este apartado nos referiremos a todas las explicaciones desarrolladas anteriormente en el Bloque I, y únicamente nos centraremos en analizar si el contenido de la cláusula de no competencia es acorde a Derecho; aclaramos, además, que realizaremos dicha explicación siempre desde el plano del incumplimiento de contrato y no refiriéndonos a la competencia desleal, que desarrollaremos en el apartado 6.2.

Como acabamos de mencionar, en principio cualquier cláusula que tenga como objetivo inhibir la competencia no es válida, a no ser que vaya unida a un contrato cuya razón de ser no sea la delimitación del mercado ni impedir la operatividad de otros competidores. Este es el caso del contrato de compraventa de participaciones formalizado entre Aussie LTD y el Sr. García y donde se inserta la cláusula de no competencia que venimos comentando. Así, en principio, la misma sería válida, y su mera inclusión en el pacto no puede entenderse como desleal.

Ahora bien, es su contenido, y, específicamente, la duración de la cláusula, lo que es más cuestionable.

El Derecho español no cuenta con una previsión legal que regule la duración temporal de una cláusula de no competencia en materia de compraventa de empresas. Es por ello que, aun a día de hoy, siguen surgiendo controversias que giran en torno a la consideración de este tipo de cláusulas como excesivas o adecuadas. La jurisprudencia más primitiva en la materia solía aplicar la analogía y utilizar como referencia las disposiciones normativas aplicables a otro tipo de contratos, entre las cuales destacaba, por su “cierta identidad de razón”, la referida al contrato de agencia. Así, se venía utilizando como límite temporal a la no competencia empresarial los 2 años contenidos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Agencia; y ello porque se entendía que era un plazo más que suficiente para consolidar la clientela y evitar que el agente se la llevara consigo y, por ende, los futuros beneficios. Como regla general, cualquier cláusula superior a estos 2 años se consideraba excesiva, ya que sobrepasaba el límite de lo estrictamente necesario para asegurar el buen funcionamiento del negocio adquirido y comprometía la operatividad transparente y equitativa del mercado. En este último caso, se debería entrar a considerar la posible deslealtad de la cláusula.

A raíz de haber dictado numerosas decisiones sobre la materia, la Comisión Europea (CE) emitió la Comunicación sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (de ahora en adelante, Comunicación 2005/C 56/03). La misma servía precisamente para dar respuesta a la validez de aquellas cláusulas que restringen la competencia y que son accesorias a los contratos en los que se incluyen. Esta Comunicación sentó las bases sobre las que se han asentado numerosas resoluciones judiciales españolas dictadas con posterioridad.

Así, el párrafo 20 de la Comunicación 2005/C 56/03 reconoce lo siguiente:

*Las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas durante un **máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos**. Cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por períodos de hasta dos años.*

Se hace una clara distinción entre el contenido de lo transmitido mediante la compraventa, considerándose justificada una cláusula durante tres años si se incluye la cartera de clientes y el know how.

Sin embargo, la Comunicación también reconoce que, si se dan circunstancias excepcionales, es perfectamente legal apartarse de los principios establecidos por la CE, puesto que no son de obligado cumplimiento por los Estados Miembros; y no sólo eso, sino que se invita a los

contratantes a tomar de referencia otras decisiones de la propia CE que arrojan luz al asunto mediante la aplicación de los principios a casos reales.

Así, por ejemplo, en la Decisión COMP/M.1980, de 1 de septiembre de 2000, que enfrentaba a Volvo y a Renault, el párrafo 56 indica:

*“Finally, the parties have agreed certain non-compete provisions, whereby Renault undertakes for a **period of five years** from completion not to compete with the divested business and not to solicit certain key RVI employees for a period of 18 months. **Considering the relatively high degree of customer loyalty in the truck markets and the long life-cycles of heavy trucks, the indicated periods can be accepted.**”³²*

La CE justifica la existencia de una cláusula con un plazo superior por las características propias del mercado en el que operaban los contratantes, dotado de una altísima fidelidad por parte de los clientes al tratarse de bienes con una vida útil superior a la normal.

La consecuencia de que se considere una cláusula de no competencia como excesiva en su ámbito temporal es la aplicación de la reducción conservadora de la validez. Esta reducción implica la declaración de validez de la cláusula hasta el límite del plazo que se haya considerado como adecuado, y su nulidad en el resto de la misma.

Volviendo al caso que nos ocupa, consideramos que la cláusula de no competencia incluida en el contrato de compraventa, con plazo de 10 años, es claramente excesiva. Esta cesión de participaciones incluía no solo el fondo de comercio de Car4u, sino también su clientela y el know how, por lo que, en principio, es muy probable que un Juez reconociera como límite para su validez únicamente los 3 primeros años, y declarara nulos los restantes.

Es probable que a Aussie LTD le interesase que este límite aumentara lo máximo posible; por ejemplo, hasta 5 años, como en el caso Volvo/Renault. No obstante, no creemos que esto fuese reconocido por los Tribunales españoles, pues suelen ser bastante estrictos con el ámbito temporal de este tipo de cláusulas y se han mostrado relativamente reacios al reconocimiento de situaciones excepcionales fuera de la regla general. El negocio ofrecido por Car4u tampoco se basa en una relación individual con cada cliente, sino que los servicios del *car sharing* resultan mucho más impersonales y pasajeros. No es un mercado que ofrezca prestaciones duraderas, y precisamente se apoyan en la idea de que son servicios que atienden a necesidades puntuales. Por ello, no consideramos que se entendiera que la cláusula debe ser superior a los 3 años.

³² El texto original de esta decisión únicamente fue publicado en inglés.

Aunque la reducción del plazo de la cláusula sea favorable para el cliente, sigue encontrándose en terreno pantanoso. No se nos ha proporcionado exactamente la fecha en la que comienza a operar Car4mi, pero asumimos que se encuentra dentro de los 3 años siguientes al contrato de compraventa, fechado el 15 de febrero de 2020. Cualquier acción que lleve a cabo el Sr. García a través de Car4mi o cualquier otra sociedad y que contravenga dicha cláusula será considerada un incumplimiento contractual; nos remitimos al análisis realizado en el Bloque I para conocer, en este caso, cuáles serían las vías de acción y defensa con las que contarían Aussie LTD y el Sr. García.

5.1.2. Competencia desleal

Una vez analizado el posible incumplimiento de la cláusula contractual, pasaremos a desarrollar las posibles actuaciones de Aussie LTD en materia de competencia desleal.

Como se ha mencionado anteriormente, la Ley de Competencia Desleal pretende tipificar las conductas que contravienen los deberes generales de competencia en el mercado, por lo que la mercantil australiana deberá basar sus pretensiones en esta premisa.

En base al artículo 32 de la LCD, las acciones que tendría a su disposición Aussie LTD serían las siguientes³³:

Artículo 32. Acciones.

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

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

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

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

³³ A lo largo del informe hemos venido posicionado siempre a Car4u/Sr. García como el contrario de Aussie LTD, pues en materia de incumplimiento contractual estas eran las posiciones de demandado y demandante, respectivamente. Sin embargo, a pesar de la redacción de la pregunta, en este bloque de competencia entenderemos que las posiciones son Aussie LTD/Car4u y Sr. García/Car4mi. Aclaremos que cualquier mención a Car4u es referida a Aussie LTD y no al Sr. García, quien responde de los intereses de Car4mi en este punto. Aun así, debemos mencionar que es realmente Car4u, y no Aussie LTD, la persona jurídica legitimada para interponer las acciones, de acuerdo con el artículo 33.1 de la LCD; utilizamos el nombre del fondo de inversión a efectos prácticos y para evitar confusiones con el Cliente.

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

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

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

Lo más común a la hora de emprender acciones legales en materia de competencia desleal es instar todas, o casi todas, las contenidas en este artículo al mismo tiempo. Teniendo en cuenta los hechos acontecidos, consideramos que Aussie LTD podría presentar una demanda basada en la infracción de los artículos 6 (actos de confusión), 11 (actos de imitación), 12 (explotación de la reputación ajena), y 13 (violación de secretos) de la Ley de Competencia Desleal. En la misma, lo más probable es que se solicitara, como mínimo, la acción declarativa de deslealtad (que siempre debe pedirse), la acción de cesación de la conducta, y la acción de resarcimiento por daños y perjuicios.

Lo más importante a tener en cuenta de esta vía con la que cuenta Aussie LTD es que, de nuevo, no podrá utilizar el incumplimiento de la cláusula contractual como argumento para probar la existencia de competencia desleal por parte del Sr. García. Deberá basar sus pretensiones en aquellas conductas de Car4mi que pueden ser constitutivas de competencia desleal: unas formas similares de trabajar, campañas publicitarias parecidas, y una estrategia de mercado que recuerda a la utilizada por Car4u.

5.1.2.1. Actos de confusión y actos de imitación (artículos 6 y 11 LCD)

El artículo 6 de la LCD, relativo a los actos de confusión, indica que *se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.*

El artículo 11 de la LCD, relativo a los actos de imitación, indica lo siguiente:

1. *La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.*

2. *No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.*

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

Estos dos preceptos suelen confundirse ya que, en la práctica, van de la mano de manera muy habitual. La propia redacción que les da la LCD no ayuda; el artículo 6 indica que la práctica desleal debe crear “confusión”, mientras que el artículo 11 habla de “asociación”.

Para diferenciar ambos conceptos, acudimos, de nuevo, a la doctrina del Tribunal Supremo. Éste considera que el artículo 6 se refiere a las creaciones formales, es decir, a cómo se presenta el producto o servicio en el mercado, mientras que el artículo 11 limita su aplicación al aspecto material del mismo, es decir, sus cualidades artísticas, estéticas o técnicas. De los dos, es el artículo 6 el que más se identifica con las conductas desleales, pues su objetivo es evitar que los consumidores vean limitada su capacidad de elección por un vicio en su propia voluntad, al confundir ofertas que realmente no pertenecen a una misma compañía.

Con la información con la que contamos, únicamente sabemos que Car4mi utiliza campañas publicitarias, estrategia de mercado y formas de operar muy similares a las de Car4u. Saber si en el caso concreto expuesto por el Sr. García existe vulneración de los artículos 6 y 11 de la LCD es del todo imposible, pues son los Jueces y Tribunales quienes, analizando los detalles concretos de cada uno de los productos o servicios, deciden, caso por caso, si existe o no competencia desleal. Aun así, se intentará aconsejar al Cliente de la mejor manera posible, utilizando para ello nuestros conocimientos jurídicos de la materia.

El mercado del *car sharing* ha experimentado un importante crecimiento en los últimos años, siendo uno de los tipos de negocio que mejor se ha recuperado tras la situación de la pandemia del COVID-19. Es un tipo de mercado muy concreto, que ofrece un servicio claramente identificado: el de permitir a los ciudadanos alquilar un vehículo durante un tiempo preciso y de forma puntual.

El riesgo de confusión ha de ser considerado desde la perspectiva del consumidor medio, es decir, *aquella persona razonablemente atenta y perspicaz que está normalmente informada* (según la definición aportada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), o *aquel que no está ni muy alerta ni muy distraído* (según la doctrina española). Es en aquellas situaciones en las

que el consumidor medio presenta riesgos de ser confundido por la utilización de productos, etiquetado, nombres comerciales o similares muy parecidos en las que los Jueces y Tribunales reconocen la competencia desleal del competidor con base en el artículo 6.

Teniendo estos datos en cuenta, consideramos que sería posible una defensa exitosa del Sr. García ante una demanda que alegase vulneración del artículo 6 de la LCD.

Al ser el mercado del *car sharing* tan homogéneo en cuanto a las prestaciones, en principio los servicios que pueden ofrecer cada uno de los empresarios al incorporarse al mismo nunca van a ser sustancialmente diferentes al del resto de competidores. Esto implica que cualquier estrategia de mercado o modo de trabajar que presenten estas compañías tendrá, salvando las distancias, semejanzas apreciables con las de sus rivales. Si se pretendiera hacer valer cada uno de los métodos utilizados por las empresas como propios, impidiendo a los competidores acercarse lo más mínimo a una estrategia comercial ya puesta en práctica anteriormente, se estaría limitando la competencia de forma evidente (recordemos que este tipo de conductas están tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia).

Por ello, consideramos que, si Aussie LTD pretendiese basar su argumentación en una mera similitud de formas de trabajar y estrategia de mercado entre Car4u y Car4mi, sería desestimada casi de entrada, por lo que no exploraremos estas opciones.

El único extremo en el que sí podría existir coincidencia es en relación a la publicidad utilizada por ambas compañías. Sin embargo, al no tener acceso a todos los datos necesarios, no podemos garantizar que se vaya a reconocer similitud o no (y, por lo tanto, confusión). La valoración que realizan los Jueces y Tribunales al analizar este tipo de situaciones es exhaustiva, examinando los colores utilizados, el tipo de fuente, la disposición de los elementos en el cartel, el hilo musical cuando lo tiene... es decir, aquellos elementos que los consumidores asocian a una determinada empresa y a sus productos o servicios, que puedan causar confusión, o riesgo de asociación.

A modo ejemplificativo, aportamos un fragmento de la STS 450/2015, de 2 de septiembre, (numeral 22), en el que se comparan los envoltorios de dos marcas de galletas:

La configuración de ambos envases es semejante, por el tamaño, los colores empleados (un fondo con idénticas tonalidades de azul), la composición de las imágenes (galletas negras en el aire saltando en el interior de un vaso de leche, destacadas con un halo de luz blanca) y la disposición de las denominaciones encima de las imágenes, ligeramente inclinadas y con el mismo tipo de letra. Pero esta semejanza no es suficiente para que se genere riesgo de confusión, aunque sea en su vertiente de asociación, porque el paquete de Kraft incluye la

denominación Oreo con una grafía y unas dimensiones que acaparan la distintividad del paquete, y el paquete de la demandada no contiene esta denominación sino otra que no guarda nada de relación con Oreo.

Y un fragmento de la STS 888/2010 de 30 de diciembre (FJ 4), que describe de forma minuciosa la carátula de un CD:

[...] Se compone de dos discos en sendas cajas de plástico comprendidas en una única funda de cartón. En la portada de la carátula se recogen las siguientes indicaciones. En el centro con letras que cubren casi toda la portada "SUPER VERANO MIX 03", debajo en el centro los títulos de varias canciones y la leyenda "¡y muchos más!", y a la derecha en el interior de una estrella con muchas puntas la expresión "37 Super Éxitos". En el reverso de la funda se indica, en una franja vertical, "SUPER VERANO MIX 03", a su derecha en una primera columna, y en sentido vertical, se mencionan las 20 canciones del CD 1, y más a la derecha, de igual modo, las 17 canciones del CD 2. Entre las canciones que se indican figura en el CD 1 con el número 12 "SUEÑOS 3'50" y debajo entre paréntesis "(Diego Torres)". En la columna de la derecha como contenido del CD 2 se indican, con el número 11 "I'M WITH YOU 3'43" y debajo "(Lavigne Avril/The Matrix)", y con el número 15 "FIGHTER" y debajo "(Christina Aguilera/Scott Spencer)". El contenido anterior ocupa las seis séptimas partes del reverso de la carátula. [...]

Como se puede observar, se realizan análisis pormenorizados de todos los detalles de aquellos medios o recursos que están siendo juzgados; y no solo eso, sino que, aunque se realice de la forma más neutral posible, las conclusiones a las que llegan los Jueces no dejan de ser valoraciones subjetivas. El artículo 6 tipifica las conductas que generen confusión en la presentación del producto en el mercado, e inconscientemente, cada ser humano lo percibe de una manera distinta, por lo que es evidente que, aunque los Jueces realicen una apreciación de los elementos con prudencia y raciocinio, persistirán matices personales.

Así, la defensa recomendada para el Cliente, dándose el caso de que reciba una demanda basada en el artículo 6 de la LCD, es la de preparar, con ayuda de un equipo experto en la materia, su propia valoración respecto de los elementos que puedan reputarse similares en las campañas de publicidad de Car4u y Car4mi. El riesgo de confusión implica que el consumidor medio asocie la procedencia de las prestaciones de una empresa con las de otra, por lo que si no se están haciendo referencias claras a Car4u en la publicidad de Car4mi no debería apreciarse la existencia del riesgo de confusión.

En cuanto a la posible invocación del artículo 11, es conveniente esclarecer si su ámbito de aplicación confluye con el de la Ley de Marcas. Esta cuestión surge por la propia redacción del apartado primero, que indica que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales es libre *salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley*.

Pues bien, si existe un derecho de exclusiva inscrito con anterioridad al de la práctica de las acciones presuntamente desleales, el perjudicado deberá buscar protección a través de la normativa específica que regula ese derecho, y no acudir directamente a la LCD. La razón de ser de esta distinción que realiza la LCD es la misma que se explicó anteriormente, es decir, a través de esta normativa se intenta reprimir conductas desleales, no defender la infracción de otro tipo de derechos, los cuales encuentran en su regulación específica una protección más apropiada a la par que eficaz.

Por lo cual, en el caso que nos ocupa, sería necesario conocer si Car4u tiene registrados determinados elementos utilizados en sus campañas publicitarias, como pueden ser el logo utilizado, un *jingle*, el tono del color utilizado, la fuente del texto, etc.

Al no contar con esta información, no podemos dar una solución concreta al Cliente acerca de las posibilidades de éxito de Aussie LTD si invocara la vulneración del artículo 11. Sin embargo, se intentará proporcionar al Sr. García una respuesta a su pregunta lo más completa posible.

El principio básico que conforma el artículo 11 de la LCD es el principio de la libre imitabilidad, el cual forma parte de la doctrina jurisprudencial española en la materia. Este principio establece que, por regla general, la imitación se permite de forma libre cuando no exista un derecho en exclusiva. Sin embargo, el apartado 2 del artículo 11 limita este principio, estableciendo que la imitación será desleal cuando pueda generar la asociación por parte de los consumidores.

El elemento más relevante a la hora de averiguar si una actuación genera asociación o no es la originalidad que tenga aquella prestación que está siendo imitada. Si es de un carácter tan singular que permite que a la empresa que ofrece ese producto o servicio se la diferencie de forma notable de sus competidores, entonces cualquier imitación de esas características podrá ser reputada como una conducta desleal.

Pues bien, ¿hasta qué punto es imitable una prestación de un competidor? No existe una regla general aplicable a todos los supuestos, y de hecho, en este extremo, la doctrina se encuentra dividida. Ciertos sectores consideran que solo habrá imitación desleal cuando haya una reproducción mecánica, es decir, exacta en todos o casi todos sus elementos. Otros, por el

contrario, entienden que no es exigible una identidad plena (o, al menos, que este no es el factor decisivo para apreciar deslealtad), sino que basta con una imitación de aquellos elementos esenciales (principales o accesorios) que permitan singularizar las prestaciones de una u otra empresa.

En este sentido, también hay que tener en cuenta el tipo de mercado en el que se opera, y sus características propias, a la hora de otorgar a los competidores un mayor o menor margen de actuación al elegir las estrategias operativas que utilicen.

Teniendo en cuenta toda esta información, consideramos que la mejor defensa de Car4mi (de nuevo, sin poder examinar de forma pormenorizada los elementos concretos de ambas campañas publicitarias) es basarse en el tipo de mercado en el que opera junto a Car4u. Como se ha mencionado anteriormente, es un mercado homogéneo, en el que no existe mucho margen a la hora de innovar respecto al servicio ofrecido.

El tipo de consumidor es el mismo para todos los competidores; son usuarios que prefieren tener acceso a las prestaciones de forma online, y que demandan la tecnologización de las mismas. Es por ello que la posición adoptada por los competidores en cuanto a publicidad o estrategias comerciales no reputará diferencias notables entre sí, ya que es muy probable que utilicen los mismos medios y principios en sus campañas.

Este fenómeno se considera como una respuesta natural del mercado, lo que impide que empresas de nueva creación, como Car4mi, adopten métodos suficientemente originales como para diferenciarse de los competidores ya asentados. Las similitudes que puedan existir entre Car4u y Car4mi no se reconocerían como desleales al no darse un margen amplio de actuación en el mercado del *car sharing*.

Así, concluimos:

Como puntos a favor de la vulneración de los artículos 6 y 11 LCD (Car4u), se deberían analizar aquellas similitudes entre la publicidad utilizada por ambas compañías, en cuyo caso sería posible apreciar riesgo de confusión. No obstante, no contamos con los datos necesarios para formular una opinión, ya que este tipo de supuestos son examinados muy exhaustivamente por los Jueces y Tribunales, quienes tienen en cuenta los elementos concretos de cada caso. Respecto del riesgo de asociación, a Car4u le interesaría seguir la doctrina que entiende que con la imitación de elementos esenciales ya se considera infringido el artículo 11.

Como puntos en contra de la vulneración de los artículos 6 y 11 LCD (Car4mi), es muy probable que Car4u no tuviese éxito en sus pretensiones si quisiera basarse en la similitud de la estrategia de mercado y la forma de trabajar, debido a la homogeneidad del mercado en el que operan ambas sociedades. En el mismo, los competidores tienen un margen de variabilidad muy limitado y este tipo de conductas, estrategias y formas de trabajar no deberían considerarse desleales al ofrecer los mismos servicios al mismo tipo de consumidor. Car4mi deberá apoyarse en la noción de que las similitudes entre competidoras en este contexto se reputan como una respuesta natural del mercado.

5.1.2.2. Explotación de la reputación ajena (artículo 12 LCD) y posible infracción marcaria

El artículo 12 de la LCD establece que *se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

A la hora de tener en cuenta una posible vulneración de este artículo, es necesario analizar previamente si podría existir una infracción de algún otro derecho, por ejemplo, una marca registrada, en cuanto a la posible confusión de los nombres de ambas compañías de *car sharing*, Car4u y Car4me. Igual que se mencionó anteriormente respecto a la competencia desleal y al incumplimiento contractual, ahora es inevitable cuestionarse también la posible concurrencia entre la aplicación de la LCD y de la Ley de Marcas (LM); esto es precisamente porque la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por un operador del mercado, y que podría ser utilizada como ventaja desleal por un competidor, tal y como menciona el artículo 12, va ligada a la existencia de una marca o nombre comercial asociado a las prestaciones ofrecidas.

Pues bien, también existe en esta materia jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, que afirma que la relación entre la LCD y la LM sigue el principio de complementariedad relativa.

Este principio indica que *la mera infracción de estos derechos marcarios no puede constituir un acto de competencia desleal [...] tampoco cabe guiarse por un principio simplista de especialidad legislativa que niega la aplicación de la Ley de Competencia Desleal cuando existe un derecho exclusivo reconocido en virtud de los registros marcarios a favor de sus titulares y estos pueden activar los mecanismos de defensa de su exclusiva*, tal y como recuerda la STS 586/2012, de 17 de octubre.

Es decir, la jurisprudencia aboga por encontrar el punto medio y establecer criterios claros que permitan identificar la posible concurrencia entre ambas leyes, sin afirmar ni negar categóricamente que la misma sea o no plausible.

Así, para evitar el solapamiento normativo, el Tribunal aclara que no es posible acudir a la LCD para combatir conductas que queden englobadas bajo la LM, por lo que habrá que comprobar si, en el caso concreto, los actos acaecidos tienen dimensiones o efectos contrarios a las normas de la competencia desleal, más allá de aquellos que ya se contienen en la normativa marcaria. Se pretende de esta forma evitar que los perjudicados busquen generar nuevos derechos de exclusiva bajo los que ampararse, u obtener resarcimiento mediante más de una vía.

Lo que viene a decir la jurisprudencia es que efectivamente la LCD puede aplicarse a aquellas actuaciones relacionadas con la explotación marcaria; eso sí, la actuación deberá tener un carácter anticoncurrencial en sí misma, no pudiéndose utilizar los mismos argumentos aplicados a la vulneración de la LM. Siempre que se mantenga de forma separada, se podrá considerar que la actuación es ilícita respecto a ambas normas.

La conclusión a la que llegamos es que, a fin de cuentas, el factor relevante a la hora de aplicar una u otra norma, o ambas, será la pretensión de la parte actora y la fundamentación que se haga al respecto. Es primordial que, si se espera obtener esta doble protección, se pueda probar que la conducta cae bajo el paraguas de cada una de las leyes y se cumple con los presupuestos exigidos por las mismas y que acabamos de exponer; la conducta podrá ser incumplidora de la LM y la LCD, pero no utilizando la misma argumentación para alegar ambas.

Así pues, en este apartado analizaremos si la conducta realizada por Car4mi podría ser constitutiva de una infracción de la Ley de Marcas o del artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal.

A. Infracción marcaria

En primer lugar, comenzaremos abordando la Ley de Marcas, ya que al ser normativa especial frente a la general que constituye la LCD, si existiese una vulneración, estrecharía considerablemente el margen de aplicación de ésta última.

Los derechos de propiedad industrial son derechos de exclusiva en un mercado de libre competencia, es decir, que constituyen una excepción dentro del mercado. Dentro del mismo, se encuentran las marcas, que aparecen definidas en el artículo 4 de la LM:

Artículo 4. Concepto de marca.

Podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para:

a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y

b) ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular.

La marca cumple una función de identificación de origen empresarial, y, al mismo tiempo, indica la calidad del producto, así como el *goodwill* o buena reputación de las prestaciones. Todos estos indicativos son los que dotan de valor a las marcas, y es por ello que reportan beneficios económicos a sus titulares, razón por la cual se protegen este tipo de activos. Una vez un signo se hace conocido, permite que las prestaciones ofrecidas por el empresario sean percibidas por el consumidor con una confianza basada, precisamente, en las ideas y principios evocados por la marca. Así pues, la marca no solo es un signo distintivo, sino que aúna conjuntamente el signo en relación con el servicio o la prestación.

El signo de una marca, como indicaba el artículo 4, debe ser posible de representar de manera clara y precisa, y debe ser apropiado para distinguir productos o servicios de una empresa u otra, es decir, tener carácter distintivo.

Cuando se solicita el registro de una marca, se debe superar un filtro registral, que engloba una serie de prohibiciones a examinar en cada signo que pretende ser registrado. Estas prohibiciones se agrupan en absolutas y relativas. Las primeras son revisadas de oficio por la Oficina Española de Patentes y Marcas (la OEPM), y son referidas al cumplimiento de las funciones propias de la marca, por ejemplo, a la falta de capacidad distintiva, al incumplimiento de los requisitos del artículo 4, o a que el signo sea contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres; por el contrario, las prohibiciones relativas únicamente se controlan a instancia de parte, y afectan a signos que podrían ser registrados pero que colisionan con derechos anteriores, tal y como establece la propia OEPM.

Debido a que la función de las marcas es primordialmente la de distinguir productos y servicios entre empresas, para evitar similitudes entre ellas es necesario aludir al principio de especialidad. En virtud del mismo, una marca no se protege frente al uso por terceros de la misma para cualquier tipo de producto o servicio, sino que se protege únicamente para el mismo producto o para productos similares. Por ello, no se pueden registrar:

- Signo idéntico y producto idéntico.
- Signo similar y producto idéntico.
- Signo idéntico y producto similar.
- Signo similar y producto similar.

Para saber si dos productos son idénticos, habrá que fijarse en la función que cumplen, aunque en apariencia sean diferentes (por ejemplo, dos ordenadores son productos idénticos). En cambio, la semejanza hace referencia a productos que, sin cumplir la misma función, se hallan relacionados con ese producto y están dentro del mismo ámbito merceológico. Por ejemplo, un móvil y una funda, no cumplen la misma función, pero se encuentran agrupados en la misma categoría, y están estrechamente relacionados, por lo que serían productos semejantes.

A la hora de analizar si existe similitud o semejanza entre varios signos y sus productos o servicios, se han establecido diversos criterios jurisprudenciales para averiguar la confundibilidad entre las marcas, lo que se conoce como juicio de confundibilidad. La confundibilidad es la probabilidad de la confusión de un consumidor medio, no la total seguridad de que algún consumidor se vaya o no a confundir.

El referente destinatario también cambiará en función de qué producto sea, ya que no es lo mismo un producto destinado a la generalidad de la población que un producto muy específico destinado a profesionales. En productos más específicos, el nivel de confundibilidad debe ser mucho menor, porque es más fácil detectar similitudes. Así pues, el juicio que se realice entre ambas marcas comprenderá parámetros menos exigentes, ya que se podrá determinar que los signos se confunden con pocos indicios, y no será necesario un examen tan exhaustivo como en aquellos productos más genéricos.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con dos marcas, Car4u y Car4mi. Ambas están registradas y no incurrir en ninguna prohibición absoluta al haber superado el examen de oficio que realiza la OEPM³⁴; sin embargo, nada impediría que Aussie LTD demandara al Sr. García por vulneración de sus derechos respecto al signo Car4u, en base al artículo 34 de la LM. Este indica que el titular de derechos podrá prohibir la utilización a terceros de signos que sean idénticos o similares a su marca, y que sean utilizados para productos o servicios idénticos o similares, cuando haya riesgo de confusión por el público.

Por ello, para poder aconsejar de la mejor manera al Cliente en caso de que Aussie LTD inste acciones marcarias, procedemos a realizar nuestro propio juicio de confundibilidad:

1) Identidad o similitud de las marcas confrontadas:

³⁴ Al no contar con todos los datos necesarios respecto a las marcas del presente caso, y en aras de realizar un análisis más exhaustivo, se parte de las siguientes premisas:

- “Car4u” y “Car4mi” son ambas marcas registradas que han superado el análisis de la OEPM, teniendo la primera prioridad temporal sobre la segunda.
- Ambas son marcas denominativas.
- Ambas están registradas para las mismas clases de la clasificación de Niza.

a. Comparación fonética: Car4u y Car4mi son ambas marcas denominativas, lo que implica que el elemento principal de los signos es precisamente la combinación de letras y números que los conforman. Para ello, la jurisprudencia ha establecido una serie de parámetros a analizar:

- i. Orden de las vocales que forman los nombres.
- ii. Estructura del signo y número de sílabas.
- iii. Misma sílaba tónica.
- iv. Coincidencia en la primera sílaba.
- v. Diferencia en una única letra.

Las marcas que nos ocupan, Car4u y Car4mi, se componen de la misma estructura, comenzando con la palabra “car”, conteniendo un número en el medio que es leído como una palabra (*four*), y terminando en un caso con la letra “u” y en otro con la palabra “mi”.

A pesar de contener 3 palabras diferenciadas, de forma escrita aparecen juntas, formando una única unidad en ambos casos, lo que resulta en el mismo número de sílabas (3) y en la misma sílaba tónica (el acento se pone en la última sílaba, “u” o “mi”).

Ambos signos coinciden no solo en la primera sílaba, sino en las dos primeras, variando únicamente el final del nombre; de esta manera, la denominación “Car 4 (*four*)” es idéntica en las marcas, diferenciándose solo en la última sílaba, cuya pronunciación es totalmente distinta: Car4u se lee “Car for you”, mientras que Car4mi se pronuncia “Car for me”, componiéndose ambas de palabras en el idioma inglés.

Por todo ello, se concluye que las marcas son semejantes desde el punto de vista fonético.

- b. Comparación visual: al ser marcas denominativas, no cuentan con ningún elemento gráfico significativo que pueda diferenciarlas, por lo que en este caso, esta comparación no se realiza.
- c. Comparación conceptual: a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene este concepto como complementario dentro del juicio de confundibilidad, lo cierto es que la OEPM ha establecido que siempre debe tomarse en cuenta a la hora de examinar la identidad o semejanza de varios signos.

En el caso que nos ocupa, Car4u y Car4mi evocan ideas ciertamente similares: operan en el mercado del *car sharing*, que a pesar de tener una denominación en un idioma extranjero (inglés), es el nombre con el que se le conoce también en España.

Ambos signos utilizan la palabra *car*, que significa coche en inglés; utilizan el número 4 para que, al ser leído el nombre, se pronuncie no como “cuatro” sino como *four*, el número en inglés, siendo un juego de palabras entre *four* y *for*, preposición está última que significa “por” o “para” en el sentido posesivo.

La parte final de los signos difiere: en el caso de Car4u, la “u” también debe ser leída como la palabra en inglés *you*, que significa “tú” o “ti”. En el caso de Car4mi, “mi” se refiere al pronombre en inglés *me*, que significa “mío” o “mí”.

Así, el significado completo de Car4u sería *Car for you* o “Coche para ti”, mientras que el de Car4mi sería *Car for me* o “Coche para mí”.

Por ello, ambas marcas podrían sugerir conceptos parecidos, refiriéndose a que el servicio ofrecido es el de coches de alquiler para el consumidor (*Car for you*), hablándole en segunda persona, haciendo que sienta un tratamiento personalizado por parte de la compañía, que le ofrece servicios a él; y ofreciendo el servicio de coches de alquiler “para mí” (*Car for me*), lo que permite que el consumidor perciba el servicio como una prestación que puede utilizar de forma independiente, sin depender de ningún intermediario ni terceros.

En nuestra opinión, las marcas no tienen por qué evocar conceptos similares, pues aunque se refieran al mismo servicio, la percepción que puede tener un consumidor de ambas prestaciones podría quedar diferenciada al utilizar pronombres diferentes. Sin embargo, es muy posible que un Juez sí que considerase que existe semejanza conceptual al existir claras similitudes.

- 2) Identidad o similitud entre los productos o servicios: tanto Car4u como Car4mi se encuentran inscritas en la misma clase de la Clasificación de Niza, que agrupa en 45 clases los diferentes productos o servicios a los que se puede referir una marca. Ambas marcas aparecen registradas en la clase 39, al ofrecer servicios de alquiler de vehículos de transporte.

Ahora bien, la mera coincidencia de clases en la Clasificación no implica, *per se*, que exista similitud, aunque será un elemento muy relevante a tener en cuenta por los Tribunales al realizar el juicio de confundibilidad.

A nuestro juicio, en este caso sí que se da una similitud de prestaciones bastante evidente; no solo por la coincidencia de la clase 39, sino porque el servicio prestado coincide sustancialmente, al ofrecer ambas compañías coches alquilados a particulares durante un tiempo determinado.

A la hora de realizar el juicio de confundibilidad, debe llevarse a cabo un análisis de conjunto. Esto es porque la conclusión final no puede derivarse del veredicto individual alcanzado, sino que va más allá. El Juzgador realizará una valoración global, y podrá “compensar” los resultados en función de aspectos específicos, tales como el tipo de consumidor destinatario o el grado de distintividad del que gozaba la marca prioritaria.

Es precisamente esta compensación la que entra en juego a la hora de valorar si la identidad o semejanza de los signos puede producir riesgo de confusión en los consumidores. Es el elemento más importante del juicio: los signos y las prestaciones podrían no superar el análisis realizado, pero si el Juzgador determina que no hay riesgo de confusión, no se consideraría vulnerada la normativa marcaria y ambas marcas podrían seguir conviviendo.

El riesgo de confusión cuenta con dos dimensiones diferenciadas:

- Riesgo de confusión directo: es aquel en el que el consumidor confunde signos diferentes, creyendo que son el mismo.
- Riesgo de confusión indirecto: es aquel en el que el consumidor establece un vínculo entre dos competidores distintos a través de la semejanza de sus signos. Este es el conocido como riesgo de asociación.

En el caso del Sr. García, y dadas las circunstancias concretas, lamentamos informarle de que es bastante probable que si Car4u instara una acción por infracción marcaria, prosperase en base a la semejanza de ambos signos.

Consideramos que sí existe riesgo de confusión entre las marcas Car4u y Car4mi, ya que operan en el mismo mercado, ofrecen las mismas prestaciones, y sus signos distintivos son muy semejantes, por lo que el consumidor medio podría establecer una conexión entre ambas sociedades.

En ese caso y en base al artículo 41 de la LM, Aussie LTD podría solicitar la cesación de la utilización de la marca Car4mi y la indemnización de los daños y perjuicios.

Si esto ocurriera, consideramos que una buena estrategia de defensa del Sr. García podría ser argumentar la posible caducidad de la marca. Las marcas caducan a los 10 años (contados desde la presentación de su solicitud de registro), y aunque son renovables indefinidamente por periodos de la misma longitud, esa renovación no es automática, sino que se debe seguir el protocolo establecido en el artículo 32 de la LM.

Car4u se constituyó en 2010, y en ese mismo año se registró la marca. En el momento de redacción del presente escrito nos encontramos en 2021, es decir, han pasado 11 años desde el registro y la marca podría estar caducada. Si los titulares no la renovasen, la OEPM la declarará como marca caducada, en cuyo caso, el Cliente podría utilizar Car4mi libremente. Para poder utilizar esta vía de defensa, debido a que el Sr. García no es un sujeto legitimado para poder solicitar la caducidad, habría que esperar a que la OEPM la declarase de oficio, por lo que no es una vía de defensa muy eficaz.

B. Infracción del artículo 12 LCD

Una vez analizada la vía de la infracción marcaria, podemos examinar la posible aplicación del artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal. Como se ha explicado más arriba, únicamente podrá considerarse una vulneración de este artículo si la conducta relacionada con el aprovechamiento de la reputación ajena es desleal en sí misma y por razones no englobadas en la protección de la normativa marcaria.

La propia jurisprudencia ha reconocido que el aprovechamiento del esfuerzo material o económico ajeno puede contenerse en otros ilícitos, como el artículo 6 de la LCD, relativo a los actos de confusión, y que ya ha sido analizado, de forma que puede solaparse con el artículo 12. Por ello, si una conducta ya ha sido enjuiciada por la vulneración de otros tipos (artículos 6 y 11 de la LCD y 34 de la LM, en nuestro caso), sería imposible volver a analizarla bajo la luz de un artículo distinto, ya que se estaría penalizando la misma conducta por partida doble.

Por ello, consideramos que la utilización de formas de trabajar parecidas entre Car4u y Car4mi, estrategias de mercado semejantes y campañas publicitarias similares será analizada por el Tribunal en relación con el artículo 6 o el 12, pero no respecto a ambos; la elección de uno u otro dependería de cómo se formulase la demanda de Car4u.

Aun así, si el Tribunal considerase que existe infracción marcaria en base a lo explicado en el apartado anterior, el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se reduciría drásticamente. De hecho, muchas demandas basadas en infracciones marcarias y desleales no prosperan precisamente por la falta de precisión utilizada por la parte actora, que entremezcla los

hechos en los que basa sus pretensiones y termina utilizando los mismos argumentos para alegar la vulneración de ambas normas.

Así, concluimos:

Como puntos a favor de la vulneración de los artículos 12 LCD y 34 LM (Car4u), sería necesario basar estas alegaciones en premisas diferentes, ya que sólo de esta manera podría considerarse la infracción de ambas normas debido a que atienden al principio de complementariedad relativa. Es muy posible que los Tribunales apreciaran un riesgo de confusión entre las marcas “Car4mi” y “Car4u” debido a las claras similitudes de ambos signos y a la identidad de las prestaciones ofrecidas. Al apreciar infracción marcaria, las posibilidades de reconocer vulnerado el artículo 12 LCD se reducen considerablemente, debido a que las circunstancias de las que se parten son las mismas y se consideraría cosa juzgada.

Como puntos en contra de la vulneración de los artículos 12 LCD y 34 LM (Car4mi), vemos bastante complicada una argumentación que se opusiera a la identidad de ambos signos. La defensa más adecuada sería la que destacara aquellos aspectos en los que las marcas se diferencian, como, a nuestro juicio, la significación conceptual. Sería interesante también explorar la vía de la posible caducidad de Car4u, al ser una marca inscrita hace más de 10 años y no ser el sistema de renovación automático.

5.1.2.3. Violación de secretos (artículo 13 LCD)

En la cláusula de no competencia del contrato de compraventa entre Aussie LTD y el Sr. García, se indicaba que el Cliente no podía utilizar el know how de Car4u sin su permiso.

El know how, o “saber hacer” en castellano, se refiere al conjunto de conocimientos con aplicaciones industriales, y que derivan de la experiencia y aplicación práctica que adquiere quien lo desarrolla. Estos conocimientos se caracterizan porque son información secreta y de alto valor empresarial, por ello se realizan contratos de transferencia de know how de forma muy habitual, al ser activos esenciales para la actividad de una sociedad en el mercado.

El artículo 13 de la LCD realiza una remisión a lo contenido en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (de ahora en adelante, LSE), cuyo artículo 1.1 contiene los requisitos para que un determinado conocimiento sea considerado como secreto:

Artículo 1. Objeto

A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

*a) **Ser secreto**, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;*

*b) **tener un valor empresarial**, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y*

*c) **haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.***

En el caso que nos ocupa, el know how de Car4u se constituye de una serie de procedimientos específicos propios que utiliza la compañía para poder ofrecer unos servicios adaptados a las necesidades de los clientes. Este conocimiento procede de la experiencia de la sociedad en el mercado del *car sharing* durante los últimos 10 años, y que incluye, además, toda la información de las bases de datos informáticas utilizadas, especialmente en relación a los clientes.

Por su parte, Car4mi está dirigida por el Sr. García y la Sra. Madariaga, y teniendo en cuenta que el Cliente era antes el propietario de Car4u, es muy posible que Aussie LTD pretenda ejercer acciones por vulneración de secreto empresarial contra el Cliente.

Por lo cual, para saber si este know how podría ser considerado como secreto empresarial o no, habrá que comprobar que cumple con los requisitos del artículo 1 de la LSE:

- El know how es secreto: este es el elemento más importante para determinar si cierta información puede obtener la protección de la LSE o no, ya que es precisamente este carácter secreto lo que otorga una ventaja empresarial.

La redacción del artículo exige que la información no sea *generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información*. La jurisprudencia ha establecido que los sujetos a los que se refiere es un término medio entre un experto en la materia y un usuario meramente informado, es decir, que los individuos comunes que manejan este tipo de información son técnicos que trabajen en el campo relativo a la misma, definición que incluye a los competidores.

La utilización del término *generalmente conocido* puede dar lugar a confusión, por lo que en el Informe al Anteproyecto de la LSE emitido por el Consejo General

del Poder Judicial en 2018 se estableció que el límite del conocimiento tolerable para determinar el carácter secreto de una información debe de ser definido por los Tribunales caso por caso. Esta imprecisión también es mantenida respecto a la facilidad de acceso de los usuarios al know how, ya que, de nuevo, dependerá de las circunstancias concretas de cada situación y del tratamiento interno que se haga de la información en función de las prestaciones de la compañía.

- El know how tiene valor empresarial: al ser esta información secreta, permite tener a su propietario una clara ventaja respecto a los competidores no conocedores de la misma, ya que con ella es posible ofrecer los servicios de forma más eficaz, ahorrando tiempo y costes.
- El know how ha sido objeto de medidas razonables para mantenerlo en secreto: la LSE no define cuáles deben de ser estas medidas razonables por lo que, de nuevo, deben ser los Tribunales quienes caso por caso determinen si se han establecido medidas razonables o no.

En el caso concreto del know how de Car4u, sí que consideramos que se podría tratar de información que cae bajo el ámbito de la LSE. En primer lugar, porque es información secreta a la que sólo tenían acceso personal de la compañía y de forma limitada; en segundo lugar, porque tiene un claro valor empresarial, al contener conocimientos esenciales que ha adquirido la compañía durante sus más de 10 años operando en el mercado con gran éxito; y por último, porque claramente ha sido sujeta a medidas razonables para evitar su difusión, al firmar un acuerdo de confidencialidad en la firma del contrato de compraventa con Aussie LTD, y al incluirse en la cláusula de prohibición de competencia del mismo, indicando que es una información que se pretende proteger.

Una vez sabemos que el know how de Car4u se podría considerar secreto empresarial, podemos analizar la viabilidad de que Aussie LTD ejerciese acciones por violación de secretos empresariales, en concreto, en base al artículo 3.2 de la LSE, que indica lo siguiente: *La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.*

El principal problema con el que se encontraría la mercantil australiana es el de la prueba. En este caso, al haber sido obtenido el know how de forma lícita, la actividad probatoria debe ir

encaminada a demostrar la explotación de la información sin permiso de Car4u, y el dolo del Sr. García.

Para ello, se deben tener en cuenta los indicios concretos de cada caso, lo que en esta situación no sería demasiado complicado. No existe jurisprudencia ni doctrina concreta al respecto ya que depende mucho de las circunstancias específicas de cada situación, pero, a modo ejemplificativo, algunos de los criterios que se han seguido han sido las similitudes entre los servicios, la rapidez en comenzar a prestar los mismos cuando el competidor era antiguo trabajador de la sociedad, o el “robo” de clientes.

En este caso sí que existen suficientes indicios que podrían indicar que se ha utilizado el know how de Car4u sin autorización. Car4mi comenzó a tener relevancia en el mercado poco después de que Car4u se recuperase tras la pandemia, y ambas compañías ofrecen exactamente los mismos servicios y operan en el mismo mercado, el de *car sharing*; además, comparten estrategias comerciales y publicitarias similares.

Sin duda el indicio que más fuerza tendría para Aussie LTD es el de la utilización de los mismos clientes. Car4u ha perdido una gran parte de sus clientes y empresas con las que colaboraba, sujetos todos que, casualmente, ahora son clientes de Car4mi; y no solo eso, sino que Car4u recibió por error un correo electrónico de una empresa excolaboradora, dirigido al Sr. García, en el que se le informaba de que pasaría a ser cliente de Car4mi tras haber conversado con él durante los últimos meses y tras conocer “los problemas que arrastra Car4u”.

Lamentablemente para el Sr. García, esta es una prueba bastante sólida de que se podría estar utilizando el listado de clientes de Car4u en Car4mi, lo que sin duda apoyaría el argumento de violación de secreto empresarial de Aussie LTD, al prohibir expresamente al Cliente el uso del know how.

Sin embargo, no todo está perdido. Es cuestionable la admisibilidad de esta prueba en un juicio; no por el hecho de que sea un correo electrónico, debido a que este tipo de soportes ya son admitidos por la jurisprudencia, sino por una posible vulneración de Derechos Fundamentales. En el intercambio habitual de correos electrónicos, no se daría dicha vulneración a la intimidad puesto que el remitente consiente, mediante el envío, al conocimiento de la información del mail por el destinatario. Sin embargo, Aussie LTD recibió por error un correo que iba dirigido a Car4mi. En este caso, realmente no creemos que la mercantil australiana pudiera aportar dicho mail en juicio precisamente por no contar con el consentimiento de la empresa RIS, el remitente.

Más aun, Aussie LTD también tendría que probar que la información se considera secreto empresarial y no conocimiento adquirido por la simple experiencia del trabajador. Es en este punto donde consideramos que el Sr. García encontrará su mejor defensa ante estas alegaciones.

El Sr. García fundó Car4u en 2010, cuando el negocio del *car sharing* en España ni siquiera había nacido todavía, y consiguió posicionar a la compañía en el primer puesto en el mercado español. Esto nos indica que todo aquel conocimiento que se ha utilizado para hacer crecer a Car4u proviene de la amplia experiencia del Cliente en este ámbito, adquirida precisamente por dirigir a la compañía durante un periodo tan extenso. La red de clientes y empresas colaboradoras también es mérito del Sr. García, pues no resulta para nada sencillo introducir un concepto tan novedoso como el del *car sharing* a toda una sociedad en la que no se concebía tal servicio, y especialmente en una época notablemente más analógica que la actual.

A pesar de que Car4u cuente con procedimientos específicos adaptados a las necesidades de los consumidores del servicio, toda esta información ha surgido de las capacidades y experiencia profesional del Sr. García, y que evidentemente mantiene ahora en Car4mi. Es por ello que las estrategias comerciales y la oferta del servicio es tan parecida en ambas compañías. Así pues, toda esta información no tiene por qué ser considerada como secreto empresarial, y podría estar limitada a la experiencia adquirida por el Sr. García después de 10 años en el sector.

Por lo tanto, si Aussie LTD no consiguiese probar que la información se considera secreto empresarial, no se habría cometido el ilícito contenido en el artículo 3.2 LSE, ni, por remisión, la vulneración del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal. Ahora bien: esta conclusión no es posible alcanzarla respecto al listado de clientes, puesto que, en nuestra opinión, las pruebas son lo suficientemente fuertes como para que esa información sí que se considerase como secreto empresarial.

Así, concluimos:

Como puntos a favor de la vulneración del artículo 13 LCD (Car4u), consideramos que el know how de Car4u cumple con los requisitos exigidos para ser entendido como secreto empresarial. Así, la compañía podría ejercer acciones contra el Sr. García, aunque para ello debe ser capaz de probar el efectivo uso del know how; en este caso consideramos que hay indicios suficientes que demuestran una sustracción de información dolosa por parte del Sr. García. Respecto al “robo de los clientes”, se cuenta con el email recibido por error, lo que sería una prueba sólida, aunque es dudosa su aportación como prueba lícita en un proceso judicial debido a una posible violación de Derechos Fundamentales.

Como puntos en contra de la vulneración del artículo 13 LCD (Car4mi), el Sr. García podría defenderse con éxito aduciendo que el know how es entendible como mera experiencia adquirida por haber operado durante 10 años en el mercado del *car sharing*. En este caso dicha información no se consideraría como secreto empresarial y no se entendería vulnerado el artículo 13 LCD. Aun así, el hecho de que muchos antiguos clientes de Car4u ahora lo sean de Car4mi jugaría en su contra y alimentaría las probabilidades de que se apreciase esta infracción.

6. CONCLUSIONES FINALES

Una vez se han examinado todas las cuestiones planteadas por el cliente, procedemos a recopilar las conclusiones alcanzadas en cada uno de los bloques en los que se ha dividido el informe.

Bloque I. Incumplimiento contractual (preguntas UNO, DOS y TRES)

La determinación del objeto del contrato de compraventa de 15 de febrero de 2020 es esencial para conocer la viabilidad de las acciones por el supuesto incumplimiento contractual que pretende instar Aussie LTD contra el Cliente. La realidad es que la mercantil australiana adquirió el 80% de las participaciones de Car4u, pero al encontrar desperfectos en la flota de vehículos de la sociedad, debemos cuestionarnos si, a pesar de haberse realizado un intercambio de *shares*, el contrato debe considerarse de compra de activos.

La voluntad común a la hora de pactar no la conocemos, más allá de que lo interesante para ambas partes era la explotación del negocio, para lo cual los vehículos son irremediamente necesarios. Ante este tipo de supuestos la jurisprudencia ha abogado por considerar ambas soluciones, tomando muy en cuenta las circunstancias concretas de cada caso y el desarrollo de los acontecimientos.

A nuestro juicio, el contrato de compraventa debe ser considerado como únicamente de participaciones debido a la actividad principal de Aussie LTD como fondo de inversión, aunque deberá ser un Juez quien establezca el objeto del pacto. La determinación del mismo tendrá muy importantes consecuencias en la práctica, pues abrirá una vía para Aussie LTD a la hora de alegar incumplimiento del Sr. García en sus obligaciones como vendedor, o eliminará casi por completo esta posibilidad al entender que se ha producido la entrega de las participaciones tal y como se pactó.

Independientemente de la consideración del objeto del contrato, no creemos recomendable que Aussie LTD solicite la resolución del mismo. De hecho, son muy pocos los casos en los que la jurisprudencia ha querido conceder la posibilidad de resolver un contrato en materia de compraventa de empresas; se suele entender como la vía subsidiaria frente al cumplimiento forzoso o a la indemnización, puesto que no favorece a ninguna de las partes y perjudica al tráfico jurídico.

En el caso de considerarse la compraventa como un *asset deal*, Aussie LTD podría optar por exigir el cumplimiento forzoso mediante la acción de saneamiento por vicios ocultos. La

viabilidad de dicha acción es, sin duda, cuestionable; y ello debido al escaso reconocimiento que ha tenido en materia de compraventa de empresas, al breve plazo de ejercicio, y a que el artículo 1486 del CC exige que haya dolo del vendedor para poder recibir una indemnización por daños y perjuicios.

En principio estas afirmaciones son positivas para el Cliente, pero los Jueces y Tribunales podrían aplicar la doctrina *aliud pro alio* a este supuesto, lo que nos situaría en el plano del incumplimiento contractual puro, y sería más difícilmente defendible. En este punto volveríamos a utilizar las conclusiones alcanzadas respecto de la controversia relativa al objeto del contrato.

Si ya de por sí la existencia de dolo en estos casos es complicada de probar, la realización de una Due Diligence previa a la celebración de la compraventa incorpora una dificultad añadida a las bajas posibilidades de éxito del ejercicio de esta acción; y esto porque Aussie LTD, como inversor, tuvo acceso a la información y a las instalaciones de Car4u, por lo que debería haber sido capaz de dar cuenta de cualquier desperfecto en los vehículos. En el caso de que se considerase que Aussie LTD actuó negligentemente en el proceso de DD, se eliminaría la posibilidad de acudir a la vía de vicios ocultos. Por el contrario, si quedase probarse que hubo ocultación de las contingencias por parte del Sr. García, no solamente se estaría confirmando el dolo del Cliente en sus actuaciones (lo que permitiría solicitar daños y perjuicios a Aussie LTD); sino que, además, la acción de vicios ocultos instada por la mercantil cobraría fuerza.

La mejor defensa del Sr. García ante esta acción es la de considerar a Aussie LTD como perito. En este caso, incluso si los desperfectos hubiesen sido ocultados a conciencia, el Cliente no sería considerado responsable. Por las características de la mercantil australiana, la hemos considerado como perito en la materia, y por ello, la diligencia que se le exigía en el proceso de DD era superior a la normal. Sin embargo, Aussie LTD podría darle la vuelta al argumento y utilizarlo contra el Cliente, aduciendo que el Sr. García también es un experto en el negocio del *car sharing*.

Por otro lado, Aussie LTD podría plantearse emprender acciones legales contra los asesores que realizaron la DD. Los mismos serían responsables, si quedase probado, de haber infringido la *lex artis* de la profesión, y deberían indemnizar a la mercantil por los daños y perjuicios causados, los cuales incluirían el daño emergente, el lucro cesante y los daños morales.

Bloque II. Cláusula *rebus sic stantibus* (preguntas CUATRO y CINCO)

Del análisis jurídico realizado de la cláusula *rebus*, inferimos que es una doctrina aplicable en aquellas situaciones en las que las circunstancias bajo las que los contratantes pactaron se han

alterado de forma sobrevenida e imprevisible, rompiendo el equilibrio prestacional entre ambas partes. No aparece regulada en el Derecho español, por lo que su consideración es completamente jurisprudencial y doctrinal, y se presenta como una modulación del principio *pacta sunt servanda* (“los pactos deben cumplirse”).

La corriente más tradicional venía entendiendo la cláusula *rebus* como una figura peligrosa y de aplicación cautelosa, debido a que altera los pilares esenciales sobre los que se asienta la teoría general contractual de cumplimiento de prestaciones bajo cualquier circunstancia. Su reconocimiento era rechazado prácticamente en todos los supuestos por considerar que no se cumplían los requisitos exigidos, y es esta la doctrina que venía siguiendo el Tribunal Supremo hasta 2014, cuando se inició la corriente más moderna y flexible. La misma pretendió abrir la veda para una posible codificación de la cláusula o, al menos, para su aplicación de forma más normalizada.

Hoy en día nos encontramos con resoluciones judiciales que siguen una u otra doctrina y ni siquiera el TS cuenta con un criterio homogéneo. Es por ello que la cláusula *rebus* continúa siendo una figura muy poco agradecida, ya que es imposible prever el resultado de un proceso en el que se recurre a la misma. No obstante, debido a la crisis sanitaria desencadenada en marzo de 2020 con motivo del coronavirus, la cláusula *rebus* ha experimentado un auge en su consideración, e incluso podríamos afirmar que, dadas las circunstancias, los Tribunales están siendo más flexibles a la hora tenerla en cuenta como solución a las controversias planteadas.

El COVID-19 constituye una situación sin precedentes a nivel mundial, por lo que ha sido reconocido como un evento sobrevenido, imprevisible y extraordinario. Esta consideración debería propiciar una aplicación de la cláusula *rebus* notablemente más positiva que la que se venía realizando hasta el momento; y, aunque así ha sido en muchos casos, es imposible afirmar un cambio en el entendimiento de dicha figura. Y ello debido a que la pandemia es un evento muy reciente, y las resoluciones con las que contamos hasta el momento podrían ser interpretadas de forma diferente en instancias superiores; de hecho, ni siquiera ha dado tiempo a que el TS se pronuncie sobre la mayoría de estos supuestos.

El Cliente nos planteaba la duda de si esta figura podría ser aplicada para solicitar la suspensión y el aplazamiento de las cuotas del préstamo bancario que suscribió Car4u con la entidad bancaria el 15 de febrero de 2020; y de si, en el contrato de arrendamiento de las oficinas, se debería buscar otra vía argumental más plausible a la hora de solicitar la suspensión del abono de la renta.

Respecto del préstamo bancario, es complicado alcanzar una conclusión debido a que únicamente existe un pronunciamiento judicial, el Auto 155/2020, de 30 de abril, que ha aplicado esta figura a un supuesto con las mismas características que el caso del Cliente. Sin embargo, el mismo ni siquiera es una resolución firme y podría resolverse en un futuro rechazando la doctrina de la *rebus*.

Hemos examinado la procedencia de cada uno de los requisitos que exige la jurisprudencia, y entendemos que todos se cumplen, con ciertos matices, a excepción del de la excesiva onerosidad y ruptura del equilibrio entre los contratantes, que es discutible, y podría ser el motivo por el que un Juez rechazara la suspensión del pago las cuotas.

A nuestro juicio, sería posible una eventual suspensión de las cuotas del préstamo amparándonos en la cláusula *rebus* y en el contexto de la pandemia; aun así, actualmente es una figura muy impredecible, y de hecho, no consideramos que sea un mecanismo especialmente adecuado para la resolución de este tipo de controversias. Implica un análisis caso por caso, dificulta el funcionamiento del tráfico jurídico, y la falta de un criterio jurisprudencial homogéneo no hace más que alimentar la teoría sostenida por la corriente tradicional de que es una figura peligrosa e incluso dañina para el Derecho.

En relación con el contrato de arrendamiento, hemos examinado dos vías, la de la fuerza mayor, y la de la cláusula *rebus*. Existe una gran discusión doctrinal acerca de las consecuencias que debería tener el COVID-19 en este tipo de contratos, y lo cierto es que, de nuevo, no hay uniformidad en los criterios; hay autores que entienden que el coronavirus debe considerarse fuerza mayor y otros que no, lo que, naturalmente, acarrea consecuencias muy dispares en la práctica. Es por ello que se ha realizado un análisis por separado de la “imposibilidad” de acceso a las oficinas y de la “imposibilidad” de pago de las rentas.

La imposibilidad de Car4u de acceder a las oficinas por encontrarse en una zona confinada durante 5 meses no se ha materializado. Ninguna disposición del Gobierno suspendió el desarrollo del *car sharing* y las oficinas continuaron siendo operativas; además, los desplazamientos al lugar de trabajo estaban justificados. Por ello no podemos apreciar que Car4u se haya visto imposibilitado objetivamente de gozar pacíficamente del inmueble, como sí ocurre, de forma innegable, en aquellos negocios que vieron su actividad suspendida por completo por la legislación de emergencia.

La imposibilidad de pago, en principio, tampoco sería reconocida en el caso del Cliente, y sería más conveniente hablar de una excesiva onerosidad a la hora de hacer frente a la renta. La consideración de la cláusula *rebus*, sin embargo, también es dudosa, debido a que la

jurisprudencia que aplica dicha figura exige que se dé un nexo causal entre los resultados económicos negativos y la imposibilidad de acceder al inmueble para explotar el negocio. Car4u no necesita de unas oficinas para prestar sus servicios, por lo que dicha conexión es inexistente.

No obstante, tras analizar los requisitos de la cláusula *rebus*, entendemos que su aplicación en abstracto es posible, aunque, debido a la falta de resoluciones jurisprudenciales sobre arrendamientos de oficinas en el contexto del COVID-19, no podemos afirmar que fuese reconocida.

La jurisprudencia entiende que una deuda pecuniaria nunca será imposible de cumplir en su sentido más puro, porque el dinero nunca desaparece del tráfico económico. Se aplica en estos casos la figura de la frustración del fin del contrato, pero debido a las circunstancias concretas de Car4u, dudamos que se reconociese la misma y por eso rechazamos la fuerza mayor desde el punto de vista de la capacidad de hacer frente al pago de la renta.

En general, es importante tener en cuenta que la suspensión de los arrendamientos en el contexto del COVID-19 y su entendimiento como fuerza mayor o un supuesto de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* está siendo hoy en día discutido por la doctrina, que se encuentra claramente dividida. De hecho, algunos autores proponen soluciones a caballo entre ambas figuras; consideran la imposibilidad de cumplimiento de la obligación del arrendador por fuerza mayor, pero también entienden que se debe invocar la cláusula *rebus* y revisar o adaptar el contrato en la medida de lo posible.

Bloque III. Sociedad competidora “Car4mi” (pregunta SEIS)

El examen de la cláusula de no competencia contenida en el contrato de compraventa entre Car4u y Aussie LTD debe ser realizado desde el plano del incumplimiento contractual. La misma limita el normal funcionamiento del mercado del *car sharing*, pero se considera válida; y ello porque se incluye en un contrato cuyo objetivo no es el de promover las prácticas desleales.

El contenido de la cláusula, concretamente, el plazo establecido, es el que no es adecuado. El Derecho español no regula ningún límite temporal al que deban de acogerse este tipo de pactos, pero la Comisión Europea establece, a modo orientativo, un máximo de dos años si sólo se cede el fondo de comercio, y un máximo de tres si también se incluye el know how y la cartera de clientes.

La cláusula de nuestro supuesto limita la competencia durante 10 años, por lo que es claramente excesiva, y mediante el principio de la reducción conservadora de la validez, un Juez

declararía nulo el exceso temporal, manteniendo como válidos los 3 primeros años. No obstante, al ser estos límites la regla general, sería probable que Aussie LTD pretendiese que la cláusula se entendiese como válida durante el máximo tiempo posible, aunque no consideramos que ello prosperase.

A la hora de examinar las posibles conductas desleales, ha de tenerse en cuenta que el mercado del *car sharing* ofrece servicios homogéneos, es decir, con pocos elementos singulares que permitan distinguirlos de los de cada competidor. Es por ello que factores como la estrategia de mercado o la forma de trabajar de cada empresa no son suficientemente distintivos como para que el consumidor medio sepa diferenciarlos, ni son idóneos para generar asociación entre los servicios ofrecidos por cada empresa.

El riesgo de confusión al que se refiere el artículo 6 de la LCD exige un análisis pormenorizado por parte de los Jueces en el que se realiza una comparación de los elementos utilizados al presentar un producto o servicio en el mercado, tales como el envoltorio, los colores, la disposición de los elementos, las imágenes, etc. Nos es imposible realizar dicho examen, pues corresponde a los Tribunales y no contamos con los datos necesarios para formular nuestra opinión.

Sin embargo, consideramos que, en el supuesto de tener que articular una defensa ante la alegación de Aussie LTD de vulneración de este artículo, sería perfectamente plausible elaborar una argumentación pormenorizada que consiguiese convencer al Tribunal de que no hay riesgo de confusión. Para ello, se debería realizar un examen de cada uno de los elementos utilizados por Car4u y Car4mi que puedan reputarse similares, para concluir que no se da dicho riesgo de confusión en el consumidor medio.

El riesgo de asociación, tipificado en el artículo 11 de la LCD, aboga por el principio de libre imitabilidad, aunque con ciertos límites. No existe una regla concreta que permita saber en qué situaciones se pueden reproducir estrategias o elementos utilizados por el competidor, sino que hay que atender a diversos factores que la doctrina ha considerado de formas dispares.

Consideramos que, en el caso del Cliente, el argumento que más posibilidades tiene de ser acogido como defensa es el del escaso margen de variabilidad que tienen los competidores en el mercado; al ofrecerse prestaciones homogéneas a un tipo de consumidor concreto, las empresas deben adaptarse a las demandas que éste realiza, por lo que sus estrategias serán muy similares. Por ello, el método seguido por Car4mi, aunque sea similar al de Car4u, no debería reportarse como desleal.

Por otro lado, se recuerda que la LCD y la LM se rigen por el principio de complementariedad relativa. Este principio implica que una misma conducta no podrá considerarse ilícita en base a ambas leyes, puesto que protegen bienes jurídicos diferenciados. Por ello, su aplicación dependerá de cómo se formule la demanda y de los argumentos que se utilicen.

Para comprobar si Aussie LTD tendría posibilidades de éxito instando una acción marcaria, se debe realizar el juicio de confundibilidad entre ambos signos, “Car4u” y “Car4mi”. Tras analizar sus semejanzas fonéticas, visuales, conceptuales y en las prestaciones ofrecidas, hemos llegado a la conclusión de que sí podría considerarse que existe riesgo de confusión en los consumidores entre ambas marcas.

Por ello, la mejor defensa del Cliente sería argumentar lo contrario, basándose para ello en las diferencias apreciables, como la significación conceptual, y apoyándose en el hecho de que al ser Car4mi una marca registrada, ha superado el filtro de la OEPM. Además, sería interesante explorar la vía de la posible caducidad de Car4u, ya que es una marca inscrita hace más de 10 años.

Respecto a la posible vulneración del artículo 12 (aprovechamiento desleal de la reputación ajena), la propia jurisprudencia ha reconocido que existe un solapamiento normativo entre este artículo y el artículo 6 LCD. Por ello, bajo nuestro punto de vista, Aussie LTD solo podría alegar la infracción de este artículo si los Tribunales considerasen que no se ha producido vulneración del artículo 6 LCD ni de la normativa marcaria, puesto que los argumentos, tanto para Aussie LTD como para el Cliente en su defensa, serían los mismos.

Finalmente, debemos recordar que para que una determinada información o know how se encuentre amparada por la Ley de Secretos Empresariales, debe cumplir con los requisitos establecidos en la misma: debe ser secreto (en el sentido de no generalmente conocido por las personas con acceso al mismo); debe tener un valor empresarial por ser secreto; y debe haber sido objeto de medidas de seguridad razonables.

En el caso que nos ocupa, consideramos que el know how de Car4u sí podría ser considerado como secreto empresarial, y por ello, Aussie LTD podría instar acciones por violación de secreto de acuerdo con el artículo 3.2 de la LSE, ya que nos encontramos en un supuesto de prohibición de utilización del know how como obligación contractual.

Para que sus pretensiones fuesen acogidas, la mercantil australiana debería probar que existen indicios de utilización del know how, y que la información es efectivamente secreto empresarial. Entendemos que hay suficientes indicios de utilización del know how por parte del Sr. García, especialmente en relación a los clientes, ya que Car4mi ha “robado” numerosos

clientes a Car4u en un periodo corto de tiempo. Esta prueba es suficientemente sólida como para considerar que existe una violación del secreto profesional, aunque ha de tenerse en cuenta la posible vulneración de Derechos Fundamentales que impediría su aportación en juicio.

Sin embargo, consideramos muy plausible que el Cliente alegue que el know how no es secreto empresarial, sino conocimiento técnico y habilidades adquiridos por su gran experiencia en el sector del *car sharing*.

Por lo tanto, respecto a la información de los clientes, sí podría considerarse que hay vulneración del artículo 13 de la LCD, siempre y cuando el correo pudiese aportarse como prueba; en cambio, no respecto del resto de información, tal como las estrategias de mercado.

RELACIÓN DE FUENTES UTILIZADAS

TRABAJOS DOCTRINALES

Libros y capítulos de libros

Albaladejo García, M., “Derecho civil. Tomo II, Derecho de obligaciones”, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 468 y ss.

Campá, J., Cano, P., Enrich, I., López, V., Moll de Alba, C., Naveira, J.J., Orduña, J., Plaza, J., Peiron, S., Ribatallada, M., Serra, M., Vallejo, C., “Cláusula *rebus sic stantibus*”, VLex, Barcelona, 2021.

Martínez Velencoso, L.M. y Orduña Moreno, J., “La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado”, Civitas, Madrid, 2017.

Lanzón Martínez, F., “Responsabilidad extracontractual en el marco de un contrato de compraventa de acciones. Comentario al Laudo Final de 16 de julio de 2010”, en *2012 Práctica Contenciosa para abogados. Los casos más relevantes sobre la litigación y arbitraje en 2011 de los grandes despachos*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, junio 2012.

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

Yago de Sevilla, M. y Lobato García-Miján, M., “Violación de secretos empresariales”, en *Comentarios a la ley de secretos empresariales*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, junio 2020.

Artículos de revista

Agüera, S. y Martín, A., “La cláusula ‘rebus sic stantibus’ y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales.”, *Aranzadi digital* 1/2014, 2014.

Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus y su aplicación a las operaciones inmobiliarias.”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 49, 2018, pp. 115-140.

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

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

Buades Feliu, J., “Estando así las cosas. *Rebus sic stantibus*”, *Diario La Ley*, 27 de noviembre de 2014.

Castillo Martínez, C.C., “Cláusula rebus y derecho contractual. La armonización entre el principio *pacta sunt servanda* y la regla *rebus sic stantibus*”, *Actualidad Civil*, vol. 6, junio 2021.

Díaz de Lezcano Sevillano, I., “Saneamiento por gravámenes ocultos (análisis del artículo 1483 del Código Civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, fascículo I, enero-marzo de 1993, pp. 123-162.

Fernández Campos, J.A., “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 20, 2002, pp. 35-53.

Fernández Ruiz-Gálvez, E., “*Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 33, 2017, pp. 63-98.

Fornés, J., “Error y dolo: fundamentos y diferencias”, *Ius Canonicum*, vol. 35, nº 69, 1995, pp.165-181

Gili Saldaña, M., “Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 21 de diciembre de 2009 (JUR 2010\24346; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz)”, *InDret*, 2/2010, 2010.

Gómez Pomar, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, 3/2007, 2007.

González Hernández, R., “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. 46, 2013, pp. 203-214.

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

Melón Pardo, C., “Primeras reflexiones sobre el impacto del COVID-19 en los arrendamientos urbanos”, *Actum Inmobiliario & Urbanismo*, nº 49, octubre-diciembre 2019.

Mocholí, E., “Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19”, *Actualidad Civil*, vol. 5, mayo 2020.

Morales Moreno, A.M., “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, nº 3, 1982, pp. 591-684.

Oliva Blázquez, F., “Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 28, 2020, pp. 142-163.

Restrepo Rivera, J.M., “¿Es posible la resolución unilateral en España?”, *Revista CES Derecho*, vol. 8, nº 2, julio-diciembre de 2017, pp. 322-332.

Artículos en webs/blogs

Carrasco, A., “Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o el lobby hacen su agosto”, *Centro de Estudios de Consumo*, 22 de abril de 2020.

<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4565-locales-de-negocio-cerrados-por-covid-la-barbarie-o-el-lobby-hacen-su-agosto-segunda-versi%C3%B3n-reforzada-para-los-incr%C3%A9dulos>.

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

Ezzedine, A., “Rebus sic Stantibus en la era Covid: grandes hitos jurisprudenciales”, *Economist & Jurist*, 10 de octubre de 2021. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/rebus-sic-stantibus-en-la-era-covid-grandes-hitos-jurisprudenciales/>.

García-Boente Dávila, G., “Fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus*”, *Notarios y Registradores*, 14 de abril de 2020.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/fuerza-mayor-y-clausula-rebus-sic-stantibus/>.

Pantaleón, F., “Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales”, *Almacén de Derecho*, 23 de abril de 2020.

<https://almacenederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales>.

Redacción E&J, “La AP de Álava respalda aplicar la cláusula rebus en beneficio del arrendatario de un comercio afectado por la pandemia”, *Economist & Jurist*, 21 de octubre de 2021. <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/jurisprudencia/la-ap-de-alava-respalda-aplicar-la-clausula-rebus-en-beneficio-del-arrendatario-de-un-comercio-afectado-por-la-pandemia/>.

Suñol, A., “Incumplimiento de la prohibición de competencia y competencia desleal”, *Almacén de Derecho*, 22 de enero de 2016. <https://almacenederecho.org/incumplimiento-de-la-prohibicion-de-no-competencia-y-competencia-desleal>.

Trabajos académicos

Bayón Bustillo, J.M., “La cláusula *rebus sic stantibus* en el ordenamiento jurídico español. Doctrina y evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo”, Trabajo de Fin de Máster de la Universidad de Alcalá, 2021.

Castiñeira Jerez, J., “La inexigibilidad de la prestación contractual ante la alteración sobrevenida de las circunstancias”, Tesis doctoral de Esade Law School – Universitat Ramon Llull, 2015.

El Gharbi El Khoulati, H., “El incumplimiento del vendedor: saneamiento por vicios ocultos, ‘Aliud pro alio’ y compraventa de productos de consumo”, Trabajo de Fin de Grado de la Universitat de les Illes Balears, 2014.

García Caracuel, M., “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales”, Tesis doctoral de la Universidad de Málaga, 2013.

García Miró, M., “La Due Diligence Legal y sus efectos en la compraventa de empresas”, Trabajo de Fin de Máster de la Universidad de Barcelona, 2015.

García Vallejo, M.M., Trabajo de Fin de Máster de la Universidad Pontificia de Comillas, 2021.

Sanz Cristóbal, A., “La cláusula *rebus sic stantibus* en el contexto de la pandemia por la Covid-19 (particular referencia al arrendamiento)”, Trabajo de Fin de Grado de la Universidad de Valladolid, 2021.

Vila Recio, E., “La cláusula de Manifestaciones y Garantías en la adquisición de empresas”, Trabajo de Fin de Grado de la Universidad Pontificia de Comillas, 2020.

OTROS DOCUMENTOS

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03), 5 de marzo de 2005.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52005XC0305%2802%29>.

Comisión Europea, Decisión COMP/M.1980, caso Volvo/Renault, de 1 de septiembre de 2000 (texto solo publicado en inglés).

https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1980_en.pdf.

Oficina Española de Patentes y Marcas, Guía de examen de prohibiciones relativas de registro, diciembre 2020.

https://www.oepm.es/es/signos_distintivos/marcas_nacionales/Guia_examen_prohibiciones_registro/.

JURISPRUDENCIA (en orden cronológico ascendente)

Tribunal Supremo

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 6 de julio de 1984 (a falta de número de Sentencia, referencia de La Ley: 8964-JF/0000).

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 3 de febrero de 1986 (a falta de número de Sentencia, referencia de La Ley: 352/1986).

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 857 de 6 de octubre de 1994, FJ 6.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 888/1995 de 16 de octubre de 1995, recurso 838/1992 (FJ 4 y 5).

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 194/2000 de 3 de marzo de 2000, recurso 1556/1995.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 533/2000 de 31 de mayo de 2000, recurso 2332/1995.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 671/2000 de 30 de junio de 2000, recurso 2286/1995.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1026/2001 de 31 de octubre de 2001, recurso 2198/1996, FJ 1.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 699/2003 de 10 de julio de 2003, recurso 3457/1997, FJ 3.

STS Sala Primera de lo Civil, Sentencia 533/2005 de 29 de junio de 2005, recurso 148/1999.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 211/2006 de 24 de febrero de 2006, recurso 2441/1999.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 852/2009 de 21 de diciembre de 2009, recurso 1694/2005.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 129/2010 de 5 de marzo de 2010, recurso 2559/2005.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 366/2010 de 15 de junio de 2010, recurso 804/2006, FJ 11.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 888/2010 de 30 de diciembre de 2010, recurso 1396/2006.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 230/2011 de 30 de marzo de 2011, recurso 1569/2007.

STS Sala Primera de lo Civil, Sentencia 542/2011 de 22 de julio de 2011, recurso 1102/2008, FJ 4.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 686/2011 de 19 de octubre de 2011, recurso 465/2008.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 294/2012 de 18 de mayo de 2012, recurso 185/2010.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 807/2012 de 27 de diciembre de 2012, recurso 1130/2010, FJ 4.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 537/2013 de 14 de enero de 2014, recurso 391/2011.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 333/2014 de 30 de junio de 2014, recurso 2250/2012.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 591/2014 de 15 de octubre de 2014, recurso 2992/2012.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 27/2015 de 29 de enero de 2015, recurso 103/2013.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 266/2015 de 19 de mayo de 2015, recurso 721/2013.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 450/2015 de 2 de septiembre de 2015, recurso 2406/2013.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 94/2017 de 15 de febrero de 2017, recurso 1475/2014.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 305/2017, de 17 de mayo de 2017, recurso 2324/2014, FJ 3.

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 187/2019 de 27 de marzo de 2019, recurso 1120/2015, FJ 4.

STS Sala Primera de lo Civil, Sentencia 368/2019 de 27 de junio de 2019, recurso 3464/2016, FJ 3.



STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 119/2020 de 20 de febrero de 2020, recurso 2145/2017.

Audiencias Provinciales

SAP de A Coruña, Sección 4ª, Sentencia 357/2005 de 29 de septiembre de 2005, recurso 1305/2005.

SAP de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 164/2008 de 9 de mayo de 2008, recurso 189/2007.

SAP de Barcelona, Sección 14ª, Sentencia 289/2010 de 29 de abril de 2010, recurso 359/2009, FJ 1.

SAP de Alicante, Sección 8ª, Sentencia 132/2012 de 20 de marzo de 2012, recurso 54/2012, FJ 2.

SAP de Madrid, Sección 18ª, Sentencia 152/2013 de 5 de abril de 2013, recurso 19/2013.

SAP de Cartagena, Sección 5ª, Sentencia 76/2014 de 9 de mayo de 2014, recurso 61/2014.

SAP de Barcelona, Sección 1ª, Sentencia 321/2014 de 14 de julio de 2014, recurso 736/2012, FJ 2.

SAP de Barcelona, Sección 16ª, Sentencia 62/2016 de 3 de marzo de 2016, recurso 742/2014.

SAP de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 1738/2019 de 7 de octubre de 2019, recurso 31/2019.

SAP de Murcia, Sección 4ª, Sentencia 874/2019 de 14 de noviembre de 2019, recurso 1240/2019.

SAP de Tarragona, Sección 3ª, Sentencia 196/2020 de 4 de junio de 2020, recurso 986/2018, FJ 2.

SAP de Les Illes Balears, Sección 4ª, Sentencia 364/2020 de 10 de septiembre de 2020, recurso 24/2020, FJ 4.

SAP de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 2757/2020 de 16 de diciembre de 2020, recurso 1419/2020.

SAP de Asturias, Sección 7ª, Sentencia 177/2021 de 28 de abril de 2021, recurso 682/2020, FJ 3.

SAP de Madrid, Sección 10ª, Sentencia 399/2021 de 20 de julio de 2021, recurso 533/2021.

Juzgados de Primera Instancia

SJPI nº 20 de Barcelona, Sentencia 1/2021 de 8 de enero 2021, procedimiento ordinario 444/2020.

SJPI nº 6 de Pamplona/Iruña, Sentencia 150/2021 de 4 de mayo de 2021, recurso 745/2020.

SJPI nº 20 de Madrid, Sentencia 256/2021 de 28 de julio de 2021, recurso 661/2020.

SJPI nº 4 de Santiago de Compostela, Sentencia de 2 de septiembre de 2021, procedimiento ordinario 807/2020.

SJPII nº 1 de Leganés, Sentencia 158/2021 de 13 de septiembre de 2021, recurso 28/2021.

AJPI nº 60 de Madrid, Auto 155/2020 de 30 de abril de 2020, recurso 310/2020.

AJPI nº 2 de Benidorm, Auto 162/2020 de 7 de julio de 2020, pieza de medidas cautelares 601/2020.

AJPI nº 60 de Madrid, Auto 33/2021 de 18 de enero de 2021, recurso 713/2020.

LEGISLACIÓN (en orden cronológico ascendente)

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

Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. (BOE nº 129, de 29 de mayo de 1992).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000).

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

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

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

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

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

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

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

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

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