



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

## **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

# **DICTAMEN SOBRE LA COMPRAVENTA DE LA EMPRESA CAR4U A TRAVÉS DE LA TRANSMISIÓN DE UN PAQUETE DE PARTICIPACIONES SOCIALES**

Realizado por:

**Julieta Touris Torre**

Con el objeto de:

Resolver las controversias surgidas en relación con la posibilidad de resolución del contrato, el ejercicio de la acción de incumplimiento contractual y la acción de saneamiento por vicios ocultos, la aplicabilidad de la cláusula *Rebus sic stantibus* y el pacto de no competencia.

Tutor del TFM:

**José Antonio Calleja Alija**

Universidad Pontificia de Comillas  
Máster de Acceso a la Abogacía Curso 2021/2022  
Madrid, 10 de enero de 2022

## RESUMEN

En este documento se analizan distintas cuestiones jurídicas planteadas en el contexto de una compraventa de empresa que se realiza a través de la transmisión de un paquete de participaciones sociales. Estas cuestiones se dividen en tres bloques diferenciados.

En el primer bloque se analiza la posibilidad de resolución del contrato, considerando la responsabilidad que le corresponde a cada parte y teniendo en cuenta la diligencia exigida a cada una en la transacción. Así, se plantea la posibilidad de ejercicio por parte del comprador de una acción por incumplimiento contractual y de una acción de saneamiento por vicios ocultos, así como la posible defensa del vendedor.

En el segundo bloque se analiza la posibilidad de invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el contexto de la situación derivada de la pandemia provocada por el COVID-19, tanto en relación con un contrato de préstamo, como con un contrato de arrendamiento de local de negocio.

Por último, en el tercer bloque se analiza la posibilidad de actuación del vendedor ante el incumplimiento por parte del comprador de un pacto de no competencia, las consecuencias de este incumplimiento, así como la posibilidad de que este pacto se haya incluido en distintos tipos de contratos. Además, se hace una breve referencia sobre una posible vulneración a la Ley de Marcas.

## ABSTRACT

This document analyzes different legal issues raised in the context of a Sale and Purchase Agreement through the form of share deal. These issues are divided into three different sections.

In the first section, the possibility of termination of the contract is analyzed, considering the liability of each party and taking into account the diligence required of each party in the transaction. Thus, the possibility of exercise by the buyer of an action for breach of contract and of a remedy for hidden defects is considered, as well as the possible defense of the seller.

The second section analyzes the possibility of invoking *the rebus sic stantibus* clause in the context of the situation arising from the pandemic caused by COVID-19, both in relation to a loan contract and an office rental agreement.

Finally, the third section analyzes the possibility of action of the seller in the event of breach by the buyer of a non-competition covenant, the consequences of such breach, as well as the possibility that this covenant has been included in different types of contracts. In addition, a brief reference is made on a possible infringement of the Trademark Law.

# PALABRAS CLAVE, SIGLAS, TÉRMINOS EN INGLÉS Y TÉRMINOS EN LATÍN

## ***Palabras clave***

*Due diligence*, Manifestaciones y Garantías, resolución del contrato, acción por incumplimiento contractual, acción de saneamiento por vicios ocultos, cláusula *rebus sic stantibus*, pacto de no competencia.

## ***Key words***

*Due diligence*, *Representation & Warranties*, termination of the contract, action for breach of contract, remedy for hidden defects, *rebus sic stantibus* clause, non-competition covenant.

## ***Siglas***

- CC: Código Civil
- CCom: Código de Comercio
- TRLSC: Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- LCD: Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
- LDC: Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia
- LOPD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
- LM: Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas

## ***Términos en inglés:***

- *Mergers & Acquisitions*
- *Due Diligence*
- *Representations and Warranties*
- *Caveat Emptor*
- *Car sharing*

- *Data Room*
- *Check list*
- *Queries & Answers (Q & A)*
- *Engagement letter*
- *Disclosure Letter*
- *Side letter*
- *Specific indemnities*
- *Off the hook clause*
- *Materiality Clause*
- *Cap*
- *Basket*
- *Signing*
- *Closing*
- *Carve-out*
- *Bring down letter of representations*
- *Waivers*
- *Warranty & Indemnity Insurance (W & I)*
- *Know-how*
- *Material adverse change*

***Términos en latín:***

- *Redhibitoria*
- *Quanti minoris*
- *Rebus sic stantibus*
- *Pacta sunt servanda*
- *Fumus boni iuris*
- *Periculum in mora*

# ÍNDICE

## **1. Resumen de los hechos** (página 7)

## **2. Bloque 1** (p. 9)

### **2.1. Cuestiones jurídicas a analizar** (p. 9)

### **2.2. Delimitación de la responsabilidad de las partes - Aspectos a considerar** (p. 10)

2.2.1. Deber de diligencia (p. 10)

2.2.2. *Due Diligence* (p. 11)

- Carta de intenciones (p. 12)
- Carta de encargo (p. 12)

2.2.3. Contrato (p. 13)

2.2.4. Cláusula de manifestaciones y garantías (p. 14)

- Manifestaciones (p. 14)
- Garantías (p. 15)
- Cláusulas de limitación de responsabilidad (p. 15)
- Disclosure Letter (p. 16)
- Paquete de Indemnities (p. 16)
- Side Letter (p. 17)

### **2.3. Acción por incumplimiento contractual** (p. 17)

2.3.1. Posibilidad de resolución del contrato de compraventa (p. 18)

2.3.2. Otorgamiento de manifestaciones y garantías (p. 21)

- Manifestación sobre un hecho o circunstancia concreto (p. 21)
- Manifestación de creencia (p. 24)
- Manifestación de conducta futura (p. 25)
- Metamanifestación (p. 26)

### **2.4. Acción de saneamiento por vicios ocultos** (p. 26)

## **3. Bloque 2** (p. 31)

### **3.1. Cuestiones jurídicas a analizar** (p. 31)

### **3.2. Fuerza mayor** (p. 31)

### **3.3. Buena fe** (p. 32)

### **3.4. Cláusula *rebus sic stantibus*** (p. 32)

### **3.5. Medidas adoptadas por el Gobierno a causa de la pandemia del COVID-19** (p. 34)

### **3.6. Resolución de las cuestiones jurídicas planteadas** (p. 35)

3.6.1. Contrato de préstamo (p. 36)

3.6.2. Contrato de arrendamiento (p. 41)

## **4. Bloque 3** (p. 47)

### **4.1. Cuestiones jurídicas a analizar** (p. 47)

### **4.2. Cláusula de no competencia y tipos de contrato** (p. 48)

4.2.1. Contrato de compraventa (p. 48)

- Penalización (p. 51)
- Delimitación material (p. 51)
- Contratación de detective (p. 52)
- Acto de denigración (p. 53)
- Violación de la Ley de Protección de Datos (p. 54)
- Delimitación temporal y geográfica (p. 55)

4.2.2. Contrato laboral o mercantil (p. 56)

4.2.3. Contrato entre socios (p. 57)

### **4.3. Violación por uso de marca** (p. 58)

- Acto de confusión (p. 59)

## **5. Conclusiones** (p. 61)

## **6. Referencias utilizadas** (p. 66)

### **6.1. Normativa aplicable** (p. 66)

### **6.2. Jurisprudencia** (p. 66)

### **6.3. Bibliografía** (p. 68)

### **6.4. Webgrafía** (p. 69)

# 1. RESUMEN DE LOS HECHOS

**Primero.-** En el año 2010, Nicolás García, empresario, constituye la empresa Car4u, S.L. Se trataba de una empresa de *car sharing*. Car4u en el año 2020 era la empresa de *car sharing* número 1 en España y estaba presente en Madrid, Barcelona, Zaragoza, Valencia y Málaga.

**Segundo.-** A principios de enero del año 2020, el fondo de inversión australiano Aussie LTD contacta con el Sr. García, ya que estaba interesado en adquirir un paquete mayoritario de las participaciones de Car4u. Cabe destacar que Aussie LTD estaba entre los diez fondos de inversión más grandes del mundo, invirtiendo en empresas muy variadas. Además, ya tenía participaciones en cuatro empresas de *car sharing* que operaban en Vancouver, Boston, Sydney y Roma.

**Tercero.-** El Sr. García ve oportunidad para vender parte de su negocio y, con el dinero ganado, empezar otro nuevo negocio. Así, firma un acuerdo de confidencialidad con Aussie LTD, dándole acceso a toda la información e instalaciones de Car4u para que pueda realizar un proceso de *Due Diligence*.

**Cuarto.-** De esta manera, Aussie LTD contrata diversos asesores, todos ellos empresas que ofrecen servicios de primer nivel, para realizar el proceso de *Due Diligence* de manera que puedan conocer todos los detalles de Car4u para valorar el negocio y poder establecer el precio. Durante el proceso de *Due Diligence* se detectan algunas contingencias que hacen que el precio ofrecido al Sr. García por las participaciones sea menos que el inicialmente pretendido.

**Quinto.-** Finalmente, el Sr. Nicolás y Aussie LTD llegaron a un acuerdo, firmando el 15 de febrero del 2020 un contrato de compraventa sujeto a derecho español, por el que Aussie LTD adquirió las participaciones sociales representativas de un 80% del capital social de Car4u por un precio de 3.500.000 € que fueron pagados ese mismo día.

**Sexto.-** Con Aussie LTD como titular de las participaciones, el mismo día de la compra Car4u toma un préstamo bancario para invertir en la compra de nuevos vehículos. De conformidad con el préstamo, Car4u debía pagar intereses mensualmente y un repago de cuotas del principal en junio y en diciembre. Pocos días después de adquirir las participaciones, Aussie LTD descubre que un porcentaje bastante alto de vehículos está averiado y requiere reparaciones por un importe total de 300.000 €.

**Séptimo.-** Por otro lado, en plenas discusiones por los coches averiados, la pandemia del Covid-19 llega a España y se declara el estado de alarma en todo el país. Como consecuencia, los ciudadanos no pueden salir de sus hogares y los que lo hacen no usan el servicio de Car4u. La actividad de la empresa se detiene casi por completo, la mayoría de los empleados son incluidos en los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y los resultados de la empresa se reducen drásticamente. Como consecuencia, Car4u paraliza por completo su actividad y deja de tener liquidez para hacer frente a los pagos del préstamo. Para evitar incumplir con las obligaciones del préstamo, Car4u presenta ante los juzgados una solicitud de medidas cautelares inaudita parte para suspender durante un año el pago de intereses devengados y cuotas del principal invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.

**Octavo.-** Una vez superada la pandemia, el negocio de Car4u repunta debido al aumento de los desplazamientos en coche a nivel mundial. Meses más tarde, Aussie LTD se percató de una nueva compañía en el mercado, que tiene un nombre, forma de trabajar, campañas publicitarias y estrategia de mercado muy parecidas a Car4u, llamada "CAR4mi". Esta nueva empresa provoca ralentización de resultados de Car4u, ya que buena parte de sus clientes se pasan a la competencia, incluidas empresas con las que Car4u tenía firmados convenios de colaboración.

Tras indagar en la titularidad de esta compañía descubren que su máxima accionista es Dña. Beatriz Madariaga, a quien reconocen al ver su foto en internet, ya que había acudido a la firma del contrato de compraventa del 15 de febrero de 2020 como acompañante del Sr. García. En consecuencia, Aussie LTD contrata un investigador privado para averiguar la conexión entre Dña. Beatriz y el Sr. García y descubren que conviven al menos desde el inicio de la pandemia.

**Noveno.-** Así, Aussie LTD revisa el contrato de compraventa para comprobar el régimen de no competencia del mismo Y constata que se había incluido una obligación expresa que prohibía al Sr. García operar directamente o a través de terceros en el mercado de *car sharing* durante diez años, así como utilizar el *know-how* de Car4u sin autorización.

**Décimo.-** Además, la directora de Ramiro Investments S.A., una de las empresas que tenía suscrito el convenio de colaboración más importante con Car4u envía por error un e-mail a Aussie LTD, pensando que lo escribía a Car4mi, empresa con la que acababa de empezar una colaboración. El correo iba dirigido al Sr. García y establecía que había sido un placer conversar con el mismo durante los meses pasados para entender el funcionamiento del negocio de *car sharing*, que teniendo en cuenta los problemas de Car4u que el Sr. García había comunicado, habían decidido empezar a colaborar con Car4mi y, por último, que saludara a Dña. Beatriz y le dijera que se pondría en contacto con ella para formalizar lo que fuera necesario.

## 2. BLOQUE 1

### 2.1. Cuestiones jurídicas a analizar:

*1. Existencia de la posibilidad de que Aussie LTD resuelva 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 y que daños podría reclamar en ese caso. Argumentos a favor de Aussie LTD y argumentos en contra del Sr. García.*

*2. Existencia de la posibilidad de que Aussie LTD exija al vendedor (el Sr. García) saneamiento por vicios ocultos. Posibles fundamentos de la pretensión.*

*3. Argumentos desarrollados por el Sr. García en caso de oponerse al saneamiento por vicios ocultos con base en que Aussie LTD realizó una Due Diligence exhaustiva y en que Aussie LTD es un perito de acuerdo con lo previsto en el artículo 1484 del Código Civil. Argumentos en contra por parte de Aussie LTD.*

Las cuestiones jurídicas planteadas en el primer bloque se irán desarrollando conjuntamente. La base sobre la que se parte en este primer bloque es que la respuesta no es unívoca, ya que esta dependerá de la manera en la que se haya causalizado el contrato y las especificaciones concretas establecidas en el mismo, así como de otros puntos importantes que consideraré a continuación.

En primer lugar, es preciso destacar que, siendo Aussie LTD un fondo de inversión, lo más probable es que el contrato celebrado entre las partes haya seguido los estándares propios del mercado de fusiones y adquisiciones de empresas o *Mergers & Acquisitions* y no será, por tanto, una compraventa de participaciones con pocas cláusulas que regulen la responsabilidad entre las partes y que se remita exclusivamente a la regulación del Código Civil.

De esta manera, lo normal habrá sido el establecimiento de una cláusula de exclusión de los remedios previstos en la ley española en caso de incumplimiento e incluso, en algunas ocasiones, renunciando el comprador a terminar el contrato. Como consecuencia de esta renuncia se habrá establecido un sistema propio de manifestaciones y garantías, junto con la responsabilidad del vendedor en caso de que alguna de ellas resulte ser falsa.

En cualquier caso, es posible tanto que las partes no hayan establecido manifestaciones y garantías, quedando sujetas a los remedios que prevé la ley española, como que hayan establecido sanciones específicas, a través del establecimiento de un régimen propio de responsabilidad.

Además, en caso de haberse establecido un régimen propio de responsabilidad, las partes pueden igualmente haber optado por aplicar los remedios que ofrece la ley española para el caso de que alguna de ellas lo incumpla o haber pactado libremente las medidas que hayan deseado por lo que, en este último supuesto, aplicaría directamente lo que se haya pactado de forma expresa en el contrato. Asimismo, en algunos contratos se pueden haber excluido los remedios legales para algunos supuestos y para otros no, por lo que las partes podrían recurrir a las soluciones previstas en la ley y a las pactadas.

## 2.2. Delimitación de la responsabilidad de las partes - Aspectos a considerar

### 2.2.1. Deber de diligencia

Lo primero que es preciso considerar en este caso es el deber de diligencia exigido a cada parte en el contexto de una compraventa de empresa. La diligencia exigida al Sr. García se centra en el deber que tuvo de informar correctamente a Aussie LTD acerca de Car4u, obligación que deriva del principio de buena fe. En consecuencia, la actuación diligente del Sr. García consistirá en que Aussie LTD haya entendido de manera correcta los riesgos asociados a la operación y en que la información facilitada haya sido veraz y completa.

De esta manera, si la información facilitada fue falsa o incorrecta o bien trató de ocultar cierta información, el Sr. García estaría sujeto a responsabilidad. Así, Aussie LTD solo tendría que probar la existencia de la obligación del Sr. García de facilitar información, trasladando a este último la carga de probar que no actuó de manera dolosa o culposa y que, por lo tanto, no tiene responsabilidad. En cualquier caso, Aussie LTD tendría que probar el nexo causal entre el incumplimiento de la obligación de informar y la avería de los vehículos, ya que esta relación de causalidad no se presume.

Sin embargo, la cuestión es compleja, ya que el Sr. García podría solicitar que se desestime la resolución del contrato o que se reduzca la indemnización que le corresponda, alegando concurrencia de culpas con Aussie LTD, debido a que esta también tiene el deber de actuar de manera diligente, más si cabe por haber llevado a cabo un proceso de *Due Diligence*.

En cuanto al concepto de diligencia, el Código Civil habla de la diligencia como el comportamiento de un buen padre de familia. Sin perjuicio de que considero que es más aplicable el concepto de diligencia establecido en el Código Civil por tratarse de una compraventa de empresa y aplicarse el régimen contractual, también cabe destacar el concepto de diligencia establecido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“TRLSC”).

Así, el artículo 225 del TRLSC habla de “la diligencia de un ordenado empresario teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.” y establece que “En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.

Por consiguiente, no solo el Sr. García tiene obligación de informar, sino que también Aussie LTD tiene el deber de analizar correctamente la información proporcionada, aunque la diligencia que se puede exigir a Aussie LTD debe ser razonable pero no absoluta. A este respecto, cabe mencionar el principio *Caveat Emptor*, el cual tiene su origen en el sistema anglosajón y se basa en que el comprador es responsable de actuar con la diligencia debida para asegurarse de lo que está adquiriendo.

De esta manera, el no actuar con diligencia supone, para el Sr. García, asumir los riesgos asociados a la falta o incorrección de la información dada, mientras que la falta de diligencia para Aussie LTD supone la asunción de las contingencias que han podido manifestarse por no actuar correctamente en en el proceso de *Due Diligence*.

En este sentido, cabe destacar que Aussie LTD es una empresa experta en el sector, ya que conocía previamente el negocio del *car sharing*. En este tipo de negocio, el activo principal son los vehículos por lo que la diligencia que se le puede exigir es mayor que otro comprador que no conociera previamente este negocio. Además, Aussie LTD es un experto inversor, ya que se trata de un fondo de inversión, pudiendo aumentar también por esta razón el nivel de diligencia que cabe exigirle.

### 2.2.2. *Due Diligence*

De esta manera, para delimitar correctamente la responsabilidad que sería exigible a cada parte, es preciso analizar el proceso de *Due Diligence* realizado por Aussie LTD, considerando la diligencia que esta hubo de tener en su realización y hasta donde debió alcanzar la misma.

Cabe destacar que *Due Diligence* es un término anglosajón, que se traduce como “diligencia debida” y que define el proceso de investigación, de revisión y de verificación realizado en una transacción mercantil, de distintos aspectos de una empresa, siendo los más comunes los legales, los financieros, los técnicos, los fiscales y los operativos. La función de este proceso es que el comprador adquiriera más información acerca de la empresa, realizando una auditoría para conocer mejor sus distintos aspectos, identificar riesgos, comprobar que la información dada por el vendedor es correcta o determinar distintas actuaciones a seguir.

Así, para su realización, Aussie LTD necesitó tener más información de la empresa Car4u para poder valorar adecuadamente la adquisición y minimizar el riesgo asumido. La información dada por el Sr. García habrá incluido muchos datos confidenciales que no podían ser revelados a terceros y es la razón por la que las partes firmaron un acuerdo de confidencialidad, en el que se habrán regulado las consecuencias en caso de incumplimiento por parte de Aussie LTD. De esta manera, Aussie LTD pudo acceder de forma completa a la información de la empresa Car4u y realizar adecuadamente el proceso de *Due Diligence*.

Cuanto más rigurosa haya sido Aussie LTD en la realización de este trabajo de revisión, mejor conocimiento tendrá de la empresa Car4u y, en consecuencia, habrá asumido menos riesgos en la compraventa de la misma. Sin embargo, puede pensarse también en sentido contrario, tal y como establece la Sentencia 1478/1997 de la Audiencia Provincial de Barcelona (“SAP”) de 5 de enero del 2000, en la que se considera que la posibilidad de conocimiento se traduce en un riesgo que es asumido por el comprador, de manera que cuando más sepa o pueda saber, el vendedor tendrá más posibilidades de excusarse en dicho conocimiento.

Esto no quiere decir que la mejor opción para Aussie LTD hubiera sido la no realización de la *Due Diligence*, ya que hay riesgos que no pueden ser compensados a pesar de que el Sr. García hubiera asumido la responsabilidad de estos. Así, el desconocimiento total sobre Car4u podría haber dado lugar a perjuicios de difícil reparación mediante los remedios legales. Además, se hubiera corrido el riesgo de que, por no realizarla, se hubiera determinado la falta de diligencia de Aussie LTD en el proceso de compraventa, lo que hubiera supuesto que sus pretensiones no fuesen admitidas.

Para que se considere que Aussie LTD actuó de manera diligente, deberá haber hecho todo lo posible para informarse de manera correcta y poder así tomar buenas decisiones respecto a la transacción, solicitando la información que haya necesitado y analizándola correctamente. Así, es durante la elaboración del trabajo de *Due Diligence* cuando Aussie LTD debió solventar todas las dudas respecto a la información que consideraba necesaria para determinar la valoración y proyección futura de la empresa Car4u.

Asimismo, habría que delimitar las características técnicas que Aussie LTD tuvo que revisar, teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias de la operación. De esta manera, la diligencia se extenderá sobre los aspectos de Car4u que se hayan considerado relevantes, que dependerán de lo que sea normal dentro de la actividad empresarial de *car sharing*.

En cualquier caso, el hecho de que Aussie LTD haya realizado el proceso de *Due Diligence* no exonera al Sr. García de cualquier tipo de responsabilidad, sino que tan solo reduce la misma. Como se ha mencionado, este último ha tenido la obligación de facilitar información a Aussie LTD acerca de la empresa para que esta pueda realizar de manera adecuada el trabajo de investigación y análisis inicial.

En este sentido, el Sr. García querrá exonerarse de todo tipo de responsabilidad por aquellos hechos o circunstancias que hayan sido descubiertos por Aussie LTD en el proceso de *Due Diligence* y esta última pretenderá que la exoneración no alcance los riesgos que no hayan sido revelados por el Sr. García, aunque pudiesen haber sido descubiertos.

### *Carta de intenciones*

Lo más probable es que Aussie LTD no haya iniciado el proceso de *Due Diligence* hasta haber formalizado ciertos acuerdos en la fase precontractual como, por ejemplo, la carta de intenciones. En este tipo de documentos suelen regularse aspectos que deben ser realizados en la *Due Diligence* como el plazo, el alcance de la misma o las consecuencias de su resultado, por lo que será conveniente comprobar su existencia.

### *Carta de encargo*

Por otro lado, para la realización del proceso de *Due Diligence* Aussie LTD contrató a asesores pertenecientes a empresas de primer nivel para proceder a investigar y realizar una revisión detallada de los aspectos financieros, fiscales, legales, técnicos y operativos de la empresa Car4u.

En este sentido, es probable que Aussie LTD haya suscrito una carta de encargo o *Engagement letter* con los asesores a los que encargo la realización de la *Due Diligence*, estableciendo en la misma las pautas de trabajo a seguir, los aspectos concretos que fueron objeto de revisión y la responsabilidad que la empresa asumió al realizar el trabajo, por lo que habría que analizar la existencia y contenido de dicho documento.

Además, el alcance del proceso seguramente se haya consensuado también con el Sr. García previamente a su realización. Mediante su análisis, podría averiguarse si la *Due Diligence* alcanzó la revisión de los vehículos, así como los aspectos técnicos de los vehículos que fueron revisados.

Como se ha mencionado, para que el trabajo de *Due Diligence* haya podido ser desarrollado por los profesionales a los que se les encargó la misma, es fundamental que el Sr. García les haya suministrado toda la información necesaria. Así, existen dos formas principales de facilitar la información y documentación, el *Data Room* o los *Check-list* elaborados por el propio comprador y sus asesores. El sistema utilizado en este caso, a falta de determinación específica, parece haber sido el *Data Room*, ya que ha sido el Sr. García el que dio acceso a toda la información e instalaciones de Car4u.

A este respecto, sería preciso analizar los documentos que contuvieran las pautas de funcionamiento y desarrollo establecidos para este proceso. En estos documentos se habrá establecido, entre otros aspectos, un listado con toda la información disponible para Aussie LTD, así como la posible existencia de un procedimiento para que esta pida aclaraciones o información adicional al Sr. García, a los que suele denominarse *Queries & Answers* o *Q & A*.

Por otro lado, cabe mencionar que si el suministro de información se ha realizado a través de la forma *Check-list*, de manera que Aussie LTD haya entregado al Sr. García una lista con toda la documentación que precisaba analizar, dicho documento ha tenido que haber sido elaborado minuciosamente y haber sido lo más completo posible, de manera que el Sr. García no pueda justificar que cierta información no fue entregada debido a que esta no había sido solicitada.

Además, es posible que en este documento se hayan incluido cláusulas de cierre, las cuales habrán permitido que Aussie LTD solicite, antes de la terminación del proceso de *Due Diligence*, la documentación que consideraba relevante incluir y que no había sido solicitada con anterioridad. De esta manera, en caso de haberse seguido este método, sería preciso revisar qué información y

documentos concretos han sido solicitados por Aussie LTD y sus asesores para determinar si Aussie LTD no actuó con la diligencia debida por no solicitar la información necesaria al Sr. García o si, por el contrario, este no facilitó lo que se le había solicitado.

### ***Informe de Due Diligence***

Asimismo, los resultados de la *Due Diligence* se reflejan en un informe que habrá incluido, entre otros aspectos, una determinación precisa de las áreas y aspectos analizados, así como el alcance y el período en el que se ha realizado la revisión, si se han planteado limitaciones a la hora de realizar el trabajo o las fuentes de información y documentación que han sido utilizadas para contrastar la información. De esta manera, mediante la revisión de este informe podremos conocer detalladamente el trabajo que se ha llevado a cabo, así como las conclusiones a las que se han llegado tras el análisis de todos los aspectos analizados, con su razonamiento correspondiente.

Es preciso resaltar que, como consecuencia de las conclusiones arrojadas tras la realización del trabajo, suele incluirse un cuadro de contingencias que identifica todos aquellos riesgos detectados, determinando su valoración económica, incluyendo la posible sanción que le corresponda y previendo así una determinada solución para cada uno. En consecuencia, es necesario tener en cuenta todos los aspectos detallados en el informe realizado por los asesores de Aussie LTD, así como las conclusiones y riesgos identificados, para determinar la existencia de una posible falta de diligencia por su parte.

En este sentido, sin afectar a la responsabilidad existente entre el Sr. García y Aussie LTD, cabría cuestionarse si esta última podría repetir la responsabilidad que le corresponda sobre la empresa de asesoría a la que le encargó la *Due Diligence*. A este respecto, es importante considerar la inclusión en la mencionada carta de encargo de cláusulas limitativas de la responsabilidad de la empresa de asesoría, como la manifestación de que el vendedor tiene responsabilidad exclusiva sobre la determinación del alcance del trabajo o la declaración de que los resultados obtenidos del proceso de *Due Diligence* no constituyen una recomendación sobre si se debe efectuar o no la transacción de compra. De esta manera, la existencia de estas cláusulas limitativas de la responsabilidad podrá exonerar de responsabilidad a la empresa o firma a la que se ha encargado el proceso de *Due Diligence*.

### **2.2.3. Contrato**

La compraventa realizada para la adquisición de la empresa en este caso ha sido mediante la forma del *share deal*, ya que se han adquirido el 80% de las participaciones de la sociedad. Así, se ha comprado un paquete de participaciones que ha otorgado a Aussie LTD el control de la empresa, siendo estas participaciones el objeto de la compraventa.

Mediante esta compraventa, Aussie LTD ha adquirido todas las responsabilidades y obligaciones de Car4u, incluso aquellas de las que no haya tenido conocimiento, así como, indirectamente, todos los activos y pasivos de la empresa. En base al principio de limitación de responsabilidad de las sociedades de capital, al haber adquirido la sociedad a través de la compra de participaciones, Aussie LTD no responderá de las obligaciones de Car4u más allá del límite establecido por el capital social, por lo que el límite máximo será el precio de compra.

Cabe destacar que, por un lado, el artículo 106 del TRLSC establece la obligación de formalizar la compraventa de participaciones sociales en documento público y, por otro lado, los artículos 104.1 y 116.1 del TRLSC establecen la obligación de inscripción de las transmisiones de participaciones sociales en el libro registro de socios. De esta manera, será importante considerar estos dos aspectos para determinar si la compraventa efectuada entre el Sr. García y Aussie LTD tiene validez.

## 2.2.4. Cláusula de manifestaciones y garantías

### *Manifestaciones*

Por otro lado, será muy importante tener en cuenta si las partes han establecido manifestaciones o *representations*, que habrán modificado los riesgos asumidos por cada una de ellas, haciendo que la diligencia exigida a Aussie LTD sea menor y trasladando el riesgo al Sr. García. Estas manifestaciones pueden haberse otorgado de manera previa, por ejemplo, en una carta de intenciones, de las que habrá derivado el proceso de *Due Diligence*, teniendo este el objetivo de asegurar la exactitud de todos los datos manifestados relativos a la empresa Car4u.

Así, aunque nada se dice en los hechos del caso, será preciso analizar la muy probable existencia de estas manifestaciones ya que a través de las mismas, por un lado, Aussie LTD se habrá asegurado la respuesta ante cualquier contingencia detectada o falsedad de las declaraciones realizadas por el Sr. García y, por otro lado, este último podrá limitar su responsabilidad en base a las afirmaciones que haya realizado y que, por tanto, Aussie LTD ya habrá conocido en el momento de perfeccionamiento de la transacción.

Mediante su análisis, se podrá confirmar el conocimiento real que ha tenido Aussie LTD en la fase de *Due Diligence* y considerar así si ha realizado el proceso con la diligencia debida. Una vez analizada la existencia de estas manifestaciones, así como lo establecido en las mismas, será preciso analizar cómo se han regulado en el contrato los mecanismos de reclamación que Aussie LTD pueda tener como consecuencia de la falsedad o inexactitud de lo manifestado o garantizado por el Sr. García.

De esta manera, el Sr. García habrá asumido una obligación de indemnizar a Aussie LTD, según las condiciones pactadas, para el caso de que las manifestaciones realizadas resulten no ser ciertas. Igualmente, Aussie LTD no podrá exigir ningún tipo de responsabilidad al Sr. García por las contingencias y riesgos manifestados.

Cabe considerar que no es lo más habitual que las manifestaciones se otorguen de manera previa y, en caso de hacerse de esta manera, se suelen tomar como base negociadora que se ampliará posteriormente en el contrato de compraventa, donde es más frecuente que se incluyan a través del establecimiento de una cláusula de manifestaciones y garantías.

El contenido típico de la cláusula de manifestaciones y garantías suele dividirse en distintas áreas, siendo las más habituales la general o legal, la referidas a inmuebles, la laboral, la referente a la protección de datos personales y la financiera. Dentro de las manifestaciones y garantías de carácter general o legal se incluyen los activos distintos de los inmuebles, por lo que es en esta área donde se incluirían todas aquellas que tuvieran relación con el estado de los vehículos.

Además, se pueden incluir metamanifestaciones, que son afirmaciones sobre la veracidad de las propias manifestaciones, así como sobre el carácter esencial de estas para que el comprador forme su voluntad de contratar.

De esta manera, si en el contrato se ha establecido esta cláusula, las partes habrán podido personalizar la responsabilidad de cada una, considerando que aspectos tienen más relevancia para el contrato y pactando un régimen indemnizatorio propio.

Así, en principio, a través de las manifestaciones se desplaza al Sr. García el riesgo de falsedad de que haya realizado alguna afirmación acerca de los vehículos. Esto se debe a que el estado de los vehículos deja de ser un riesgo ajeno al contrato, incluyéndose a los intereses del mismo y obligando a que se responda por esta falsedad, a pesar de que el Sr. García ignorase el riesgo.

Además, mediante el establecimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías, Aussie LTD habrá podido reducir el tiempo dedicado a la investigación de la empresa Car4u. Así, en lugar de investigar todos los aspectos de la misma, habrá podido solicitar únicamente la información que le haya parecido más relevante y cubrir los riesgos de aquellos aspectos que no haya podido investigar a través de la solicitud de la prestación de manifestaciones y garantías por parte del Sr. García.

En conclusión, como se ha mencionado, esta cláusula habrá permitido que se disminuya el riesgo derivado de la falta de diligencia de Aussie LTD, asignándose al Sr. García. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que estas no sustituyen toda la información obtenida en la *Due Diligence*, sino que la complementan. Si el riesgo de las averías de los coches pudo ser descubierto por Aussie LTD, podría considerarse que esta no actuó con la debida diligencia, debiendo por lo tanto asumir también la responsabilidad.

### ***Garantías***

Otro aspecto importante a considerar será si Aussie LTD solicitó al Sr. García que prestara garantías concretas, como resultado de las contingencias detectadas en el proceso de *Due Diligence*. De esta manera, si Aussie LTD detectó el riesgo de avería de los vehículos, puede haber solicitado algún tipo de garantía al Sr. García, ya que los remedios previstos en la ley para el caso de falsedad de una manifestación pueden no ser suficientes para compensar el perjuicio sufrido. Las partes pueden haber establecido lo que deseen y son más fáciles de interpretar, por lo que su inclusión habrá dotado de seguridad jurídica a la operación.

### ***Cláusulas de limitación de responsabilidad***

Además, las partes pueden haber pactado cláusulas que limiten la responsabilidad del Sr. García, que deberán tenerse en cuenta para determinar hasta qué límite podría exigir Aussie LTD responsabilidad. Pueden haberse establecido así limitaciones cuantitativas mínimas, con las que el Sr. García se habrá asegurado, a pesar de tener la obligación de responder por la materialización de las averías de los vehículos, que la reclamación presentada por Aussie LTD no tenga un carácter irrelevante, respondiendo únicamente de aquellas que superen una determinada cantidad.

Es conveniente, asimismo, que se haya establecido si se trata de un umbral mínimo, de manera que el Sr. García no tendría que pagar las averías si estas no superan una cifra determinada o bien, que se trate de un umbral agregado o *basket*, lo que supondría que Aussie LTD tan solo podría reclamar si, acumulando la suma de varias contingencias, se alcanzara una determinada cifra. También debería haberse establecido en el contrato si una vez superada la cifra, el Sr. García debería responder por toda la reclamación, o si pagaría tan solo por la cantidad que superara la cifra determinada.

Además, las partes pueden acordar límites máximos a la responsabilidad del vendedor, que se denominan *caps* y que puede tratarse de una cantidad fija o un porcentaje del valor total de la transacción.

Por otro lado, habrá que tener en cuenta si se han establecido limitaciones temporales de responsabilidad, por las que se habrá limitado el plazo en el cual subsiste la obligación del Sr. García de indemnizar a Aussie LTD por daños surgidos a causa de las averías. Si no se ha especificado nada en el contrato, se entiende que el plazo actúa como un plazo de garantía en el que han podido aparecer las averías, aunque Aussie LTD pueda realizar la reclamación en un momento posterior, siempre que se haga dentro del plazo de prescripción legal de la acción.

Si se ha establecido que el plazo actúa como un plazo de extinción de responsabilidad del Sr. García, el mismo plazo operará como periodo de tiempo en el que tienen que haber aparecido las averías, así como plazo de reclamación de las mismas. En cuanto a la duración de los plazos, estos varían

dependiendo de las manifestaciones y garantías otorgadas, pero lo común es fijar una duración entre uno y tres años.

En sentido contrario, Aussie LTD puede haber querido pactar que la responsabilidad del Sr. García sobre la incorrección de la manifestación prestada se extienda indefinidamente, por considerar la flota de vehículos como un elemento esencial del contrato.

Por último, respecto a las limitaciones cualitativas, cabe destacar que lo más habitual en la práctica es determinar, como una manera de indemnización, el ajuste del precio. A este respecto, cabe mencionar que los hechos del caso determinan que, tras el proceso de *Due Diligence* realizado por los asesores de Aussie LTD, se detectaron determinadas contingencias que hicieron que el precio ofrecido al Sr. García por las participaciones fuera menor al inicialmente pretendido. Cabe cuestionarse si las contingencias detectadas en el proceso de *Due Diligence* fueron las averías de los vehículos o si, por el contrario, se trataba de otra serie de contingencias que nada tenían que ver con las averías.

En caso de que las contingencias detectadas hubiesen sido las averías de los vehículos, la reducción del precio a causa de las mismas impediría que el vendedor pudiese reclamar la resolución del contrato, ni ningún tipo de responsabilidad al vendedor por este hecho ya que, en ese caso, la contingencia ya habría sido tratada en el contrato. Por esta razón, tomaré como cierto que las contingencias detectadas por Aussie LTD que influyeron en la reducción del precio no fueron las averías de los vehículos.

### ***Disclosure Letter***

Por otro lado, los riesgos y contingencias pueden haberse establecido, en lugar de en el propio contrato de compraventa, en un documento aparte denominado *Disclosure Letter*, con el objetivo de que estos tengan un carácter más reservado. Esto se debe a que los contratos de compraventa suelen formalizarse en documento público. Por lo tanto, será preciso analizar, no solo lo que se ha establecido específicamente en el contrato, sino que es necesario considerar si las partes formalizaron una *Disclosure Letter*, para tener en cuenta también lo establecido en este documento.

A través del *Disclosure Letter*, Aussie LTD deberá haber conseguido que el Sr. García le facilite contingencias específicas y no generalidades, como la posible avería de los vehículos, de manera que le haya permitido negociar indemnidades concretas para el caso, como ha ocurrido, de que se materialicen. Mediante la *Disclosure Letter* se ha podido también pactar que todo aquello que no pudo ser conocido por Aussie LTD en el proceso de *Due Diligence* queda fuera de su responsabilidad, trasladando el riesgo al Sr. García de lo que no se comunicó y no pudo ser conocido.

### ***Paquete de Indemnities***

También cabe prestar atención a un posible paquete de *indemnities* establecido entre las partes. A través de los pactos denominados *specific indemnities*, Aussie LTD ha podido cubrir un determinado riesgo derivado de alguna contingencia que haya sido conocida antes de la efectiva compraventa. Así, es posible que haya cubierto el daño producido por la aparición de las averías en los vehículos, aunque no parece que haya sido así en este caso, ya que para ello la contingencia tuvo que haber sido detectada previamente por Aussie LTD en la *Due Diligence*. En cualquier caso, de haberse cubierto dicho riesgo, Car4u tendría la obligación de indemnizar a Aussie LTD.

Cabe destacar que la diferencia entre los paquetes de *indemnities* y las manifestaciones y garantías es que, mientras que las últimas tienen tanto una función informativa como de atribución de responsabilidades entre las partes, las primeras únicamente establecen un pacto de indemnizar frente

a determinados riesgos, sin que exista incumplimiento contractual entre las partes. Igualmente, en caso de existir algún tipo de *indemnitie*, sería preciso atender tanto al periodo establecido para que el riesgo haya podido materializarse, como a la cantidad que el Sr. García debería indemnizar por dicho riesgo.

### ***Side Letter***

Por último, también es importante comprobar si se ha firmado una *Side Letter* entre las partes, que complemente, aclare o modifique el contrato principal, con la finalidad de otorgar un carácter confidencial a lo establecido en la misma. De esta manera, si Aussie LTD y el Sr. García firmaron una *Side Letter* con posterioridad al contrato principal, es posible que el contenido de la misma prevalezca, novando el contrato.

## **2.3. Acción por incumplimiento contractual**

La primera cuestión planteada es la posibilidad de resolución del contrato a causa de las averías de los vehículos. Para ello, habrá que valorar si ha existido incumplimiento contractual por parte del Sr. García, de manera que Aussie LTD pueda ejercer las correspondientes acciones por incumplimiento contractual. La responsabilidad contractual derivada del incumplimiento viene establecida en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil (“CC”).

El artículo 1.101 CC dispone que "quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella." Así, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Sr. García derivará de los actos realizados con dolo o culpa por haber actuado sin la debida diligencia.

Además, es preciso tener en consideración el artículo 1.258 CC que determina que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.”

Por otro lado, el artículo 1.124 CC establece que “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.” Si no se han pactado entre las partes medidas de responsabilidad concretas para el caso de incumplimiento, de manera que no se hayan excluido los remedios previstos en la ley, Aussie LTD podría reclamar el cumplimiento o resolver el contrato, así como solicitar la indemnización de los daños y perjuicios.

Una de las cuestiones a analizar para valorar la posibilidad de resolución del contrato es si el incumplimiento del Sr. García se debió a una actuación dolosa o culposa. En primer lugar, Para considerar si ha existido incumplimiento por parte del Sr. García por haber incurrido en dolo, cabe mencionar el artículo 1.269 CC que establece que “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.”

Así, para que existiera dolo en la actuación del Sr. García es necesario que este haya actuado de manera consciente y deliberada, con mala fe y queriendo que la obligación no se cumpliera. Sin embargo, estimo que sería más procedente considerar la posible existencia de culpa o negligencia por parte del Sr. García, que la existencia de dolo en su actuación, con base en los motivos que iré desarrollando y argumentando.

Por otro lado, no es preciso que el Sr. García haya actuado con dolo, engaño o mala fe para que tenga responsabilidad, sino que, para que surja la obligación de indemnizar, basta que haya actuado con culpa y que el incumplimiento no se deba a un suceso de fuerza mayor o caso fortuito.

Para que el Sr. García haya actuado con culpa, este tiene que haber incumplido alguna de las obligaciones de la relación jurídica con Aussie LTD, que dicho incumplimiento se deba a una falta de diligencia por su parte, pero, a diferencia del dolo, realizada sin malicia y que exista un nexo causal entre el hecho y el resultado.

### ***2.3.1. Posibilidad de resolución del contrato de compraventa***

Con todo lo expuesto, se puede observar la conveniencia de que las partes hayan establecido claramente en el contrato de compraventa los intereses de cada una, los efectos que tuvo la realización de la *Due Diligence*, así como haber adoptado un determinado sistema de responsabilidad, de manera que se eviten contradicciones entre las distintas cláusulas que hayan podido adoptar.

Tal y como acabo de mencionar, el artículo 1.124 CC establece que, en las obligaciones recíprocas, se puede reclamar el cumplimiento de la obligación o resolver el contrato en caso de incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, cabe tener en consideración que, en nuestro ordenamiento, el cumplimiento forzoso de la obligación es la sanción preferente en caso de incumplimiento, tal y como se establece en la Sentencia 9142/1990 del Tribunal Supremo (“STS”) de 12 de diciembre de 1990, en la que el Tribunal afirma que solo cuando no sea posible el cumplimiento específico cabe recurrir a otros remedios.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas ocasiones, como en la STS 283/2009, de 20 de noviembre de 2008, que la resolución del contrato podrá solicitarse si el incumplimiento afecta al deber principal del contrato que, en este caso, ha sido la transmisión de las participaciones sociales.

En el caso de compraventa de empresa, el vendedor tiene la obligación específica de transmisión de la misma. Así, lo que se ha pretendido con la transmisión es que Aussie LTD obtenga el control de Car4u, obligación que se ha cumplido en el mismo momento de la perfección del contrato. La empresa Car4u ha sido entregada a Aussie LTD por lo que, aunque esta se encuentre viciada, la obligación del Sr. García se ha cumplido.

Además, aunque Aussie LTD alegara que el Sr. García tenía el deber de facilitar información acerca de la empresa, para dotar de entidad resolutoria a la pretensión ejercida por Aussie LTD, esta tendría que demostrar que el Sr. García incurrió en dolo en el cumplimiento de su obligación. A este respecto, cabe mencionar que si el Sr. García no comunicó aspectos relevantes de los vehículos porque no conocía los mismos, aunque medie culpa en el desconocimiento, no existirá dolo.

Según la jurisprudencia, existe dolo si el vendedor ha actuado de manera engañosa y las condiciones de adquisición del contrato de compraventa han sufrido un cambio radical frente a lo que se ofreció en un inicio, tal y como establece la STS 2008/1553 de 10 de marzo de 2008, si se ha ofrecido un producto en determinadas condiciones que luego no se cumplen, como se establece en la STS 1956/4121 de 4 de diciembre de 1956 o si se han realizado manifestaciones inveraces acerca del objeto transmitido, como se desprende de la STS 2002/10263 de 20 de noviembre de 2002.

En este sentido, no considero que la no comunicación de unas averías que suponen un coste de reparación de 300.000€ suponga un cambio radical en una compraventa de participaciones por valor de 3.500.000€. Por otro lado, habría que considerar, como he explicado, la diligencia exigida al Sr. García en su deber de informar, así como si este ha realizado algún tipo de manifestación acerca del estado de los vehículos.

Por su parte, Aussie LTD podría argumentar que el Sr. García ha incurrido en reticencia dolosa, es decir, que el riesgo de avería de los vehículos era una circunstancia de gran relevancia como para que no se haya comunicado. La relación causal entre la omisión de información y la avería de los vehículos debería ser demostrada por Aussie LTD o, de lo contrario, la pretensión quedaría sin efecto.

Sin embargo, para que la omisión de información acerca de las averías de los vehículos fuera dolosa, tendría que haber generado un error para Aussie LTD que fuese esencial. Además, el dolo tiene que ser activo, de manera que no se podría culpar al Sr. García por no facilitar información esencial que no ha sido requerida. A este respecto, el artículo 1.266 CC establece que, para que el error sea esencial, debe afectar a las condiciones de la cosa que hubieran dado motivo a celebrar el contrato. Así, la flota de vehículos debería tratarse de un elemento clave de la transacción.

A este respecto, cabe mencionar la STS 852/2009, de 21 de diciembre, que sienta el concepto de causa del contrato. El Tribunal opta por la teoría sincrética, que es la que ha adoptado la mayoría tanto de la doctrina como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que establece que los motivos que tengan las partes para contratar no tienen relevancia a no ser que sean conocidos y sean el origen de la celebración del contrato.

De esta manera, las expectativas de Aussie LTD han tenido que quedar reflejadas en los términos del contrato o haber sido comunicadas al Sr. García para considerarlas esenciales, lo que dependerá de si se han establecido o no manifestaciones o *representations*. Así, como se ha mencionado, el establecimiento de manifestaciones es la manera por la que las partes pueden dar relevancia a los motivos que tengan para contratar y a las contingencias que afecten a los activos de la empresa. De esta manera, Aussie LTD habrá evitado la necesidad de probar la esencialidad del error, ya que se consideraría que la flota de vehículos es un elemento de gran importancia para la transacción.

De no haber realizado el Sr. García ningún tipo de manifestación acerca del estado de los vehículos, ni haber adoptado contractualmente un régimen propio de responsabilidad, sería difícil que prosperara el ejercicio de una acción de incumplimiento contractual en la que se solicitara la resolución del contrato. Si hubiera otorgado alguna manifestación al respecto, la responsabilidad recaería sobre el Sr. García a pesar de que no se pruebe que actuó de manera dolosa, aunque habría que atender a lo que se haya establecido expresamente en la cláusula, pudiendo las partes haber pactado algo distinto.

En cualquier caso, será determinante que Aussie LTD haya realizado alguna manifestación acerca de la esencialidad de este activo, de manera que la desinformación o información incorrecta dada por el Sr. García podría constituir dolo, tal y como establece el Tribunal Supremo en la STS de 5 de mayo de 2009, en la que acepta que un contrato pueda resolverse por existir incumplimiento si el objeto no corresponde a las condiciones pactadas.

En cualquier caso, considero que, aunque se hubiese establecido un régimen de manifestaciones y garantías, la conducta del Sr. García seguiría sin poder considerarse dolosa ya que, además de que Aussie LTD tendría que demostrar que el Sr. García tuvo la intención de engañar, la manifestación igualmente tuvo que dar lugar a un error sustancial para la transacción que no fuese excusable por parte de Aussie LTD.

Por lo que respecta a la sustancialidad del incumplimiento, como ya he mencionado, resulta difícil que un juez vaya a resolver un contrato en el que el valor de la cosa vendida, las participaciones sociales, es de 3.500.000€, por una contingencia que supone un daño material por valor de 300.000€. No considero que se trate de un incumplimiento por parte del Sr. García tan relevante como para dotarlo de entidad resolutoria.

En cuanto a la excusabilidad, el hecho de que Aussie LTD haya realizado una *Due Diligence* ha sido considerado por la jurisprudencia como un elemento que permite enervar la excusabilidad. En este sentido, hay información que Aussie LTD no hubiera podido conocer ni si quiera mediante la realización del proceso de *Due Diligence* como, por ejemplo, la existencia de determinadas licencias

administrativas. Sin embargo, la información relativa al estado de los vehículos considero que es una información que sí hubiera podido obtener por su cuenta de haber actuado con la diligencia debida.

En consecuencia, considero que sería difícil que se admita la resolución del contrato por los tribunales, ya que ambas partes son profesionales y Aussie LTD ha dispuesto de medios para conocer el estado de los vehículos. En todo caso, podría solicitarse por parte de Aussie LTD una indemnización de daños y perjuicios alegando que existe dolo incidental o culpa en la falsedad o incorrección de la información dada o las manifestaciones realizadas por el Sr. García.

En cualquier caso, no es una cuestión que pueda ser determinante ya que habría que tener en cuenta la responsabilidad exigida a cada parte, a pesar de que el Sr. García haya realizado algún tipo de manifestación. Llegado el caso en que se estimase la culpa del Sr. García por los tribunales, creo que sería igualmente procedente una reducción de la indemnización por concurrencia de culpas.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, Aussie LTD podría solicitar el daño emergente y el lucro cesante, debiendo probar el daño causado y la cuantía del mismo. Sin embargo, no sería fácil determinar los daños indemnizables a Aussie LTD por parte de Car4u, de manera que se ajuste concretamente al daño provocado por la omisión de información del Sr. García o por la falsedad o incorrección de alguna manifestación.

El daño emergente, parece claro que serían los 300.000€ que supondría la reparación de las averías de los vehículos, pero el lucro cesante sería más difícil de determinar, ya que tendría que justificar las ganancias que no pudo obtener por el hecho de que una parte de los vehículos estuvieran averiados.

Además, Aussie LTD podría llegar a solicitar daños indirectos, como el de sus asesores, o incluso daños morales, como los daños causados a la imagen de marca. En relación con este punto, es importante que se revisara lo que se ha definido en el contrato como daño indemnizable, ya que es posible que se haya excluido el daño emergente o el lucro cesante.

Asimismo, habría que considerar, conforme a lo establecido en el artículo 1107 CC, que si el Sr. García actuó de buena fe, solo respondería de los daños y perjuicios que hubiese podido prever y que sean consecuencia de su incumplimiento. En este sentido, el Sr. García podría justificar que la avería de los vehículos no se debe a un incumplimiento por su parte y que este no pudo prever este daño, ya que se produjo tras el perfeccionamiento del contrato.

En relación con este punto, puede además considerarse si realmente la avería de los vehículos se trató de un defecto que adolecían estos o si, por el contrario, se debió a un uso ordinario de los mismos en el curso de los negocios. Para ello, puede demostrarse mediante informes periciales y muestreos cuales son las estadísticas de averías que suelen sufrir los vehículos por su mero uso, considerándose como un hecho normal en la actividad del *car sharing*.

Además, como se ha mencionado, podría haber sucedido que las partes hubieran establecido una sanción específica para el caso de incumplimiento contractual, excluyendo los remedios previstos en la ley, de manera que será lo que establezca la misma lo que deba ser cumplido por el Sr. García. Este tipo de cláusula se conoce como cláusula penal y, salvo que se haya excluido expresamente por las partes, sustituiría la indemnización por daños y perjuicios. Además, esta podría ser también moderada por los tribunales si se considera que existe concurrencia de culpas.

Por último, hay que tener en consideración que lo habitual en un contrato de compraventa de empresa, por su complejidad, es que se separe el momento de la firma del contrato o *signing* del de su perfección o *closing*, por lo que será conveniente comprobar este punto. En este sentido, suelen establecerse tres tipos de condiciones; las condiciones suspensivas, las condiciones resolutorias, y las condiciones modificativas.

Así, al periodo de tiempo existente entre la firma y la ejecución de la compraventa se le denomina periodo interino. Si, en este caso, este tiempo ha sido diferido, es importante tenerlo en consideración,

ya que durante este periodo la empresa sigue en funcionamiento, siendo todavía el vendedor, es decir, el Sr. García, el responsable de la gestión de la misma.

En este sentido, cabe comprobar si las partes han condicionado la eficacia del contrato a, por ejemplo, que se ejecute previamente la reorganización societaria (operaciones de *carve-out*), por la que Aussie LTD tome el control efectivo de la sociedad.

Así, si la eficacia del contrato quedó sujeta a alguna o varias condiciones suspensivas, este periodo puede ser largo, por lo que se ha debido prever en el mismo cláusulas específicas que establezcan las consecuencias de que se produzca algún hecho que tenga un impacto en el valor que tenía la empresa en el momento de la firma del contrato de compraventa. De esta manera, cabe revisar si el contrato ha previsto un sistema propio de responsabilidad y asunción del riesgo, por el que Aussie LTD pudiera obtener una compensación por los daños que haya podido sufrir la empresa en este periodo interino o incluso, que se haya establecido la posibilidad de desistir del contrato.

Por consiguiente, en el caso de que el momento de la firma y la ejecución hayan sido en diferente momento y las averías de los coches se hubieran producido en este periodo interino, siendo todavía el Sr. García el encargado de la gestión de Caru4, si existe alguna cláusula por la que se haya previsto específicamente esta circunstancia en el contrato para proteger el valor de la inversión, este quedaría obligado a compensar los daños sufridos por parte de Aussie LTD.

Además, según lo establecido por los artículos 1094, 1183 y 1468 CC, el vendedor tiene la obligación legal de conservar la cosa con la diligencia de un buen empresario y de entregar la misma en el estado en que se encontrara al perfeccionarse el contrato, presumiéndose su culpa en caso de deterioro.

Asimismo, es común que, en el cierre, el vendedor reafirme el cumplimiento de las manifestaciones y garantías, para asegurar su veracidad y exactitud, lo que puede realizarse en el propio contrato o en un documento separado al que se le denomina *bring down letter of representations*. Así, habrá que comprobar la existencia del mismo, así como si se ha previsto que Aussie LTD tenga derecho a rescindir el contrato si se ha producido una modificación esencial en las manifestaciones y garantías.

Si la modificación de las circunstancias no se puede justificar por no haber realizado el Sr. García manifestaciones y garantías, Aussie LTD tendría más dificultad para solicitar la resolución del contrato en caso de avería de los vehículos y esto debido a que el objeto de transmisión han sido las participaciones sociales, las cuales no han sufrido modificación alguna. Además, como se ha mencionado, el error referido a las averías no se considera tan esencial como para que pueda suponer la resolución del contrato.

### **2.3.2. Otorgamiento de manifestaciones**

A continuación, voy a analizar diferentes supuestos, teniendo en consideración distintos tipos de manifestaciones que el Sr. García puede haber realizado, para valorar la posibilidad de resolución del contrato en cada caso.

#### ***Manifestación sobre un hecho o circunstancia concreto***

En caso de que el Sr. García hubiera realizado una manifestación afirmando el buen estado de la flota de vehículos y no se hubieran excluido los remedios legales previstos por la ley, Aussie LTD podría alegar que la declaración de estas cualidades sobre los vehículos se puede considerar una actitud dolosa por parte del Sr. García, por haber resultado ser falsa. Cabe mencionar que, si las partes establecieron una sanción concreta para el caso de incumplimiento de esta manifestación, será esta la que se aplique y no lo establecido por la ley.

De esta manera, la manifestación del Sr. García se considerará vulnerada y, si Aussie LTD prueba que este actuó con mala fe y ánimo de engañar, podría admitirse la resolución del contrato por incumplimiento contractual. Podría alegar que el Sr. García, sabiendo que esto le beneficiaría en las negociaciones contractuales, realizó una manifestación que no se correspondía con la realidad.

Para demostrar dolo por parte del Sr. García, como he señalado, es fundamental que Aussie LTD haya realizado alguna declaración acerca de la esencialidad de este activo para la transacción, aunque podría fundamentar que el hecho de que se haya realizado una manifestación sobre los vehículos les dota de la entidad necesaria como para considerarlos incluidos en el objeto del contrato.

En este sentido, será importante saber si las partes han establecido en el contrato la denominada cláusula *Materiality*, por la que se establece que los incumplimientos derivados de las manifestaciones o de las garantías otorgadas deben ser relevantes para la operación, excluyendo la responsabilidad del vendedor de aquellos incumplimientos que no afecten a elementos esenciales. Mediante este tipo de cláusula se habrá establecido la responsabilidad del Sr. García tan solo si el estado de los coches se consideró como un aspecto de gran importancia para el valor patrimonial de la empresa. Es una manera de que el Sr. García haya limitado su responsabilidad por las manifestaciones realizadas y por la información que haya podido obtener Aussie LTD en su proceso de investigación.

Igualmente, para que Aussie LTD pudiera solicitar la resolución del contrato, tendría que demostrar que la falta de esta información supuso un cambio radical en los beneficios que esperaba de la empresa. En este sentido podría alegar que, al tratarse de averías en una amplia cantidad de la flota de vehículos, no pudo seguir con la actividad de la empresa en la manera que esta tenía previsto.

Sin embargo, no considero que en ese caso la manifestación del Sr. García acerca del estado de los vehículos llegara a constituir dolo ya que, de haber conocido Aussie LTD esta circunstancia, creo que es más probable que hubiera considerado una rebaja del precio antes que la no celebración del contrato.

Por su parte, el Sr. García podría defenderse fundamentando que sigue poseyendo el 20% de las participaciones de la compañía, por lo que no es lógico que haya actuado con ánimo de engañar y en detrimento de la sociedad, ya que de esta manera se estaría perjudicando a sí mismo.

Además, podría alegar concurrencia de culpas justificada en el deber de diligencia exigido a Aussie LTD en la compraventa, más si cabe por haber realizado una *Due Diligence*. Así, para que el riesgo derivado de una manifestación que resulte ser falsa, como puede ser la afirmación del buen estado de los vehículos, se transmitiese al Sr. García, sería necesario que Aussie LTD haya desconocido o no hubiese podido conocer que esta era falsa.

A este respecto, cabe distinguir entre dos supuestos. En primer lugar, si la manifestación se hizo por el Sr. García en una fase previa al contrato, de manera que Aussie LTD haya conocido o podido conocer el riesgo de averías en los vehículos con anterioridad a la compraventa, el Sr. García quedaría exonerado de responsabilidad, atendiendo al principio de buena fe contractual, salvo que se hubiese pactado en el contrato que Aussie LTD no responde de ningún tipo de contingencia. Aunque, en caso de que se haya incluido una cláusula en el contrato de exención de responsabilidad de Aussie LTD a pesar de haber conocido las contingencias, sería cuestionable la validez de la misma por ir en contra del principio de buena fe.

En este sentido, el Sr. García podría alegar además que, con base en la doctrina de los actos propios, Aussie LTD había solicitado un préstamo para renovar la flota de vehículos, por lo que es probable que ya conociera la contingencia, lo que se trataría de un comportamiento irregular por su parte que no permitiría que proceda la resolución del contrato.

Además, para justificar que Aussie LTD tuvo la obligación de comprobación del estado de los vehículos, el Sr. García podría argumentar que esta conocía con anterioridad el funcionamiento del

negocio de *car sharing*, ya que contaba anteriormente con participaciones en cuatro empresas que se dedicaban a la misma actividad. En consecuencia, sería lógico pensar que este fondo de inversión ya tenía experiencia en el funcionamiento de este tipo de negocio por lo que, si hubiera actuado con la debida diligencia, debería haber sabido hasta qué punto tuvo que corroborar la información y todos los aspectos que hubo de tener en cuenta acerca del estado de los vehículos, pudiendo haber detectado los riesgos de avería.

Asimismo, como he mencionado, para determinar la falta de diligencia de Aussie LTD, sería importante comprobar si esta contó con un procedimiento de *Q & A*. Mediante la revisión de la carta de encargo, además de comprobarse el alcance que tuvo la *Due Diligence*, podría esclarecerse, por un lado, si el Sr. García ha ocultado información esencial a Aussie LTD y sus asesores y, por otro lado, de haber notado los asesores del comprador algún aspecto oculto, si contaron con un procedimiento *Q & A* para esclarecer los hechos y pedir información adicional.

Puede haber sucedido que el Sr. García haya facilitado toda la documentación relativa a los vehículos de la empresa, por lo que podrá argumentar que Aussie LTD tenía toda esta información disponible a su alcance para comprobar el estado de los vehículos o que, aunque no hubiera facilitado una documentación exhaustiva acerca de los vehículos, sí que hubiera puesto a disposición de Aussie LTD un procedimiento para la elaboración de cuestionarios *Q & A*. Así, podría argumentar que Aussie LTD tuvo la oportunidad de cuestionarse la existencia de estas averías, comprobando a través de este procedimiento el estado de los vehículos. Por último, será relevante para la determinación de la diligencia exigida a Aussie LTD el análisis del informe de *Due Diligence*.

Aussie LTD, por su parte, podrá alegar que el establecimiento de las manifestaciones tuvo como objetivo no tener que realizar una investigación exhaustiva de la empresa, cubriendo los riesgos a través de las mismas. A este respecto, será relevante considerar la inclusión de la llamada *Off-the-hook Clause*, también denominada cláusula de escape o de desenganche, ya que su establecimiento habrá excluido la necesidad de que Aussie LTD haya realizado una investigación completa para considerar que actuaba de manera diligente. De esta manera, el Sr. García no podría alegar que Aussie LTD pudo conocer el riesgo de avería a través de la realización del proceso de *Due Diligence*.

La cláusula de manifestaciones y garantías proviene del derecho anglosajón y se han introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de la jurisprudencia. Los Tribunales en estos casos han optado por dar la razón al comprador que actúa de buena fe y confía en una declaración del vendedor que posteriormente resulta ser falsa, a pesar de poder haber investigado sobre la misma. Así ocurrió en la STS de 3 de septiembre de 2010, en la que el comprador pudo comprobar la situación de la empresa realizando una auditoría con la diligencia debida y, a pesar de ello, se responsabilizó a los vendedores.

En este caso los vendedores, antes de vender la empresa, afirmaron que los estados financieros aportados eran veraces, pero, tras la venta, se descubrió que la misma tenía elevadas pérdidas que no habían sido incluidas. El Tribunal consideró que la afirmación realizada por los vendedores suponía un compromiso que les obligaba a indemnizar al comprador por haber resultado ser falsa.

Por otro lado, la STS 5346/2000 de 30 de junio trata un caso en el que el Estado había vendido un número de acciones de una sociedad a la empresa Samsonite, afirmando que esta contaba con todas las licencias y permisos necesarios para desarrollar su actividad. Tras la venta, se descubrió no solo que no se contaba con licencia, sino que la empresa no tenía los requisitos para poder obtenerla. Así, Samsonite demandó al Estado por incumplimiento contractual, petición que fue aceptada por el Tribunal, por haber dado el vendedor información incorrecta.

Sin embargo, el deber de actuar diligentemente de Aussie LTD no se elimina por completo ya que también existen otras sentencias en la que la responsabilidad ha recaído sobre el comprador por no actuar de manera diligente, como ocurrió en la STS 2144/2011, de 30 de marzo en la que en el contrato se había establecido la posibilidad del vendedor de realizar una auditoría y, en caso de encontrar diferencias entre lo declarado por el vendedor, se ajustaría el precio de venta. El comprador no realizó

la auditoría, por lo que tuvo que asumir las consecuencias de los daños derivados de la aparición de pasivos ocultos.

En este sentido, es importante que el Sr. García se haya asegurado que en el contrato se estableció expresamente que Aussie LTD contó con la posibilidad de realizar el proceso de *Due Diligence* y que este finalmente se llevó a cabo.

En segundo lugar, si se manifestó por parte del Sr. García el riesgo de averías en el contrato final y Aussie LTD ya conocía previamente este riesgo, podría suponerse que el Sr. García se comprometió a asumir el daño derivado del riesgo una vez materializado. Sin embargo, en este caso tampoco es razonable que, habiendo conocido Aussie LTD una contingencia que consideraba importante, no haya tomado medidas al respecto y que sea el Sr. García el que asuma toda la responsabilidad.

Así, si Aussie LTD conocía previamente el riesgo, el Sr. García podría argumentar que Aussie LTD no solo debió haber realizado una buena *Due Diligence*, sino que tuvo los datos necesarios para darse cuenta de los desperfectos que podrían ocasionarse en los vehículos y solicitar en consecuencia que el Sr. García prestara algún tipo de garantía. No parece lógico que, si Aussie LTD tuvo la oportunidad de conocer el riesgo de averías de los vehículos o de comprobar que lo manifestado por el Sr. García no se correspondía con la realidad, hubiera confiado en su palabra para, una vez que se materializara el daño, ejercer acciones contra él.

Por otro lado, como ya he mencionado, será preciso tener en cuenta el establecimiento de limitaciones a la responsabilidad del Sr. García para determinar, por ejemplo, si Aussie LTD puede reclamar una contingencia que supone un daño cuantificable de 300.000€.

Por último, se ha podido pactar en el contrato que el Sr. García quede exonerado de responsabilidad por todas aquellas circunstancias de la empresa que no haya podido razonablemente conocer al momento de formalizar el contrato. De esta manera, Aussie LTD habrá también asumido los riesgos inherentes a la actividad de la empresa Car4u. Sin embargo, es difícil que el Sr. García justificara que no pudo conocer el estado de los vehículos, habiendo realizado una manifestación sobre los mismos sin confirmar previamente que lo que manifestaba era cierto.

### ***Manifestación de creencia***

También podría darse el supuesto de que el Sr. García hubiera realizado una manifestación por la que hubiese establecido que no creía que la flota de vehículos fuese a sufrir averías en los meses siguientes a que se llevara a cabo la compraventa. En este caso, podría solicitarse el incumplimiento contractual de la misma manera que si una manifestación resulta ser falsa.

Sin embargo, para que procediera la resolución del contrato, Aussie LTD tendría que probar la falsedad de la creencia y la mala fe del Sr. García. Si este último realmente creía que las averías no iban a producirse, no habrá responsabilidad por su parte, a no ser que haya existido negligencia o haya actuado dolosamente. Así, considero también en este supuesto que será más probable que se estimara, en todo caso, la culpa del Sr. García, pero no el dolo, por lo que no creo que los tribunales aceptaran la resolución del contrato.

### ***Manifestación de conducta futura***

Además, puede haberse dado el caso de que el Sr. García hubiera realizado una manifestación comprometiéndose a reparar las averías de los vehículos en caso de que estas llegaran a materializarse. El hecho de haber realizado una manifestación admitiendo el riesgo de avería de los mismos, traslada toda la responsabilidad al Sr. García, de manera que tendría que cumplir con su obligación.

Si no se hubiera establecido una sanción concreta para el caso de incumplimiento por parte del Sr. García, Aussie LTD podrá reclamar que este repare las averías de los vehículos o que se resuelva el contrato, siendo la primera opción la sanción preferente en nuestro ordenamiento, como he mencionado. Por ello, en este caso también considero que la resolución del contrato no sería la opción más viable ya que, sería preferible el Sr. García reparase la flota de vehículos antes que proceder a la resolución del contrato.

En este sentido, el Sr. García podría fundamentar que los efectos de la resolución son muy costosos para las partes, por lo que sería más eficiente acudir a otro tipo de remedios. Asimismo, podría cuestionar la sustancialidad del incumplimiento para que se desestime la resolución del contrato. Además, podría alegar que tan solo cabe la resolución del contrato si el incumplimiento afecta al deber principal y que este se ha cumplido con la transmisión de las participaciones sociales.

Igualmente, será importante comprobar en este caso el establecimiento de garantías entre las partes. De la misma manera que si una manifestación resultó ser falsa, se podría alegar que, sabiendo Aussie LTD que estas averías podían producirse, no sería lógico aceptar la resolución del contrato habiendo tenido esta la posibilidad de solicitar algún tipo de garantía.

A este respecto, cabe comprobar si se estableció como causa expresa de resolución del contrato el incumplimiento del Sr. García de su obligación de reparación, una vez surgidas las averías. Sin embargo, los daños que se han ocasionado por las averías suponen un gasto de 300.000€ para la empresa por la reparación de las mismas, por lo que, tratándose de una compraventa de participaciones por valor de 3.500.000€, no parece que se haya podido prever que una cantidad tan baja pueda resolver la compraventa.

Por otro lado, pueden haber pactado limitaciones o franquicias mínimas de responsabilidad para el Sr. García de manera que, si se estableció esta cantidad en una cifra mayor que 300.000€, Aussie LTD no podría reclamar responsabilidad. Asimismo, las partes pueden haber acordado un límite máximo a la responsabilidad del Sr. García o *cap* ya que, de no haberse establecido, Aussie LTD podría recuperar la totalidad del daño efectivamente sufrido.

Es preciso mencionar que el establecimiento de este tipo de cláusulas ha podido ocasionar que, conociendo el Sr. García que el valor del daño que podía ocasionar por la avería de los vehículos era superior a lo que se comprometió a resarcir, se derive del incumplimiento una consecuencia menos gravosa que la que le correspondería realmente. Por ello, la doctrina considera que no se puede excluir o limitar la responsabilidad del vendedor en el caso de que esta provenga de un acto o comportamiento doloso. En ese caso, Aussie LTD debería probar que el Sr. García actuó con dolo para que la cláusula se considerara nula.

Asimismo, cabe comprobar la existencia de un seguro de incumplimiento de manifestaciones y garantías, conocido como *Warranty & Indemnity Insurance* o seguro *W&I*. Este tipo de seguro es una alternativa a las garantías ofrecidas por el vendedor y, mediante el mismo, el Sr. García habrá cubierto la responsabilidad por incumplimiento de las manifestaciones o garantías otorgadas.

Lo habitual habrá sido que Aussie LTD haya suscrito el seguro *W&I* y haya deducido después el importe de la prima del precio ofrecido por la compraventa, aunque también habrá podido ser suscrito por el Sr. García. Así, de existir este tipo de seguro, el Sr. García puede haber pactado en el contrato que se excluya totalmente su responsabilidad frente a Aussie LTD tras el cierre de la compraventa, obteniendo íntegramente el precio de la misma.

Es preciso mencionar que, aunque el seguro *W&I* puede cubrir totalmente la responsabilidad del Sr. García, seguramente se haya excluido la obligación de pago de la aseguradora respecto a hechos ya conocidos en el proceso de *Due Diligence*, que se hayan establecido como indemnizaciones específicas o que se hayan recogido en el contrato de compraventa como excepciones a las manifestaciones y garantías.

Asimismo, la aseguradora puede haber excluido su obligación de pago para supuestos de fraude del asegurado o para obligaciones que tenga el Sr. García que no se enmarquen dentro de las manifestaciones y garantías. Por su parte, Aussie LTD se beneficiaría en poder recibir una indemnización directa del daño sufrido por las averías de los vehículos por parte de la aseguradora sin tener que reclamar al Sr. García y depender de su solvencia.

### ***Metamanifestación***

Por último, puede haberse incluido en el contrato una metamanifestación en la que Aussie LTD hubiese afirmado que, para que su consentimiento se haya considerado prestado para contratar, el resto de manifestaciones y garantías han tenido que resultar ser ciertas y veraces. En este caso, sería más sencillo que alegara incumplimiento esencial del contrato por parte del Sr. García y que pudiera proceder la resolución contractual.

## **2.4. Acción de saneamiento por vicios ocultos**

El régimen de saneamiento por vicios ocultos está recogido en el artículo 1484 CC que establece que “El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.”,

Así, para que Aussie LTD pueda solicitar la acción de saneamiento por vicios ocultos es necesario que se den tres requisitos. El primero supone que tenga que probar que existe un vicio que haga que no se pueda usar la cosa objeto de transmisión para el uso normal o que su utilidad se haya visto muy reducida. El segundo es que este vicio debe ser oculto, de manera que Aussie LTD no haya conocido el riesgo de las averías previamente, que no lo hubiera podido conocer actuando de manera diligente, ni que debiera ser fácilmente conocido si esta fuese perito en la materia. Por último, el tercer requisito implica que el riesgo de avería de los vehículos haya existido en el momento del perfeccionamiento del contrato.

En caso de considerarse que concurren estos tres requisitos, Aussie LTD tendría que interponer la acción seis meses después de la transmisión de las participaciones, tal y como establece el artículo 1490 CC y, en caso de que prosperara la acción, podría optar por rescindir el contrato, solicitando los gastos de la compraventa (acción *redhibitoria*) o bien, a recibir de vuelta una parte del precio de compra sin necesidad de rescindir la operación (acción *quanti minoris*). Asimismo, si el Sr. García conocía el defecto de los vehículos y no se lo comunicó a Aussie LTD, esta última tendrá, además de las acciones mencionadas, derecho a la indemnización de los daños y perjuicios.

En este sentido, Aussie LTD podría fundamentar la pretensión en que el vicio, es decir, las averías de los vehículos, hacen a la empresa impropia para el uso que se destina pues se trata de un número tan alto de vehículos que se necesitan esencialmente para el desarrollo de los servicios ofrecidos por la empresa o, en todo caso, que este defecto produce una disminución tan drástica de las actividades que, de haberse conocido con anterioridad a la firma de la operación, no hubiera adquirido la empresa o hubiera pagado menos precio por ella.

En caso de solicitarse la acción de saneamiento de vicios ocultos por parte de Aussie LTD, el Sr. García podría argumentar en su defensa que las averías de los vehículos se produjeron tras la transmisión de las participaciones sociales, por lo que no se cumple el requisito de que el vicio sea

preexistente. De esta manera, el Sr. García no pudo conocer las averías, por lo que no existiría responsabilidad por su parte. Para ello, es conveniente que Aussie LTD demuestre a través de informes periciales en qué momento tuvo origen el defecto.

En cualquier caso, en mi opinión, no parece probable que Aussie LTD prospere la acción saneamiento por vicios ocultos por varias razones. En primer lugar, la interpretación del concepto de “uso normal de la cosa” viene siendo restrictiva por los tribunales, de manera que ese uso es el que se haya establecido en el contrato, independientemente del uso que haya querido darle realmente Aussie LTD.

Frente a esto, Aussie LTD podría justificar que el motivo por el que se compró la sociedad Car4u fue continuar con la explotación del negocio de *car sharing* y que este, al elevar el contrato a escritura pública, había pasado a formar parte de la causa contractual. Sin embargo, como acabo de mencionar, la motivación de contratación de Aussie LTD debió haber quedado reflejada en el contrato.

Asimismo, Aussie LTD podría argumentar que la compraventa del 80% de las participaciones sociales supone la transmisión de la titularidad y el control de Car4u, lo que supondría la compraventa de la empresa. La doctrina considera que la participación en más del 50% del capital social supone el control de la sociedad.

De esta manera, la cosa objeto de transmisión es la empresa en su conjunto, de manera que si el Sr. García manifestó una cualidad sobre los vehículos que resultó no ser cierta, este vicio afecta subjetivamente a la empresa, disminuyendo la utilidad que se le había atribuido a esta en el contrato y, en consecuencia, haciendo que esta tenga menor valor.

El Sr. García podría contraargumentar que la transmisión se ha realizado a través de una venta en globo, por lo que Car4u podría considerarse como un conjunto de elementos patrimoniales, de manera que este no estaría obligado al saneamiento de las averías de los vehículos, tal y como establece la regla de la globalidad del artículo 1532 CC, ya que este vicio afecta a un elemento concreto del contrato.

En cualquier caso, el problema se centra en que, debido al hecho de que la transmisión de la empresa se ha realizado a través de la forma del *share deal*, la responsabilidad del Sr. García dependerá de lo que pueda suceder con las participaciones transmitidas, siendo irrelevantes los problemas que puedan afectar a los activos de la empresa, como los vehículos de la misma.

A este respecto, la STS 852/2009, de 21 de diciembre establece que “En el caso presente, el contrato en escritura pública de compraventa (...) 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.”

En esta sentencia, los compradores adquirieron una empresa dedicada a la actividad hotelera, con el objetivo de seguir con esta actividad. Una vez formalizada la compraventa, se descubrió por los compradores que el hotel tenía deficiencias estructurales, cuyo arreglo suponía un elevado coste económico. En consecuencia, demandaron a la sociedad vendedora alegando la vulneración del contrato, pero el Tribunal Supremo rechazó su petición y estableció que el vendedor no tenía responsabilidad sobre la situación del hotel, ya que el objeto de venta habían sido las acciones.

Así, al tratarse de una compraventa de participaciones sociales, el vicio no recae sobre la cosa objeto de transmisión, sino sobre un activo de la empresa, por lo que no podría considerarse como un vicio oculto la avería de los vehículos. Sin embargo, Aussie LTD podría mencionar otras sentencias, como la STS 679/2002, de 1 de julio, en la que el Tribunal Supremo estimó la procedencia de una acción redhibitoria en un asunto parecido, en el que el problema de aluminosis lo tenía una vivienda.

De esta manera, el Sr. García podría alegar que no es de aplicación la acción de saneamiento por vicios ocultos ya que el objeto de transacción son las participaciones sociales y no la empresa, justificando esta postura en lo establecido por la STS 230/2011, de 30 de marzo que establece que “Sin embargo, esa visión económica no basta para tratar la venta de acciones con una norma que está prevista para resolver anomalías surgidas en el funcionamiento de la de cosas específicas. Ni siquiera aunque se considere que lo que se vende con las acciones es la empresa, en cuanto objeto jurídico unitario.” o la STSJ el 16 de diciembre del 2013 que determina que “[...] por regla general, el enajenante de las acciones no está obligado a garantizar al comprador las eventuales afectaciones que sufra el patrimonio de la sociedad emisora –tales como la existencia de pasivos ocultos o la integridad de sus activos–, porque su responsabilidad solo comprende el saneamiento por evicción y de los vicios ocultos de ‘la cosa’ que enajenó, esto es los títulos de participación y nada más; salvo pacto expreso en contrario, claro está”

En este sentido, cabe recordar asimismo la STS, de 30 de junio de 2000, que dispone que “El saneamiento por vicios ocultos se proyecta sobre la cosa específica enajenada” y en la que se consideró que la acción de saneamiento por vicios ocultos no era aplicable, sino que procedía la acción por incumplimiento. Además, podría citar la STS 852/2009, de 21 de diciembre, mencionada repetidamente en este dictamen, en la que el Tribunal Supremo consideró que las acciones edilicias no eran de aplicación, ya que la compra habían sido las acciones y no el hotel.

En consecuencia, el estado de los vehículos solo tendría relevancia jurídica si se hubiese incorporado este motivo al contrato mediante declaración de voluntad por parte de Aussie LTD. En caso contrario, salvo que las partes hayan pactado otra cosa en el contrato de compraventa, la avería de los vehículos no podría reclamarse mediante la acción de saneamiento por vicios ocultos, pudiéndose exigir responsabilidad tan solo de los vicios ocultos de las participaciones sociales. De esta manera, si no se ha establecido un régimen propio de manifestaciones y garantías, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo que las acciones edilicias no son de aplicación.

En segundo lugar, hay que considerar que, si Aussie LTD es un perito que debía fácilmente haber conocido las averías de los vehículos, el Sr. García no será responsable de las mismas. La expresión de perito que recoge el artículo 1484 CC no se refiere a un sentido técnico como el correspondiente a aquellas personas que precisan de una titulación oficial para ejercer. La expresión perito en este artículo se refiere a cualquier persona física o jurídica que tenga conocimientos sobre el sector económico en el que funciona la sociedad objeto de compraventa.

En este sentido, cabe destacar la STS 1984/3799 de 6 de julio, que establece que “La expresión perito a que se refiere el citado artículo mil cuatrocientos ochenta y cuatro hay que entenderlo no en el sentido técnico de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales.”

De esta manera, el Sr. García podrá intentar demostrar, para desvirtuar la pretensión de la acción de saneamiento por vicios ocultos, que Aussie LTD es un perito en relación con el negocio de *car sharing* ya que esta, antes de efectuar la compraventa de la empresa Car4u, ya contaba con participaciones en cuatro empresas que realizan la misma actividad. En consecuencia, Aussie LTD debía conocer el funcionamiento, características y prácticas habituales de este tipo de negocio.

Así, parece que en este caso resultaría difícil la acción de saneamiento por vicios ocultos ejercitada por Aussie LTD prosperara ya que, a pesar de no haber conocido el defecto de las averías de los vehículos, este debería haber sido fácilmente conocido, considerando que esta es un perito en la materia.

Aussie LTD podría alegar en su defensa que resulta paradójico que se le exija haber conocido el defecto por tener experiencia el sector de actividad de *car sharing* ya que, en ese caso, el Sr. García también debió haber conocido el defecto de lo que transmitía, al dedicarse este a la misma actividad

y ser en su propia empresa donde se encontraba el vicio oculto. Además, podría argumentar que, al realizar la *Due Diligence* quiso conocer los aspectos relativos al estado de los vehículos y no se comunicó ninguna contingencia al respecto y, basándose en el argumento del Sr. García, este debería haber tenido conocimiento sobre el riesgo de avería y haberlo comunicado.

En tercer lugar, en relación con lo que se acaba de mencionar, cabe plantearse el hecho de que Aussie LTD ha realizado una *Due Diligence*. No cabe excluir la posibilidad de ejercitar la acción de saneamiento por vicios ocultos por el mero hecho de haber realizado la *Due Diligence* pero el Sr. García podría alegar que el riesgo de avería de los vehículos debió haber sido detectado por Aussie LTD en su realización.

En este sentido y según lo establecido por la doctrina, Aussie LTD tuvo la obligación de actuar diligentemente, asegurándose de que no existieran defectos ocultos en el objeto de compraventa. Además, bajo el principio *Caveat Emptor*, ya mencionado, el Sr. García solo respondería de las manifestaciones y garantías que expresamente haya dado a Aussie LT, por lo que podría ser un buen argumento a favor del Sr. García, en caso de no haber realizado ninguna manifestación o haber prestado alguna garantía en relación con la flota de vehículos.

A este respecto, Aussie LTD también podría fundamentar que la información relativa al estado de los vehículos no pudo conocerse en el proceso de *Due Diligence*, por lo que Car4u tendría la obligación de responder, aunque este también hubiera desconocido el riesgo de avería. Si por el contrario este ya hubiese conocido el riesgo, como se ha mencionado, Aussie LTD podría reclamar daños y perjuicios, con la dificultad de tener que probar que el Sr. García ya conocía esta contingencia.

Además, si el Sr. García hubiera realizado alguna manifestación acerca del estado de los vehículos y la inexistencia de pasivos ocultos en los mismos, Aussie LTD podría argumentar que la falsedad de las cualidades declaradas desplazaría toda la responsabilidad sobre este.

Por otro lado, Aussie LTD podría justificar que actuó con toda la diligencia necesaria para comprobar que no existía ningún vicio oculto en las participaciones sociales, pero que el deber de diligencia no cabría exigirlo más allá del objeto de compra. El Sr. García, a su favor, podría argumentar que en ese caso tiene la posibilidad de solicitar manifestaciones o garantías, para considerar los activos que son importantes para Aussie LTD en el proceso de compra.

En cualquier caso, Aussie LTD tuvo la posibilidad de conocer la información a través de la realización del proceso *Due Diligence*. De esta manera, podría estar sobreprotegiéndose a Aussie LTD si se le permite ejercitar acciones por una contingencia que ha surgido después de que se haya perfeccionado la compraventa y que tienen relación con una información que pudo obtener en la *Due Diligence*. En consecuencia, cabe determinar que no procede ejercer acciones edilicias, ya que es difícil que la pretensión tenga éxito y ello debido a que estas acciones se basan en un elemento desconocido e inesperado que no pudo ser detectado.

Además, el Sr. García podría argumentar también en este supuesto que, de haber detectado Aussie LTD algún tipo de incorrección en la *Due Diligence*, esta pudo haberle solicitado determinadas garantías, como haber establecido un pago aplazado del precio, para poder deducir de los pagos, antes de realizarlos, los posibles pasivos ocultos que surgieran o haber constituido un depósito bancario o notarial en garantía o una cuenta *escrow*, para que una parte del precio entregado por las participaciones sociales se consignara en el mismo, de manera que este se fuera liberando progresivamente a favor del Sr. García en caso de que Aussie LTD no notificara la aparición de pasivos ocultos.

También podía haber solicitado Aussie LTD la constitución de un aval por un plazo y cuantía determinados, emitido por una entidad financiera, de manera que esta entidad pudiera cobrar contra el aval los pasivos ocultos que afloraran, como las averías que se tratan. Aussie LTD podría argumentar frente al Sr. García que el otorgamiento de un aval supone costes de financiación muy elevados. Sin embargo, el Sr. García podría argumentar en contra que el importe del aval puede ir

ajustándose a medida que va prescribiendo el tiempo establecido para la aparición de las contingencias y que, además, Aussie LTD tenía también la posibilidad de constituir un aval personal, es decir, que no fuese bancario, para reducir dichos costes.

Por último, hay que tener en consideración que las partes pueden haber excluido expresamente este régimen para sustituirlo por la determinación del régimen de manifestaciones y garantías. Así, si se han pactado sanciones concretas que hayan excluido la posibilidad de aplicar el régimen de saneamiento por vicios ocultos, se aplicaría lo establecido expresamente entre las partes.

De esta manera, será necesario comprobar que las partes no hayan pactado la exclusión de la obligación del vendedor de sanear al comprador por la avería de los vehículos, aunque, si el vendedor hubiera conocido la existencia del vicio sin que el comprador la conociera, este pacto sería ineficaz.

La inclusión de una cláusula en la que se explicita el objeto de contrato, habrá podido evitar ciertos inconvenientes del régimen de saneamientos ocultos, como el breve plazo de caducidad, que se considere que el estado de los vehículos no afecta a la cosa objeto de transmisión, la limitación de los remedios recogidos en el artículo 1486 CC y la posibilidad de que la acción no prospere por la condición de perito de Aussie LTD.

## 3. BLOQUE 2

### 3.1. Cuestiones jurídicas a analizar:

1. Posibilidad de invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo. Argumentos a favor y argumentos en contra.
2. Posibilidad de la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* por Car4u para suspender el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde gestionaban la compañía y al que no han podido acceder por estar localizado en una zona confinada durante un periodo de 5 meses. Argumentos a favor y argumentos en contra.

Antes de abordar las preguntas referidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, cabe hacer referencia a las figuras contractuales que han jugado un papel fundamental en el contexto de la situación de emergencia sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19, que son la fuerza mayor, la buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus*. Además, se mencionarán las medidas adoptadas por el Gobierno ante esta situación

### 3.2. Fuerza mayor

Son muchos los autores que califican la situación provocada por la pandemia del COVID-19 como una situación de fuerza mayor. El concepto de fuerza mayor está recogido en el artículo 1105 CC y se aplica en los supuestos de imposibilidad total de cumplimiento de la obligación, a causa del acaecimiento de un suceso extraordinario que no hubiera podido preverse, o que, previsto, fuera inevitable, no imputable a la parte que alega la fuerza mayor. Su alcance dependerá de lo establecido en el contrato y de su incidencia en el cumplimiento de las obligaciones, pudiendo ir desde la exoneración de responsabilidad al deudor por incumplimiento, hasta la liberación a este del cumplimiento de sus obligaciones.

La situación provocada por la pandemia ha resultado totalmente imprevisible para cualquier parte, por lo que es poco probable que se haya pactado en el contrato este riesgo. Cabe apuntar que, seguramente, a partir de ahora las partes prevean este tipo de situaciones en los contratos, pactando que no puedan exonerarse de ningún tipo de responsabilidad por esta causa.

Cabe preguntarse qué es lo que constituye la fuerza mayor. En este sentido, Alfaro y Garicano opina que “El cambio en las circunstancias no es la epidemia. El cambio en las circunstancias es la orden del gobierno emitida en virtud de la declaración del estado de alarma de cerrar los establecimientos” (ALFARO Y GARICANO, Almacén de derecho, 3 de abril de 2020). Así, serán las mencionadas medidas adoptadas por el gobierno como consecuencia de la pandemia provocada por el COVID-19 lo que podrá constituir un supuesto de fuerza mayor.

Para invocar fuerza mayor, habría que considerar qué es lo que realmente ha impedido el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Es preciso resaltar que, si para la parte que invoca la fuerza mayor no es totalmente imposible cumplir con las obligaciones, no podría hacer uso de esta figura. De esta manera, es difícil que por esta vía pueda suspenderse el cumplimiento de una obligación monetaria, ya que la imposibilidad de cumplimiento tiene que ser absoluta.

La cláusula *rebus sic stantibus* se diferencia de la fuerza mayor en que esta última sólo puede aplicarse a las obligaciones de dar o hacer, mientras que la primera puede aplicarse a las obligaciones pecuniarias. De esta manera, en el caso que tratamos, Car4u no podrá quedar exonerado del cumplimiento de sus obligaciones, tanto del contrato de préstamo, como del contrato de arrendamiento, alegando la pandemia como un suceso de fuerza mayor.

En este sentido, la STS 266/2015 de 19 de mayo establece que “cuando se trata de deudas pecuniarias de pago de dinero como prestación principal no cabe que opere como exoneración de la obligación la imposibilidad sobrevenida de esta por caso fortuito o fuerza mayor.”

### **3.3. Buena fe**

Por otro lado, en el contexto de la pandemia provocada por el COVID-19, pueden darse multitud de incumplimientos contractuales, por lo que es importante que las partes actúen bajo las exigencias de la buena fe y opten, en primer lugar, por la preservación de los contratos, de manera que no se llegue a un extremo en el que la resolución en cadena de contratos perjudique la actividad económica. De la misma manera, los acreedores deberán actuar con buena fe, no imponiendo el cumplimiento de la obligación cuando este sea excesivamente oneroso.

### **3.4. Cláusula *rebus sic stantibus***

En cuanto a la cláusula *rebus sic stantibus*, cabe mencionar, en primer lugar, que en nuestro ordenamiento jurídico no se regulan los efectos en el contrato provocados por un cambio en las circunstancias. Esta cláusula se configura como un principio general del derecho de contratos que no se entiende sin el principio *pacta sunt servanda* (“los pactos se han de cumplir”), reflejado en diversos preceptos del Código Civil, como el artículo 1.091 CC que dispone que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.” Así, este último principio supone que las partes de un contrato deben cumplir con sus obligaciones y asumir los riesgos correspondientes al cumplimiento de las mismas.

Los límites al principio *pacta sunt servanda* vienen establecidos, por un lado, por el principio de libertad contractual o autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1255 CC que establece que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.” y, por otro, el principio general de la buena fe consagrado en el artículo 7.1 CC.

Además, cabe mencionar el artículo 1.258 CC que dispone que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

La cláusula *rebus sic stantibus* permite la modificación de las cláusulas de un contrato o incluso la resolución del mismo, en el caso de que, con el transcurso del tiempo, aparezcan circunstancias no previstas o extraordinarias en el momento de celebración del contrato que imposibiliten cumplir alguna prestación en él prevista, que este cambio no sea imputable a ninguna de las partes y suponga un desequilibrio contractual.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el principio *pacta sunt servanda*, aunque no es absoluto, sí es fundamental, por lo que la modificación o resolución del contrato se aplica de manera extraordinaria, restrictiva y debiendo ser motivada y analizada caso por caso.

En este sentido, cabe mencionar que, dentro del contexto de la pandemia provocada por el COVID-19, la aplicación de la *rebus* no supone la ruptura del principio *pacta sunt servanda*, siempre que se actúe de buena fe, ya que el que la invoca sí tenía intención de cumplir lo pactado en el contrato, pero la imprevisibilidad de las consecuencias de la situación le ha impedido hacerlo, al menos, en la manera como se pactó.

A diferencia de los supuestos de fuerza mayor, la cláusula *rebus sic stantibus* no requiere que el cumplimiento de la prestación resulte totalmente imposible, sino que esta haya resultado excesivamente onerosa para una de las partes, produciéndose un desequilibrio contractual. Así, con la aplicación de esta cláusula se pretende que dicho equilibrio sea restablecido, mediante la modificación de la prestación u otra solución.

La alteración de las circunstancias debe ser objetiva, como es la pandemia provocada por el COVID-19, sin que quepan la alteración de circunstancias que tan solo tengan un impacto individual en una de las partes. Además, tiene un carácter subsidiario, ya que tan solo puede aplicarse si no existe otro recurso al que acudir para restablecer el equilibrio contractual. En consecuencia, se prima el principio general de derecho de conservación de contratos, evitando la resolución de los mismos.

En este sentido, en la propuesta de reforma del Código Civil de la Comisión General de Codificación se establece que el principal efecto de aplicación de esta cláusula debe ser la revisión del contrato y, solo si esta no fuera posible, la resolución. También la jurisprudencia da preferencia a la modificación del contrato frente a su resolución, como la STS 333/2014 de 30 de junio, que establece que “la conservación de los contratos constituye un principio informador del derecho contractual europeo”

Por otro lado, cabe tener en cuenta que es habitual que las partes pacten la exclusión del régimen legal, determinando en el contrato las consecuencias jurídicas concretas en caso de un incumplimiento contractual que se deba a situaciones de fuerza mayor o a circunstancias que sean imprevisibles y que alteren el equilibrio de las prestaciones, a través de cláusulas de cambios o efectos materiales adversos (“MAC” o *Material adverse change*).

Mediante estas cláusulas, las partes han podido prever que se puedan desistir o renegociar los términos del contrato, en caso de que se produzcan cambios que afecten considerablemente al valor de la empresa o a determinados aspectos que fueron determinantes para la formación de voluntad de las partes en el momento de la firma del contrato de compraventa. Así, en caso de que exista este tipo de cláusula en el contrato, ya no podría aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus*.

Por otro lado, la cláusula *rebus sic stantibus* no se encuentra regulada en nuestro Código Civil, sino que se trata de una creación jurisprudencial. De esta manera, los tribunales han ido dando significado y forma a esta cláusula, considerando su carácter excepcional, siendo rigurosos en su aplicación y teniendo siempre en cuenta la equidad. Así, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos para admitir la modificación de un contrato a través de la invocación de la *rebus* por una de las partes.

La STS de 25 de junio de 2007 establece los requisitos jurisprudenciales, ya mencionados, que el Tribunal Supremo exige para admitir su aplicación, a saber, una alteración extraordinaria de las circunstancias, una desproporción exorbitante entre las prestaciones y que el cambio sea imprevisible. Además, advierte sobre la peligrosidad de la cláusula disponiendo que «A) [...] la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) [...] sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) [...] es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente;”

Tras la crisis del 2008, las STS 333/2014 de 30 de junio; 591/2014, de 15 de octubre y 64/2015, de 24 de febrero, dan un enfoque más moderno a la aplicación de esta cláusula, con el objetivo de

normalizar su aplicación, basándose en que se trata de un mecanismo admitido en derecho, que tiene el objetivo de restablecer el equilibrio prestacional y que está fundamentado en el principio de buena fe.

Sin embargo, a partir de 2019, el Tribunal Supremo volvió a ser sumamente restrictivo en su aplicación. En las SSTs 791/2020 de 6 de marzo de 2020 se puede observar la exigencia con la que el TS establece los requisitos necesarios para su aplicación, que se pueden añadir a los ya mencionados:

“1º) Que haya habido una alteración del contrato de tal envergadura que la excesiva onerosidad debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente al contrato celebrado.

2º) Que la alteración indicada no sea imputable a la parte deudora que ha de cumplir su prestación.

3º) Que el riesgo de una posible alteración no haya sido asumido por las partes expresa o implícitamente; por tanto, si el riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida de las circunstancias que, por definición, implica la no asunción del riesgo.

4º) Aunque ello se discuta doctrinalmente, es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo y no en un contrato de corta duración.”

La jurisprudencia, en un principio, justificaba la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en razones de equidad y justicia, evolucionando posteriormente a fundamentos más objetivos como el principio de buena fe y la conmutatividad del comercio jurídico. Este último concepto expresa la existencia de un equilibrio entre los bienes y servicios objeto de intercambio. El Tribunal Supremo establece la conmutatividad como requisito para la aplicación de la *rebus* ya que, si la prestación resulta excesivamente onerosa para una de las partes debido al cambio de circunstancias, el negocio jurídico se quedaría sin causa.

Por último, es preciso resaltar que, a partir de la crisis provocada por el COVID-19, la cláusula *rebus sic stantibus* ha vuelto a cobrar suma importancia, hasta el punto de que han aparecido diversas iniciativas legislativas que destacan la conveniencia de regular esta figura, como la de la fundación FIDE o la Propuesta de modernización del Código Civil de la Comisión General de Codificación.

Aunque es más probable que se aplique en contratos de larga duración, la situación de crisis sanitaria y económica provocada por el COVID-19 abre paso a que este criterio restrictivo cambie, al darse unas circunstancias imprevisibles y extraordinarias que, hasta ahora, no se habían dado.

### **3.5. Medidas adoptadas por el Gobierno a causa de la pandemia del COVID-19**

Por último, cabe tener en consideración las medidas adoptadas por el Gobierno a causa de la pandemia del COVID-19, que impactaron sobre el derecho de contratos. Las principales medidas, adoptadas en el Real Decreto 463/2020, fueron la restricción a la libertad de circulación de las personas y la reducción o suspensión de la actividad comercial. En lo que se refiere a contratos civiles, las principales normas se encuentran en los Reales Decreto-ley 8/2020, 11/2020 y 15/2020 y afectan a contratos de arrendamientos de vivienda, a algunos arrendamientos de locales de negocio e industria y a ciertos préstamos tanto hipotecarios como préstamos personales.

De esta manera, la principal consecuencia de estas medidas son la imposibilidad de cumplir ciertas obligaciones establecidas en los contratos, donde entran los deudores de obligaciones monetarias a los que les surgieron problemas de liquidez. Para los arrendatarios, la pandemia ha provocado, como

ocurre en este caso, que se reduzcan las posibilidades de pago debido a la reducción de sus ingresos y, además, que las medidas adoptadas declarando el estado de alarma influyan en el uso, goce y aprovechamiento del inmueble.

Estas medidas intentan paliar las dificultades de los deudores de cumplir con sus obligaciones monetarias, permitiendo una moratoria sin intereses para todos los casos, reducción del 50% de renta para los contratos de arrendamiento de vivienda o suspensiones de pago, en el caso de préstamos personales. Los dos casos que aquí se exponen podrían beneficiarse tan solo de una moratoria del pago sin cobro de intereses ya que, ni se trata de un arrendamiento de vivienda, ni de un préstamo personal. También cabe destacar que en estas medidas no se contempla la posibilidad de resolución del contrato a causa del impago de las obligaciones en él establecidas. Además, no se incluyó ninguna medida en relación a los contratos de préstamo que pueda aplicarse a las personas jurídicas.

Otro aspecto a considerar es que, el arrendador o el prestamista, solo estaría obligado a aceptar la moratoria en caso de ser una gran empresa, una entidad financiera o un gran tenedor. Este último concepto fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez a causa de la pandemia, y se trata de una persona física o jurídica que sea propietario de un gran número de inmuebles, como mínimo, más de diez. En el caso del contrato de préstamo, el prestamista sí es una entidad financiera, pero en el caso del arrendamiento de las oficinas, sería preciso comprobar si nos encontramos ante un gran tenedor o tan solo un pequeño propietario, ya que, en este último caso, Car4u seguiría obligado a pagar la renta en las condiciones que se hubieran pactado entre las partes en el contrato de arrendamiento.

Como se puede observar, las condiciones establecidas para su disfrute son muy restrictivas por lo que es preciso buscar soluciones alternativas como la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Respecto a si las normas adoptadas por el Gobierno excluyen la posibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, cabe mencionar el Auto 447/2020 de 25 de septiembre de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº81 de Madrid, que señala que estas no impiden la aplicación de la mencionada cláusula, incluso aunque previamente se hayan aplicado las normas dictadas por el Gobierno.

### **3.6. Resolución de las cuestiones jurídicas planteadas**

Es cierto que la paralización o disminución de la mayoría de las actividades que provocó la pandemia del COVID-19 tuvo un gran impacto en los contratos y, concretamente, en la posibilidad de que las partes pudieran cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, esta situación, por sí misma, no es suficiente para invocar la cláusula *rebus sic stantibus*. De esta manera, para determinar las limitaciones al cumplimiento del contrato se debe estar, por un lado, a lo establecido en el mismo y, por otro, al contexto y circunstancia del caso concreto.

En el caso de que las partes no hubieran previsto nada en el contrato, cabe acudir a lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia. Cabe recordar que la interpretación de esta cláusula ha sido generalmente restrictiva, por lo que, en cualquier caso, Car4u no debería aprovechar la situación de pandemia para invocar su aplicación sin fundamento ya que lo más probable será el fracaso. Así, será preciso analizar el comportamiento de las partes tras la alteración de circunstancias provocada por el COVID-19, para descartar que haya existido mala intención o abuso de derecho y que su comportamiento se ajusta al principio de buena fe.

En cualquier caso, Car4u podría suspender el cumplimiento a su propio riesgo, ofreciendo a su vez una prestación que se ajustara a la nueva situación en la que se encuentra. En este caso, serían los Tribunales los que tendrían que decidir si la suspensión se ajustaba a derecho. A este respecto, menciono las palabras de Morales Moreno (ADC, 2020, II): “En la aplicación de la *rebus*, la

alteración sobrevenida de las circunstancias no justifica necesariamente, por sí misma, la paralización del cumplimiento del contrato. Esta solo podrá quedar justificada, posteriormente, si las partes lo acuerdan, si el juez así lo establece [...] De modo que en el momento más crítico de la pandemia no estaría justificada la suspensión del cumplimiento de la obligación por la parte afectada porque el contratante sigue obligado a cumplir el contrato hasta que culmine el procedimiento que abre la invocación de la cláusula.”

Pasaré ahora a analizar con mayor detenimiento si es posible invocar la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo, así como por Car4u como arrendatario del contrato de alquiler de las oficinas desde donde gestionaba su actividad.

### **3.6.1. Contrato de préstamo**

En cuanto a los contratos de préstamo, estos no fueron una excepción respecto a las consecuencias derivadas del impacto económico provocado por la pandemia. De esta manera, la búsqueda de soluciones para evitar la imposibilidad de pago de las cuotas del préstamo resulta de gran importancia.

Como se ha mencionado, la situación provocada por la pandemia, por sí misma, no altera las obligaciones de las partes. De esta manera, salvo pacto expreso en el contrato por las partes o dispensa unilateral por parte del acreedor, el contrato solo podría verse modificado mediante resolución judicial. Así, si Car4u no cumple con sus obligaciones de pago, estará en una situación de incumplimiento.

En primer lugar, es preciso tener en consideración un pronunciamiento de relevancia que reconoce la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el contexto de un contrato de préstamo. Este es el Auto nº 155/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid, de 30 de abril, ya que es el primero que aplica, dentro del contexto provocado por la pandemia del COVID-19, la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con un contrato de financiación en el que se había previsto como causa de resolución anticipada el incumplimiento por parte del deudor de los plazos de vencimiento y ratios financieras.

Este Auto es de suma importancia, ya que sienta precedente en materia de préstamos bancarios. En él se establece que “es notorio que la situación provocada por la pandemia del COVID-19 ha supuesto una caída brusca de la producción y de la demanda y que se ha producido una caída a plomo de las ventas del grupo” y que “una situación tan excepcional y sin precedentes como la paralización de la economía ocasionada por el COVID-19 está afectando a la economía mundial”. Asimismo, el Juzgador considera “necesaria la adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y una evolución de la doctrina jurisprudencial favorable a una aplicación normalizada de la figura de la *rebus sic stantibus*”.

En cuanto a los hechos del caso, se trataba de un contrato de préstamo mercantil que el Grupo Celsa había suscrito con un sindicato de entidades bancarias. Así, el contrato contenía una obligación de amortizar el principal en las fechas establecidas, así como el cumplimiento de unos determinados ratios financieros. Las obligaciones se asumieron teniendo en cuenta el plan de viabilidad realizado por el Grupo Celsa. Debido a la situación provocada por la pandemia, el Grupo Celsa solicitó al sindicato de entidades bancarias una moratoria en el pago para la que no obtuvo ninguna respuesta. Por ello, solicitó la adopción de determinadas medidas cautelares.

Así, reconociendo el juzgado el carácter urgente de las medidas por el poco tiempo restante para la fecha de pago y su previsible incumplimiento, este acordó como medidas cautelares la suspensión de vencimientos de principal e intereses, así como de la obligación de cumplimiento de ciertas ratios, la prohibición de resolución del contrato, de dar por vencido el préstamo, de exigir su reembolso y la ejecución de garantías por parte de los acreedores, estableciendo que “la situación actual supone una

alteración grave que afecta de manera importante a la capacidad de la parte de poder realizar un estricto cumplimiento de los ratios pactados”.

Debido a que la opción de vencimiento anticipado del contrato era muy probable, para acordar como medida cautelar la prohibición de ejecución de garantías, el Juzgado tiene en cuenta el tipo de garantías establecidas en el contrato y el hecho muy probable de que se pudieran ejecutar las mismas extrajudicialmente en poco tiempo. Además, el deudor no hubiera podido oponerse debido a la inminente fecha del primer vencimiento. Así, el hecho de que se impida la ejecución de las garantías hace que el deudor pueda situarse en una posición favorable.

Por otro lado, respecto al requisito *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho para acordar las medidas cautelares, el Juzgado considera que las amortizaciones del contrato son consecuencia del plan de viabilidad realizado por Celsa, que había tenido como base el funcionamiento normal de su negocio. En este sentido, se destaca en el Auto que hasta la llegada de la pandemia el Grupo Celsa había cumplido con todos sus compromisos de pago y, además, había mejorado su capacidad financiera en los últimos años.

Destaca, por otro lado, como hecho notorio, que la pandemia era imprevisible y que sus consecuencias afectaron al negocio y a los resultados económicos del Grupo Celsa, viendo reducidas sus ventas de manera drástica a consecuencia de la paralización de su actividad impuesta por el Real Decreto-ley 10/2020 por el que se estableció el estado de alarma. Además, el 89% de su plantilla se vio afectada por un expediente de regulación temporal de empleo.

Por último, cabe mencionar que estas medidas cautelares se justificaron por la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, considerando que se había producido un cambio imprevisible en las circunstancias previstas en el plan de viabilidad de la empresa y que se cumplían todos los requisitos que ha venido exigiendo la jurisprudencia para su aplicación. De esta manera, este Auto marca una tendencia favorable a admitir la aplicación de la *rebus* en relación con los contratos de financiación.

Por otro lado, parece indicar la estrategia que deben seguir los deudores financieros para invocar esta cláusula, que es la misma que ha seguido Car4u en el caso que tratamos, esta es, la solicitud de medidas cautelares inaudita parte para evitar la resolución anticipada del contrato de préstamo y la ejecución de las garantías financieras.

Como se puede observar, las situación y contexto de este caso es muy similar al caso que nos ocupa. Para determinar la primera cuestión jurídica planteada en este caso, es preciso considerar en primer lugar los requisitos necesarios para solicitar la medida cautelar. En primer lugar, Car4u debería prestar una caución o fianza de manera que, si finalmente se desestima su pretensión, se garantice a la entidad bancaria la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Por otro lado, para acreditar el *periculum in mora* o retraso en la mora procesal, podría establecerse que, de no adoptarse la medida cautelar, desaparecerían las posibilidades de que la sentencia fuese favorable para Car4u ya que, a causa de la situación en la que se encuentra y debido a la imposibilidad de continuar con su actividad, le sería imposible cumplir con las obligaciones de pago del contrato de préstamo.

Por último, en cuanto al *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, Car4u tendría que demostrar las posibilidades de éxito de su pretensión, esto es, la posibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para proceder a la modificación de las condiciones contractuales, suspendiendo durante un año el pago de los intereses devengados, así como las cuotas de principal. De esta manera, tendría que probar que se cumplen todos los requisitos que ha venido estableciendo la jurisprudencia y que la situación económica derivada de las medidas adoptadas por el Gobierno ha tenido una incidencia clara y relevante en la relación contractual existente entre las partes.

Así, para considerar la posibilidad de aplicación, en primer lugar, se ha de partir de lo establecido en el contrato, ya que uno de los requisitos que se deberían cumplir para que la cláusula pudiera aplicarse

es que el riesgo no hubiera sido asumido por ninguna de las partes y, como se ha mencionado, según el principio *pacta sunt servanda*, este debe ser cumplido en sus propios términos. Es preciso ser cauteloso en este sentido ya que la asunción de dicho riesgo puede expresarse en el contrato de forma expresa o de forma implícita e, incluso, puede ser causa del propio objeto del contrato. A este respecto, la STS 5/2019 de 9 de enero de 2019 en relación con una inversión en unos fondos estructurados no aplicó la doctrina *rebus sic stantibus* debido a que “la alteración sobrevenida, por definición, implica lo no asunción del riesgo” y consideraba que la inversión en fondos estructurados suponía de por sí un riesgo.

En este sentido, es preciso resaltar que en los contratos de financiación es habitual que se incluyan cláusulas MAC siendo además el deudor el que suele asumir el riesgo. Como se ha mencionado anteriormente, estas cláusulas regulan la aparición de determinadas circunstancias sobrevenidas que, de darse, permiten que se pueda resolver el contrato anticipadamente. Mediante este tipo de cláusulas las partes han podido limitar la aplicación de la *rebus* a supuestos concretos o haber excluido expresamente supuestos de envergadura macroeconómica como la pandemia provocada por el COVID-19.

De esta manera, es posible que en el contrato se hayan incluido cláusulas de atribución del riesgo muy amplias, en las que pudiera incluirse la pandemia provocada por el COVID-19. Sin embargo, lo más probable es que no se hayan incluido riesgos derivados del COVID-19, por lo que partiremos de esta premisa. En cualquier caso, la entidad financiera puede haber querido cubrir este tipo de riesgos mediante el establecimiento de cláusulas MAC, ya que ha entregado la totalidad del importe del préstamo, cumpliendo con las obligaciones del contrato. Así, en caso de que se hubieran acordado este tipo de cláusulas, cabe preguntarse si su inclusión impediría la aplicación de la *rebus*, al considerar que la pandemia del COVID-19 es un riesgo que ya ha sido cubierto y cuyo riesgo se ha distribuido entre las partes, pactándolo estas expresamente en el contrato.

Por otro lado, es preciso mencionar que, en ocasiones, en los contratos de préstamo se establecen cláusulas referidas a supuestos de fuerza mayor. Habrá que estar, asimismo, a lo que disponga el contrato en el caso de que las mismas se hayan establecido por las partes. Además, aunque en el contrato nada se hubiese pactado, Car4u podría tratar de alegar igualmente la situación provocada por la pandemia como un suceso de fuerza mayor, solicitando una exoneración parcial de las consecuencias del incumplimiento, acreditando un impacto directo en la capacidad de pago y demostrando que se ha hecho todo lo posible para evitar el daño. Hay que tener en cuenta que, de no haberse pactado nada, la exoneración por fuerza mayor solo tendría efecto una vez que se hubiese declarado por un tribunal.

Sin embargo, los efectos de un suceso de fuerza mayor son limitados mientras dure la situación que ha provocado el cambio imprevisible de circunstancias e, igualmente, una vez vencido el plazo, Car4u se situaría en mora automáticamente e independientemente del motivo. De esta manera, la fuerza mayor le exoneraría de la responsabilidad por incumplimiento temporalmente, paralizando el devengo de los intereses de demora y evitando la declaración de vencimiento anticipado del contrato, pero una vez cesara la situación provocada por la pandemia, se encontraría nuevamente en situación de incumplimiento. Además, es importante recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha establecido, como en la STS núm. 266/2015, de 19 de mayo que, tratándose de deudas pecuniarias como prestación principal, la imposibilidad sobrevenida por fuerza mayor no exonera de la obligación de pago.

En cualquier caso, las alternativas que tienen los deudores de un contrato de préstamo para prevenir el incumplimiento de sus obligaciones contractuales son diversas. Además de las medidas comentadas que adoptó el Gobierno, los deudores han podido contar con diversos mecanismos como novaciones de contratos de financiación o acuerdos de refinanciación o *waivers*, esto es, dispensas temporales en el cumplimiento de alguna obligación financiera.

De esta manera, la invocación de la *rebus* alegando la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de devolución de las cuotas de un contrato de préstamo resulta difícil de fundamentar al tratarse de una obligación dineraria. La excesiva onerosidad exigida a una de las partes, parte de otro de los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula, que es la ruptura del equilibrio contractual. Así, la doctrina *rebus sic stantibus* se puede aplicar en contratos con prestaciones recíprocas, ya que su fin es restablecer el equilibrio del contrato que se ha visto perjudicado por el cambio de circunstancias.

En este sentido, en el caso de un contrato de préstamo, la entidad financiera ha cumplido toda su obligación desde el principio, que es entregar la cantidad de dinero que se presta, quedando tan solo por cumplir la obligación de pago de Car4u. Además, la ruptura del equilibrio contractual puede deberse a un aumento de los costes de ejecución de la prestación o una disminución del valor de la contraprestación recibida. De esta manera, la dificultad en el cumplimiento de las obligaciones a causa de los problemas de liquidez de Car4u para hacer frente a la mismas no inciden en el equilibrio del contrato.

Según lo expuesto podría parecer difícil la solicitud de la aplicación de la *rebus* tratándose de un contrato de préstamo, ya que su aplicación no ha dejado de ser restrictiva. Sin embargo, salvo que se excluya expresamente en el contrato, nada impide que se solicite su aplicación para este tipo de contratos. En la STS núm. 266/2015, de 19 de mayo que acabo de mencionar, el Alto Tribunal establece que, los casos en que la prestación resulta excesivamente onerosa tienen “encaje en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, independientemente del contenido de la prestación.” Sería necesario así que Car4u acreditara la excesiva onerosidad provocada por la pandemia, mediante informes periciales que confirmaran la caída drástica de ingresos, la paralización de la actividad y, en consecuencia, la imposibilidad de pago.

Además, tendría que demostrar que, con anterioridad a la invocación de la cláusula, las partes hubieran intentado alcanzar una solución extrajudicial a través de una negociación previa. En base al principio de la buena fe, no cabe solicitar la extinción del préstamo, cuando es posible modificar el contenido del contrato para encontrar un método alternativo de cumplimiento. Así, Car4u debería haber solicitado previamente a la entidad bancaria una moratoria en el pago o haber tratado de negociar con esta alguna otra solución previa. Cabe mencionar que en caso de que Car4u hubiera llegado a un acuerdo con la entidad financiera existiría novación contractual, por lo que ya no cabría la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Asimismo, es preciso que la alteración de las circunstancias sea sustancial. En este sentido, la STS 5/2019 de 9 de enero establece que será sustancial “cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato”.

Además de sustancial, el cambio de las circunstancias debe ser imprevisible, tal y como indicaba la STS 452/2019 de 18 de julio estableciendo que “Según esta doctrina, la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes.”

No es necesario que el cambio de circunstancias implique la imposibilidad total de cumplimiento de la obligación. A este respecto, la STS 333/2014 establece que se aplica la doctrina tanto cuando “la finalidad económica primordial del contrato se torna inalcanzable” como cuando “la conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones desaparece”.

En este sentido, Car4u tendría que probar que las medidas adoptadas por el Gobierno decretando el estado de alarma hicieron que la mayoría de los ciudadanos no pudiera salir de sus hogares y, en consecuencia, su actividad se paralizó por completo, haciendo que no contara con liquidez para hacer

frente a los pagos del préstamo. Asimismo, podría alegar que la mayoría de sus empleados fueron incluidos en Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y demostrar que los resultados de la empresa se redujeron drásticamente.

En cuanto a la imprevisibilidad de la pandemia, el Auto explicado establece como hecho notorio esta característica y así lo hacen, como se mencionará posteriormente, otras resoluciones referidas otro tipo de contratos en el contexto de esta misma situación. En este sentido, cabe destacar también la STS 2823/2014 de 30 de junio, en la que se establece que “La actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido”.

Otro de los requisitos necesarios para que pudiera aplicarse sería la necesidad de que exista una causalidad directa entre el cambio de circunstancias y la imposibilidad de cumplimiento. Así, Car4u tendría que demostrar que la paralización de la actividad y la pérdida de beneficios que le impiden hacer frente al pago es consecuencia directa de la situación provocada por la pandemia.

En este sentido, cabe destacar que, debido a que la pandemia ocurrió muy poco tiempo después de que Aussie LTD tomara el control de la sociedad Car4u y acordara el contrato de préstamo, le sería difícil demostrar que contaba con un plan de viabilidad que hubiera mejorado su capacidad financiera. Además, todavía no había hecho frente a ningún pago, por lo que se podría desvirtuar el argumento de

que su imposibilidad de pago se debe directamente a la situación provocada por el COVID-19.

Asimismo, en relación con el principio de buena fe, es necesario que la imposibilidad en el cumplimiento o el desequilibrio prestacional no haya sido causada por culpa o dolo de Car4u y que haya agotado todos los medios que tenga a su alcance para hacer frente al pago del préstamo, antes de alegar que le es imposible cumplir el contrato. En este sentido, la STS 413/2016 establece que “para apreciar la imposibilidad de cumplimiento que libera al deudor, la jurisprudencia exige que éste observe la debida diligencia haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad”.

De esta manera, habría que analizar si Car4u se ha servido de otros posibles mecanismos que hubiera dispuesto el Estado para evitar las consecuencias de la pandemia o que demuestre que la imposibilidad de pago se debió exclusivamente al cambio de las circunstancias económicas, sin que se haya existido una mala gestión empresarial.

Por último, en cuanto a la posibilidad de solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*, Car4u tendría que acreditar que existe una extrema urgencia, alegando que el fin de la medida cautelar y la efectividad de la resolución podrían verse comprometidos debido al poco tiempo restante para la fecha de pago. Para ello, podría acreditar las pérdidas económicas sufridas, la paralización de la actividad, la inclusión de la mayoría de sus empleados en los Expedientes de Regulación de empleo, así como la imposibilidad sobrevinida de hacer frente al pago. Podría fundamentar además que, de no adoptarse la medida con urgencia, es probable que el negocio de Car4u tuviera que cerrar.

En cualquier caso, la extrema urgencia ha de quedar muy bien fundamentada para que sea procedente. Respecto a este punto, tengo ciertas dudas de si podría ser admitida ya que el estado de alarma se declaró mediante el Real Decreto 463/2020 el 14 de marzo de 2020, por lo que en esta fecha Car4u ya se encontraba en situación de incumplimiento de su obligación del primer pago de intereses y, por otro lado, para el pago del principal del 30 de junio faltaban todavía más de tres meses. Respecto a esta segunda obligación de pago, podría alegarse que sería muy posible que se diera un vencimiento anticipado de la misma.

En conclusión, considero que sí podría invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo, siempre que se acrediten adecuadamente los requisitos exigidos para su aplicación.

### 3.6.2. Contrato de arrendamiento

Procedo ahora a considerar si sería diferente la situación si lo que Car4u pretendiera suspender fuera el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde gestionaban la compañía. En primer lugar, cabe mencionar que las medidas adoptadas por el Gobierno como consecuencia de la situación provocada por la pandemia del COVID-19 suponen también consecuencias sobre los contratos de arrendamiento de locales comerciales.

Así, se destaca la crisis provocada por la misma y la alteración de las circunstancias claramente imprevisible, constituyendo estos elementos exigidos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En este sentido, es preciso mencionar el preámbulo del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, que establece las medidas específicas para los contratos de arrendamiento de local de negocio y en el que se hace referencia a la *rebus*. Reproduzco a continuación un fragmento de interés del mencionado preámbulo:

“A falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas, salvo en lo referido en su artículo 26, relativo a la habitabilidad de la vivienda derivada de la ejecución de obras, que puede ser aplicable a los locales de negocio vía artículo 30 de esta Ley. [...] Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual. Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales.”

Esta redacción plantea dudas acerca de si se puede aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* en los casos en los que no se cumplan todos los requisitos establecidos y, por otro lado, si a pesar de cumplirse los requisitos no caben más supuestos de aplicación de esta cláusula que los que establece el legislador. A este respecto, la mayoría de los autores, como Pantaleón Prieto, opinan que no se debe permitir la aplicación de esta cláusula en caso de no cumplirse todos los requisitos. Respecto a la segunda cuestión, este mismo autor considera que sí caben más supuestos que los expresados en esta norma en los que se pueda aplicar la *rebus*.

Sin embargo, muchos de los contratos de arrendamiento de negocio no van a encontrarse amparados por el mencionado Real Decreto-Ley. En este sentido, a pesar de que Car4u tenga problemas de liquidez, en primer lugar, debe considerarse como económicamente vulnerable por la norma ya que, según su artículo 3, esta consideración se limita a personas físicas y PYMES especialmente afectadas por la crisis. Además, su artículo 4 exige como requisito que la disminución de la facturación mensual haya sido, al menos, del 75 por ciento, en relación con la facturación media mensual del mismo trimestre del año anterior. Asimismo, tan solo podría beneficiarse de la moratoria en el pago de la renta si solicitó la misma antes del 23 de mayo. Por último, como ya he mencionado, habría que considerar si su arrendador es o no un gran tenedor.

Entonces, en caso de no verse amparado por esta norma, Car4u podría recurrir a la cláusula *rebus sic stantibus* para renegociar los términos contractuales sobre los principios de buena fe y libertad contractual, justificando su disminución de ingresos, así como la imposibilidad de acceder a las oficinas, a causa de las medidas tomadas por el Gobierno en la situación de emergencia sanitaria.

Pues bien, para considerar si Car4u puede invocar la cláusula *rebus sic stantibus* para modificar, suspender o resolver el contrato de arrendamiento, deberán considerarse los mismos requisitos establecidos anteriormente. De esta manera, en primer lugar, deberá analizarse lo establecido en el contrato de arrendamiento. Aunque parece poco probable que las partes hayan regulado un supuesto de emergencia sanitaria similar al actual, han podido pactar expresamente en el contrato que el arrendador no asumía ningún tipo de responsabilidad si se produjese el cierre de las oficinas por cualquier motivo, por lo que se trasladaría el riesgo a Car4u, sin que esta pudiera invocar la aplicación de la *rebus*.

En este sentido, cabe mencionar la STS de 15 de enero de 2019, que rechaza la posibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en los casos en los que se hubiese pactado en el contrato una renta mínima y otra variable, así como la STS 243/2012 de 27 de abril, que también rechaza la aplicación de esta cláusula si en el contrato de arrendamiento se pactó una actualización de la renta, ya que se considera en estos casos que el riesgo es asumido por una de las partes. De esta manera, será preciso comprobar estas cuestiones concretas en el contrato de arrendamiento de Car4u.

Partiendo de la base de que las partes no hubieran asumido un riesgo como el derivado de la pandemia, pactándolo expresamente en el contrato, el siguiente paso sería analizar si la pandemia provocada por el COVID-19 puede considerarse un supuesto de fuerza mayor, que afecte a la relación arrendaticia. Sus rasgos definitorios son la imprevisibilidad y la inevitabilidad, los cuales ocurren en la situación actual. Sin embargo, repito que la fuerza mayor no exonera la obligación de pagar una deuda dineraria, ya que no existe una imposibilidad total de cumplir con la obligación de pago.

Tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede alegarse un suceso de fuerza mayor en las obligaciones de una cosa genérica como es el dinero, ya que este se puede sustituir por otra de igual género. Lo que podría llegar a admitirse alegando fuerza mayor es un retraso en el pago, pero el arrendador no podría quedar exonerado de sus deudas pecuniarias. Además, si Car4u alegara fuerza mayor para defender que no está obligado al pago de la renta, el arrendador podría oponer lo mismo en relación con su obligación de poner a disposición el inmueble.

Así, pasando a los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que proceda la aplicación de la *rebus*, cabe destacar, en primer lugar, que el fin de la invocación de la cláusula tiene que ser modificar o resolver el contrato, de manera que las partes se distribuyan el riesgo de manera equitativa y justa. También es necesario las partes hayan negociado, previamente a la solicitud de la cláusula, una modificación del contrato y no se haya podido llegar a un acuerdo.

Asimismo, tiene que haberse dado una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias existentes en el momento de firmar el contrato que implique una alteración de la base del negocio. En este sentido, cabe mencionar el Auto 256/2020 de 25 de junio de 2020, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n°1 de Valencia que aceptó el aplazamiento del 50% de la renta pactada, aplicando la cláusula *rebus sic stantibus* y que establecía que “resulta notorio que la crisis derivada de la actual pandemia por COVID-19 no era previsible. Igualmente, se ha producido una situación que ha afectado de manera extraordinaria, inmediata e intensa a la situación económica de la parte actora.”

A este respecto, cabe también citar la Sentencia 1/2021 de 8 de enero del Juzgado de Primera Instancia n°20 de Barcelona, que fue la primera sentencia que aprobó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro país, estimando la reducción de la renta en un 50% de un arrendamiento de industria hotelera y en la que afirma que a causa de la declaración del estado de alarma derivado de la situación de crisis sanitaria y el consecuente impacto en la economía mundial, se cumple el primer requisito de aplicación de la *rebus*, este es, que se produzca una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias.

Así, como he mencionado anteriormente, el juzgador reconoce el cambio de circunstancias provocadas por la pandemia como un hecho notorio y exento de prueba, sin que el riesgo derivado de

esta situación se pueda aplicar a ninguna de las partes. De esta manera, se cumple este requisito, ya que ni Car4u ni su arrendador podían prever la situación provocada por la pandemia del COVID-19.

Sin embargo, es igualmente relevante destacar que, el 12 de noviembre de 2020 los jueces de primera instancia de Barcelona adoptaron un acuerdo de unificación de criterios, del que cabe destacar lo siguiente: “1.- La mera presentación por el arrendatario de una demanda por la que se solicite la revisión de las rentas contractuales, con fundamento en la doctrina *rebus sic stantibus* [...], o la adopción de medidas cautelares previas, no será motivo suficiente por sí sola para acordar la suspensión por prejudicialidad civil de un procedimiento de desahucio por falta de pago.” Se ve así la intención de evitar situaciones de abuso, de modo que la mera invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* no pueda, por sí misma, paralizar el pago.

Por otro lado, es necesario que la alteración de las circunstancias haga que se frustre la finalidad del contrato o que derive en una excesiva onerosidad para una de las partes, lo que implica que no sería conforme a los criterios de buena fe y de equidad.

En este sentido, menciono las palabras de Pantaleón Prieto: “el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión [la de cumplimiento] cuando, conforme a la buena fe (artículo 7.º1 CC), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación [...] o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (artículo 7.º 2 CC), porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios. [...] Y así, por ejemplo, situados en un contrato de arrendamiento de industria cuya actividad ha sido suspendida como consecuencia de la declaración del estado de alarma, el arrendador no podrá resolver de buena fe por incumplimiento del arrendatario de su obligación de mantener la industria en funcionamiento, incumplimiento que no le es imputable por causa de fuerza mayor, ya que el remedio no serviría para satisfacer el interés del arrendador en el continuado funcionamiento de la empresa arrendada” (PANTALEÓN PRIETO, ADC, 1991, p. 1046).

Asimismo, cabe destacar el Auto 447/2020 de 25 de septiembre de 2020 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº81 de Madrid que establece: “si por un lado no parece equilibrado hacer cargar al arrendador con todos los perjuicios derivados de la crítica situación sanitaria, en el sentido de condicionar el pago de la renta en función del aforo máximo permitido, tampoco es equitativo imponer a la arrendataria que continúe cumpliendo con su obligación de pago cuando el funcionamiento de su negocio está prohibido por la Comunidad de Madrid, pues en este caso la falta de apertura no deviene de una decisión empresarial, sino de una imposibilidad legal.”

Además, este Auto reconoce la necesidad de adoptar medidas cautelares para evitar el concurso del arrendatario y considera que se dan los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* estableciendo que existe “una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumban el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y que se identifica con una ausencia de facturación.”

En relación al descenso de facturación que ha sufrido Car4u, cabe mencionar en primer lugar que, si este descenso se debe únicamente a que la actividad económica se ha paralizado, se podría considerar que el riesgo no puede ser trasladado al arrendador, ya que el supuesto de reducción de la actividad económica no forma parte de la base del contrato, por lo que no afecta a la prestación. Sin embargo, si la disminución de ingresos se debe directamente a las medidas restrictivas adoptadas por el Gobierno a causa de la pandemia, sí se podría fundamentar este hecho para la aplicación de la *rebus*.

En este sentido Pantaleón Prieto niega que se pueda solicitar la suspensión del contrato de arrendamiento, ya que el arrendador de un local de negocio no se obliga ni puede garantizar que el arrendatario pueda ejercer la actividad empresarial. Sin embargo, si considera que esta situación pudiera haber provocado una excesiva onerosidad sobrevenida para el arrendatario, pudiendo en ese

caso, Car4u, alegar la aplicación de la *rebus* para solicitar una reducción de la renta o un aplazamiento del pago de la misma, justificando la disminución o imposibilidad de generación de ingresos.

Por otro lado, algunos autores como García Vicente, Orti Vallejo o Carrasco Perera, opinan que el arrendatario sí tendría derecho a suspender el pago de la renta. Así, mencionan que el arrendador no cumple con su obligación de proporcionar al arrendatario el goce útil de la cosa arrendada, la cual se incluye en la obligación de proporcionar el goce pacífico de la cosa del artículo 1554.3 CC, lo que podría justificar, incluso, la resolución del contrato, en el caso de que el tiempo en el que no puede hacer uso del inmueble se extienda razonablemente.

En este sentido, Carrasco Perera estableció que “la clausura obligatoria de establecimientos mercantiles por el RD 463/2020 es un riesgo que “primero” cae en el arrendatario (que no hace negocio), pero que “definitivamente” cae sobre el arrendador, porque la contingencia ha hecho imposible (sin culpa del arrendador) que pueda seguir prestando su obligación. Jurídicamente, lo que resulta imposible es que el arrendador cumpla con su obligación, no que el arrendatario no pueda ejercer su negocio. En consecuencia, el arrendatario puede suspender el pago de la renta o resolver, si la cosa va para largo” (CARRASCO PERERA, *Cesco*, 25 de abril de 2020, p.3)

Además, consideran que puede aplicarse, de forma analógica, lo dispuesto por el artículo 26 Ley 26/1994 de Arrendamientos Urbanos, que establece que “Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir del mismo, sin indemnización alguna.”

Sin embargo, otros autores no consideran que el riesgo de la imposibilidad de que el negocio tenga rentabilidad por no poder acceder al local arrendado esté asignado por ley al arrendador. A este respecto, Pantaleón Prieto establece que los riesgos que afectan directamente a la cosa arrendada, como la estructura o la funcionalidad, los soporta el arrendador, mientras que el riesgo derivado de no poder obtener por parte del arrendatario rendimiento del negocio, como consecuencia de no poder hacer uso del local, lo soporta el arrendatario. (PANTALEÓN PRIETO *Almacén de derecho*, entrada del 23 de abril 2020)

En este sentido, el hecho de no poder pagar únicamente porque se han reducido los ingresos del negocio no podría considerarse un desequilibrio prestacional excesivamente oneroso para Car4u. Para ello, no bastaría con que Car4u no pudiera pagar debido a la reducción de sus ingresos, sino que debería poder acreditar que se ha producido una caída de valor de la contraprestación adversa, esto es, que el alquiler que estuviera pagando fuera elevado, en comparación con lo que se está pagando en el mercado en ese momento.

Como contraargumento, Car4u podría alegar que, de negarle la aplicación de la cláusula por este supuesto, se estarían alejando de la corriente jurisprudencial más reciente y que se le estaría negando la posibilidad de invocarla hasta que pasara un largo periodo de tiempo, lo que ha podido provocar que esta no haya podido hacer frente a su obligación de pago de la renta.

Asimismo, podría recordar que la jurisprudencia establece que se puede tener en cuenta la actividad económica al considerar la excesiva onerosidad sufrida. Para ello, Car4u debería acreditar pertinentemente las circunstancias apuntadas a través de un informe pericial económico. A este respecto, cabe mencionar el Auto nº348/2020 del Juzgado de 1º instancia nº31 de Barcelona, el cual desestimó la adopción de la medida cautelar solicitada, ya que consideró débilmente probada la posición económica del arrendatario.

Así, el problema se centra más que en la imposibilidad de cumplimiento, en la excesiva onerosidad que supone el dejar de generar ingresos por no poder acceder al inmueble. De esta manera, el último requisito es que tiene que existir una causalidad directa entre las consecuencias del establecimiento del estado de alarma y la imposibilidad de cumplimiento de pago de la renta por resultar muy oneroso par Car4u.

En este sentido, surge la cuestión de si realmente existe riesgo derivado de que Car4u no haya podido usar las oficinas. Así, no se trata de un local en el que se desarrolle una actividad comercial, sino que el lugar al que no se puede acceder, por tratarse de una zona confinada, son las oficinas desde donde se gestionaba la compañía. A este respecto, no existen sentencias que traten el reajuste del pago de la renta en casos en los que los inmuebles a los que no se puede acudir son oficinas y no locales de negocio. De esta manera, es preciso cuestionarse si la empresa pudo seguir trabajando en remoto desde las casas de los trabajadores u otro tipo de localización. En el caso de que sí se haya podido seguir teletrabajando, no cabría aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a este supuesto.

Asimismo, si la empresa Car4u hubiera podido continuar con su actividad empresarial mediante el teletrabajo, la teoría mencionada anteriormente sobre la falta de goce o uso útil del inmueble no podría alegarse, por lo que fundamentar la suspensión del contrato resultaría sumamente difícil. De esta manera, Car4u necesitaría de argumentos adicionales para demostrar que se cumplen los requisitos requeridos por la jurisprudencia para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, donde la actividad probatoria sería fundamental.

En el caso de que, verdaderamente, no se hubiese podido seguir trabajando desde otra ubicación distinta a las oficinas que se encontraban confinadas, si cabría la aplicación de la *rebus*. Esto podría suceder, por ejemplo, si Car4u alega que, en las oficinas desde donde gestionaba su actividad, también es donde celebraban todas las juntas con sus colaboradores e incluso recibían a determinados clientes, en supuestos concretos. A pesar de esto, parece difícil esta argumentación, considerando que en aquel momento e, incluso como regla general desde entonces, casi todas las reuniones se realizan de manera telemática.

En esta línea, Car4u podría argumentar que, a pesar de que la función principal de las oficinas no fuese la celebración de juntas, de haber sabido que las mismas no se iban a poder realizar de forma presencial, no hubiese necesitado unas oficinas ubicadas en el mismo lugar. Al situarse en una ubicación privilegiada la renta es muy alta por lo que, de haber sabido que la función de las oficinas iba a ser exclusivamente de gestión de la empresa por parte de los trabajadores, hubieran elegido otra ubicación que les supusiese el pago de una renta más baja.

Asimismo, otro inconveniente para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es que, si se llegara a aplicar la misma a causa del COVID-19, esto daría derecho al arrendador a invocar su aplicación cuando volvieran a cambiar las circunstancias, mejorando nuevamente los ingresos de Car4u, alegando que estos fueron superiores a los que esta empresa tuvo en los primeros meses de vigencia del contrato.

Respecto a esta situación, sin embargo, considero que Car4u podría contraargumentar que el aumento de sus ingresos no supone un desequilibrio ni una excesiva onerosidad para el arrendador. En este sentido, podría fundamentar que se estaría perdiendo el fin principal de la cláusula *rebus sic stantibus*, que es restablecer el equilibrio de las prestaciones en el contrato, que se ha visto afectada a causa de la desaparición de la conmutabilidad y la reciprocidad entre prestación y contraprestación.

En cualquier caso, la cuestión no parece clara al existir opiniones de muy diversos tipos sobre la posibilidad de aplicación de la *rebus* en un supuesto de arrendamiento de negocio. En conclusión, la cuestión sobre la posibilidad de invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* en este caso no puede ser determinante. El riesgo de la imposibilidad de ejercer la actividad económica por parte del arrendatario no puede recaer sobre el arrendador. Así, la declaración del estado de alarma permite que se pueda invocar esta cláusula, pero a causa de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación por parte del arrendador por no poder proporcionar continuamente el goce útil de la cosa alquilada.

Así, como consecuencia de que en los contratos de arrendamiento el riesgo de las contingencias que impiden que pueda usarse el inmueble arrendado las asume el arrendador, el arrendatario estaría facultado para suspender el pago de la renta o resolver el contrato. Sin embargo, la cuestión no es tan clara si la reducción de ingresos de Car4u no ha sido provocada por la imposibilidad de acceder al

establecimiento, sino por la crisis económica provocada por la situación de pandemia. A este respecto, surge el problema planteado de que Car4u ha podido probablemente continuar con su actividad de manera telemática, por lo que lo que ha sufrido es la explotación comercial y esta no está incluida en la causa del contrato de arrendamiento.

## 4. BLOQUE 3

### 4.1. Cuestiones jurídicas a analizar:

1. *Que puede hacer Aussie LTD ante la posibilidad de incumplimiento por parte del Sr. García de un pacto de no competencia.*

2. *Posibilidad de defensa de Car4mi*

Las cuestiones planteadas en el tercer bloque se irán resolviendo a continuación de manera conjunta, planteando tanto lo que puede hacer Aussie LTD ante la posibilidad de incumplimiento por parte del Sr. García de un pacto de no competencia, como la posible defensa de Car4mi.

En primer lugar, cabe destacar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica del pacto de no competencia de un vendedor en una compraventa de empresas, por lo que para considerar si se ha incumplido, habrá que estar a lo que disponga expresamente el contrato. En este tipo de pactos rige así la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC.

El fundamento jurídico sobre la obligación de no competencia del vendedor es discutido. De esta manera, algunos autores lo justifican como una obligación contractual de buena fe recogida en los artículos 1258 CC y 57 del Código de Comercio (“Ccom”), mientras que otros autores fundamentan la obligación conforme al artículo 2 Ccom. Por último, también existen algunos autores que justifican la prohibición en el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia. En cualquier caso, conviene tener en cuenta la legislación aplicable a la compraventa de empresas y la obligación de no competencia del vendedor que, en el caso que tratamos, sería la siguiente:

Por un lado, la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (“LCD”). El objeto de esta ley es la protección de la competencia en relación con todos los que participan en el mercado, por lo que se prohíbe expresamente los actos de competencia desleal. Así, la LCD establece que se considera desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de buena fe. En este sentido, hay que diferenciar entre la libre competencia, lícita en el tráfico mercantil, de la vulneración de las normas de competencia. De esta manera, esta ley prohíbe las malas prácticas que afectan a empresarios que sean competidores, dotándoles de acciones civiles.

Por otro lado, la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (“LDC”). El artículo 1 de esta ley prohíbe todo acuerdo que tenga por objeto restringir o falsear la competencia en el mercado nacional, definiendo explícitamente una enumeración de acuerdos prohibidos. A este respecto, cabe destacar nuevamente la STS 301/2012 de 18 de mayo, que establece que no es de aplicación la LDC en las transacciones de participaciones sociales de pequeñas empresas, ya que la transacción no tiene efectos relevantes en el mercado, por lo que habría que considerar la relevancia que tiene Car4u en el mercado. Además, destaca que la cláusula de no competencia es totalmente válida si su finalidad no es restringir la competencia. Asimismo, cabe tener en cuenta la regla de minimis, por la que, cuando las empresas implicadas no tengan una cuota de mercado superior al 10%, no son susceptibles de afectar a la competencia en el mercado por no perjudicar el interés público.

Los pactos o cláusulas de no competencia cobran especial relevancia en los supuestos que, como ocurre en este caso, se establecen para proteger determinados intangibles de la empresa que le aportan valor. Aspectos como la clientela, el *know-how* o las expectativas empresariales, no son bienes que se puedan poseer jurídicamente, por lo que no se pueden transmitir de manera directa. Por ello, muchas veces se transmiten indirectamente, ligados a elementos como marcas o nombres

comerciales. Asimismo, los conocimientos técnicos y la actividad realizada hasta la transmisión de la empresa por el Sr. García habrán influido en la clientela y las expectativas empresariales de Car4u.

Así, el Sr. García se ha obligado a no realizar, directamente o a través de terceros, actividades que compitan con aquellas que realiza Car4u. Con ello, Aussie LTD ha tratado de evitar que el Sr. García realice las actividades prohibidas iniciando un negocio idéntico al que se transmite durante un periodo de al menos 10 años, así como que se utilice el *know-how* de Car4u sin su permiso, con el fin de asegurar la viabilidad de la inversión.

De esta manera, mediante la cláusula de no competencia establecida entre las partes estas se comprometieron, en el momento en el que se perfecciona la compraventa, a que la parte intangible transmitida no se viera afectada, con el objetivo de que la empresa Car4u pudiera mantenerse en el mercado, manteniendo la situación competitiva con la que contaba en el momento del traspaso.

## **4.2. Cláusula de no competencia y tipos de contrato**

El primer aspecto a tener en cuenta será el tipo de contrato en el que se ha incluido la cláusula de no competencia. Así, el pacto puede haberse establecido en el contrato de compraventa, en el contrato entre socios o en el contrato como gestor. Probablemente, el Sr. García tendrá la obligación de no competir establecida en los tres contratos, por lo que analizaré los distintos supuestos que podrán darse.

Lo más probable es que el Sr. García tenga establecida una obligación de no competencia contractual establecida en el pacto con los socios, ya que sigue siendo socio de la empresa Car4u y, por otro lado, una obligación de no competencia post-contractual establecida en el contrato de compraventa, como vendedor del 80% de las participaciones sociales de esta empresa. Como se acaba de mencionar, puede ocurrir además que el Sr. García siga manteniendo una relación laboral como administrador, directivo o gestor de la empresa, habiéndose establecido la cláusula en este contrato.

En este sentido será preciso comprobar, ya que suele ser habitual en los contratos de compraventa de empresa, si el Sr. García tiene un compromiso de permanencia. El objetivo de este tipo de pactos sería, por un lado, que el Sr. García, que es una persona clave para la transmisión del *know-how* de la empresa, así como del mantenimiento de la gestión comercial de los clientes tras la venta, permanezca durante un tiempo en Car4u para asegurar que se transmite de forma completa todo el valor empresarial. Por otro lado, al permanecer en la empresa, el Sr. García tendría menos posibilidad de llevar a cabo una actividad concurrente.

### **4.2.1. Contrato de compraventa**

A continuación, voy a considerar el supuesto de que se haya incluido el pacto de no competencia al Sr. García en el contrato de compraventa de las participaciones sociales. En la STS 103/2007 de 8 de octubre, el Tribunal establece que las cláusulas de no competencia son necesarias en el tráfico mercantil siempre que no restrinjan, falseen o impidan la competencia, sobre todo en aquellos contratos que transmiten clientela y *know-how*. Por su parte, la doctrina opina que las cláusulas de no competencia en los contratos de compraventa de empresa no solo benefician al comprador, sino que también benefician al vendedor ya que, de no incluirse en el contrato, el comprador pagará menos precio por la empresa.

En este mismo sentido, cabe destacar la STS del 18 de mayo de 2012 en la que el Tribunal establece: “Más aun, como apunta la moderna doctrina, en estos supuestos, la transmisión de la empresa supone mantener en el mercado la situación competitiva desplegada antes por el transmitente y a raíz de la

transmisión por el adquirente, que en otro caso no habría adquirido y, por otro, permite que el transmitente, una vez transcurrido el tiempo pactado, pueda desembarcar en el mercado y competir con el adquirente, lo que permite calificarlas de cláusulas nada más aparentemente restrictivas que se revelan procompetitivas a medio y largo plazo. [...] En el presente caso, pese a que no se trata de la venta de una empresa sino de la de un importante paquete de participaciones por quien hasta fechas recientes había sido gerente de la empresa explotada por la sociedad cuyas participaciones enajenaba y trataba con clientes y proveedores, el pacto de no competir se enmarca dentro de un contrato cuya finalidad no es restringir la competencia.”

En este sentido, cabe destacar que, mediante el contrato de compraventa de empresa, el Sr. García se ha obligado a transmitir la empresa Car4u a través de la transmisión del 80% de las participaciones sociales. A este respecto, considero importante destacar nuevamente la STS 01/2012 de 18 de mayo en la que el Tribunal Supremo considera que la venta de estas participaciones es equiparable a la venta de la empresa, por lo que aplica el pacto de no competencia.

En cuanto al *know-how*, cabe decir que es uno de los elementos esenciales para conseguir un mejor posicionamiento de la empresa y, en la medida en que se hace propio, se considera como secreto. Para que sea considerado así, los datos deben revestir de tal importancia que su uso por terceros implique que la capacidad competitiva de la empresa se vea perjudicada. De esta manera, el Sr. García puede haber incurrido en una actuación desleal al transmitir un secreto empresarial a terceros, tal y como establece el artículo 13 LCD.

Contra el acto de violación del secreto empresarial, Aussie LTD podrá solicitar lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales que incluye “una indemnización de los daños y perjuicios, si ha intervenido dolo o culpa del infractor, que será adecuada respecto de la lesión realmente sufrida como consecuencia de la violación del secreto empresarial.”

Respecto al uso de las mismas estrategias de mercado por parte de Car4mi, cabe destacar la STS 963/2000 de 18 de octubre, ya que en ella el Tribunal establece que, mediante uso del conocimiento que tenía el demandado de la empresa transmitida, este vulnera los derechos de propiedad y, en consecuencia, la LCD. El demandado realiza un acto de confusión, imitación y explotación y, además, en el caso se le condena a pesar de haber actuado a través de su esposa, la que se considera cooperadora del acto ilícito de competencia desleal.

Asimismo, cabe aludir brevemente a la consideración de la clientela como información confidencial. La posición predominante considera que el empresario no tiene derecho sobre la clientela, a pesar de que esta tenga un gran valor económico para la empresa. En este sentido, en casos en los que se ha captado clientela de otras empresas a través de malos usos, la Sala de lo Civil del TS ha sancionado los mismos a través del artículo 5 LCD por atacar el principio de la buena fe y no por violación de secreto empresarial.

Por otro lado, es habitual que se haya compensado el establecimiento del pacto de no competencia a través del aumento del precio ofrecido por las participaciones sociales. De haberse incluido la cláusula de no competencia en el contrato de compraventa, un argumento que podría alegar Aussie LTD sería que el Sr. García aceptó la firma de la cláusula de no competencia, algo que no hubiera hecho de no haberse visto compensado por el incremento de precio ofrecido por las participaciones y que la intención de incluir expresamente la cláusula de no competencia postcontractual fue evitar que la competencia del Sr. García redujera el valor de la empresa.

En sentido contrario, el Sr. García podría, a su vez, utilizar este argumento para justificar la ilicitud de la cláusula, alegando que no se vio compensado por el establecimiento de la misma, ya que el precio de las participaciones se fijó únicamente en función del valor de la empresa o que esta no fue suficiente ni adecuada a los términos establecidos. Sin embargo, sería difícil que se considere esta

justificación ya que, en ese caso, el Sr. García tenía la opción de no haber aceptado la cláusula de no competencia.

Además, es preciso resaltar que, para que Aussie LTD pudiera hacerse con la totalidad de los elementos que componen Car4u, tanto la legislación mencionada como la jurisprudencia, imponen dos tipos de obligaciones para el Sr. García, la de hacer y la de no hacer. A este respecto, la STS de 9 de mayo de 2016, establece lo siguiente: “De lo expuesto, se deduce que en los contratos de transmisión de empresa el empresario transmitente tiene básicamente dos obligaciones:

1ª) Por un lado, una obligación de hacer, consistente en el deber de comunicar al adquirente los conocimientos e informaciones relativos a los procedimientos técnicos de producción y a las estructuras, sistemas y relaciones que configuran la organización comercial de la empresa, tales como los sistemas de ventas, las listas de clientes y proveedores, las estrategias comerciales en el mercado, las redes de distribución y comercialización, etc.

2ª) Por otro lado, una obligación de no hacer, que se materializa en la imposición al transmitente del deber de abstenerse de realizar una actividad competitiva en relación con la actividad empresarial transmitida. La finalidad de esta obligación de no hacer reside en impedir que el transmitente pueda distraer al adquirente la clientela adquirida hasta el momento de la cesión, obstaculizándole la obtención de la nueva clientela que la empresa transmitida está capacitada para captar en el momento de la transmisión; o si se prefiere, en posibilitar que el adquirente de la empresa, merced al negocio jurídico de transmisión, se coloque en condiciones de poder continuar la normal explotación de la empresa adquirida.”

En el mismo sentido, el Tribunal establece que “[...] las cláusulas de prohibición de competencia no tienen por objeto impedir la competencia, sino que como dijimos en la sentencia 301/2012, de 18 de mayo, son cláusulas accesorias, en el sentido de que son inmanentes al contrato y, como tales, pueden considerarse incluidas en el mismo, conforme al artículo 1258 CC, aunque no se pacten expresamente.”

También en la STS 1153/2009 18 de mayo de 2012 el Tribunal Supremo establece que las cláusulas de no competencia en contratos de transmisión de empresas son inmanentes al contrato por lo que pueden considerarse incluidas, a pesar de que estas no se hayan pactado, conforme al artículo 1258 CC. Por otro lado, la doctrina también considera que no es necesario que la cláusula de no competencia esté recogida expresamente en el contrato, ya que son exigibles en base al principio de buena fe recogido en el artículo 1258 CC y en el artículo 57 CCom.

En consecuencia, existe una doble causa por la que el Sr. García tiene la obligación de no competir y es, por un lado, la derivada expresamente de lo pactado en el contrato y, por otro, como exigencia de buena fe. De esta manera, Aussie LTD podría alegar que, aunque la cláusula de no competencia no se haya incluido en el contrato de compraventa esta sería válida.

Además, Aussie LTD podría fundamentar, probándolo debidamente, que el Sr. García actuó dolosamente al celebrar el contrato, ya que se comprometió a no competir con Car4u a través del pacto de competencia establecido entre las partes y que, por lo tanto, ha incurrido en incumplimiento contractual. Para justificar el dolo, podría alegar que Doña Beatriz estuvo ya en la firma del contrato de compraventa, por lo que podría deducirse que ya desde ese momento el Sr. García estaba planificando con ella la creación de una empresa que llevara a cabo la misma actividad y que compitiera en el mercado con la empresa que estaba siendo objeto de transmisión. En consecuencia, existió mala fe y ánimo de engañar por parte del Sr. García.

Si se considera que se dan los requisitos necesarios para considerar la conducta del Sr. García como dolosa y que este ha incumplido la obligación de no competencia, Aussie LTD estará facultada para solicitar el cese de los actos competitivos, el abono de un porcentaje de la ganancia obtenida y el pago de una indemnización de daños y perjuicios. Además, si no se ha pactado penalización concreta en la cláusula, podría reclamar tanto el lucro cesante de la actividad como el daño emergente.

El Sr. García, por su parte, tendría que demostrar que no actuó dolosamente, alegando que no se ha probado por parte de Aussie LTD que el dueño real de Car4mi sea él y que tampoco se ha justificado ni acreditado que la pérdida económica de Car4u fuera debido a su actuación supuestamente dolosa, no estando así probada la relación de causalidad entre las cantidades solicitadas y el perjuicio real sufrido.

En este sentido, es muy importante que Aussie LTD demuestre de forma detallada en su solicitud de indemnización de daños y perjuicios las cantidades pérdidas, así como los clientes o colaboradores perdidos o robados por Car4mi, demostrando correctamente la relación de causalidad entre la conducta del Sr. García y la pérdida económica, de clientes y de colaboradores. A este respecto, cabe destacar que, en la STS del 9 de mayo de 2016 ya mencionada, el demandante no obtuvo ningún tipo de indemnización al no probar esta relación de causalidad.

### ***Penalización***

Por otro lado, es importante comprobar si en el contrato en el que se ha incluido la cláusula de no competencia se ha firmado además una cláusula que establezca la penalización que correspondería al Sr. García en caso de incumplimiento. En ese caso, el importe se habrá negociado entre las partes atendiendo al importe total de la transacción y considerando el daño que se podía generar. Cabe mencionar que este importe podrá ser reducido por los tribunales, según el artículo 1154 CC.

En este sentido, cabría considerar cuanto tiempo ha pasado desde que se efectuó la transmisión de las participaciones y el incumplimiento de la cláusula de no competencia por parte del Sr. García, de manera que este argumento que cabe reducir la penalización, en caso de haberse establecido.

Sin embargo, a este respecto, la SAP 164/2008 considera que el incumplimiento de la cláusula de no competencia es total, con independencia del momento en el que se produzca, por lo que no cabe que se modere la penalización de la cláusula. De esta manera si el pacto de no competencia contenía una penalización concreta y se solicita su reducción por el Sr. García, Aussie LTD podría alegar que el momento en el que el Sr. García ha incumplido la misma es irrelevante, por lo que no procedería moderar el importe por este motivo.

Por otro lado, tal y como establece la STS 20 de abril de 2010, si en el contrato se estableció una penalización, esta sustituiría la indemnización por daños y perjuicios y liberaría a Aussie LTD de la obligación de probar los mismos.

De esta manera, en caso de que se haya incluido una cláusula penal, habrá que ver la forma en la que se sanciona el incumplimiento del compromiso asumido para saber qué puede solicitar Aussie LTD en ese caso, sustituyendo la reclamación de daños y perjuicios y considerando que el importe podrá ser reducido por los tribunales atendiendo al caso concreto, tal y como establece la STS 30 de noviembre de 2009.

### ***Delimitación material***

Cabe destacar que, aunque las cláusulas de no competencia suelen tener carácter personal, pueden incluir la prohibición de competir tanto por cuenta propia de la persona que firma el pacto, como por cuenta ajena o persona interpuesta, como ocurre en este caso.

De esta manera, como contraargumento a la falta de prueba sobre que el Sr. García sea el dueño efectivo de Car4me, Aussie LTD podría alegar que la competencia se realiza a través de un tercero, este es Dña. Beatriz, justificando la relación existente entre ellos y que, además, el correo que recibieron por equivocación estaba directamente dirigido al Sr. García.

En este sentido, el Sr. García podría defenderse argumentando que nada tiene que ver con la creación de esta nueva empresa. Sería difícil de justificar, ya que la comunicación que se recibe por error va dirigida directamente a él, pero, en cualquier caso, podría alegar que no hay prueba suficiente que le vincule con la creación de esta nueva empresa, siendo Beatriz, por cuenta propia, la que ha organizado y creado todo desde el principio, sin tener él ningún tipo de conocimiento. Podría añadir que sigue poseyendo participaciones de la empresa Car4u, por lo que para él también supone un perjuicio la creación de Car3mi, habiéndose visto engañado por las actuaciones de Doña Beatriz.

Así, otro aspecto a analizar es la especificación en la cláusula sobre la no competencia a través de terceros. En este sentido, cabe considerar a quién alcanza esta calificación de tercera parte. Aunque la intención de Aussie LTD haya sido impedir que personas con una relación cercana al Sr. García realicen actividades similares a las que realiza Car4u, lo cierto es que la asunción de esta obligación de no competencia por parte del Sr. García sería imposible de cumplir, ya que no estaría bajo su control.

A este respecto, como se ha señalado anteriormente, al firmar el pacto de no competencia el Sr. García se habrá visto compensado a través del precio ofrecido por las participaciones. Sin embargo, Car4mi podría alegar que no se puede justificar la obligación de terceras personas a no competir, ya que estas no están recibiendo nada a cambio.

Contra este argumento Aussie LTD podría alegar que, si bien es cierto que no cabría exigir la obligación de no competencia por terceros en caso de no protegerse un interés valioso, no cabe duda de que en este caso el interés que se protege es de gran relevancia, al tratarse de un contrato de compraventa de empresa y haberse establecido esta obligación frente al vendedor, que contaba con toda la información relativa a la misma, por lo que la extensión de la obligación a terceros es proporcionada para obtener la protección que se pretende.

En este sentido, cabe mencionar también que no se puede demandar a la nueva empresa creada Car4mi, ya que el pacto de no competencia lo firmó a título personal el Sr. García. En cualquier caso, habría que tener en consideración la redacción de la propia cláusula para considerar este punto. Tomaré como cierto que la obligación se estableció a título personal, por lo que contra Car4mi podrá demandar Aussie LTD por uso indebido de marca o nombre comercial, o en su caso, por competencia desleal generada por un acto de confusión, punto que se tratará más adelante.

Además, se puede haber prohibido en la cláusula que el Sr. García actúe como gerente de otra empresa o preste cualquier tipo de asesoría. Si lo ha hecho respecto a Car4mi, sería otro aspecto que alegar. En conclusión, es muy importante que se analicen en detalle los aspectos materiales establecidos en la cláusula de no competencia.

### *Contratación de detective*

En relación con lo que se acaba de explicar, otro aspecto a considerar es el hecho de que Aussie LTD haya contratado un investigador privado para comprobar la relación y nexo existente entre el Sr. García y Doña Beatriz. La ley establece una serie de requisitos para este tipo de investigaciones, de manera que, en caso de producirse algún tipo de incumplimiento, el Sr. García podría alegar este como defensa.

Así, la investigación privada es una actividad profesional que se encuentra regulada por la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada. Esta ley permite que se contrate a un detective privado para obtener información y pruebas relativas a la vida personal, económica, mercantil, laboral o financiera. También es posible que se contraten sus servicios para investigar delitos privados como los delitos societarios, de revelación de secretos o relativos a la propiedad intelectual o industrial.

Sin embargo, existen límites a este ejercicio, como la prohibición de investigar la vida íntima de las personas que suceda en sus domicilios o en lugares privados o usar medios que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos.

Así, el Sr. García podría alegar que la información obtenida respecto a la relación que mantiene con Dña. Beatriz desde el inicio de la pandemia se ha obtenido atentado contra la intimidad personal, ya que es imposible que se haya obtenido la misma debido a que ambos permanecieron sin salir de su domicilio durante todo el tiempo que duraron las restricciones del estado de alarma.

Habría que comprobar, por ejemplo, que el investigador privado no haya realizado fotografías o videos del Sr. Nicolás y la Sra. Beatriz en su domicilio o que no haya atentado contra la privacidad de las comunicaciones, ya que en estos casos las pruebas obtenidas carecerían de validez. Por el contrario, si los hechos descubiertos por el investigador privado contratado por Aussie LTD ha respetado lo establecido por la Ley de Seguridad privada, tal y como establece la STS de 6 de noviembre de 1990, la información podrá ser considerada como prueba testifical.

Además, el artículo 48.2 LSP establece que “La aceptación del encargo de estos servicios por los despachos de detectives privados requerirá, en todo caso, la acreditación por el solicitante de los mismos del interés legítimo alegado, de lo que se dejará constancia en el expediente de contratación e investigación que se abra” A este respecto, para considerar que Aussie LTD tiene interés legítimo para disponer de la información que ha solicitado investigar, tiene que acreditar que existe relación entre la empresa, el Sr. García y la Sra. Beatriz, así como que necesitaba esta información para interponer una demanda o algún tipo de declaración contra ellos.

Así, Aussie LTD tendrá que presentar documentación como el contrato de compraventa celebrado con el Sr. García o el pacto de socios, donde se haya establecido la cláusula de no competencia por la que se desea reclamar responsabilidad. Para acreditar la relación con Doña Beatriz, podrá alegar el e-mail que recibieron por error, o alguna prueba que demuestre que estuvo presente en el contrato de compraventa con el Sr. García.

### ***Acto de denigración***

Otro aspecto a considerar es el hecho de que el Sr. García haya compartido los problemas de la empresa Car4u con la Directora de Ramiro Investments, S.A. (RIS), uno de sus colaboradores más importantes. A este respecto, Aussie LTD podría alegar que al haber compartido el Sr. García información privada respecto a los problemas de la empresa Car4u ha hecho que el prestigio de esta disminuya, lo que se consideraría un acto ilícito de competencia desleal. En este sentido, es preciso resaltar la SAP de Navarra 133/1998 de 10 de junio, que considera la denigración como un acto de competencia desleal.

Como contrargumento, el Sr. García podría alegar que simplemente le ha ofrecido mejores y más competitivas condiciones para contratar con la empresa Car4mi, lo que se considera una conducta lícita. Además, podría alegar que las afirmaciones se realizan en un marco concreto y privado, no ante consumidores, por lo que no supone un desprestigio ni una disminución de beneficios económicos para la empresa.

Sin embargo, a mi juicio, sería difícil argumentar de esta manera ya que, habiéndose establecido un pacto de no competencia, considero que el Sr. García no puede aportar información sensible de la empresa vendida, beneficiándose de los conocimientos que tiene sobre la misma para que Car4mi obtenga nuevos contratos de colaboración.

Cabe explicar los hechos de la mencionada STS de 9 de mayo de 2016, ya que son relevantes respecto a este punto. Entre las partes del caso se había establecido el deber del vendedor de no hacer competencia a la sociedad transmitida, mediante una cláusula establecida en el contrato de compraventa por el que se transmitía el 75% de las acciones representativas del capital social.

Tras la venta de las acciones, el vendedor de las mismas, que había permanecido como empleado, hace uso de los mejores clientes y proveedores de la empresa para crear una nueva empresa similar a través de una tercera persona. Este uso fue descubierto por los nuevos dueños al recibir una comunicación del principal proveedor de la compañía, diciéndoles que querían terminar con el contrato de distribución que tenían con ellos porque habían celebrado uno nuevo con la nueva compañía creada por el vendedor de las acciones.

El Tribunal Supremo considera que “Un contrato de compraventa del 75% de las acciones de una sociedad mercantil supone en la práctica, aunque no se indique expresamente en el clausulado, una transmisión de la empresa que constituye su objeto social. De ahí que exista un interés legítimo de los adquirentes en evitar que el transmitente pueda realizar actividades concurrentes.” Asimismo, dispone que, al establecerse la cláusula en el contrato de compraventa, se trata de una obligación contractual, por lo que no es de aplicación la normativa de competencia desleal.

De esta manera, el Sr. García podría aludir a esta sentencia para argumentar que no ha realizado ningún acto de competencia desleal. Sin embargo, Aussie LTD, por su parte podría seguir valiéndose del pacto de no competencia para fundamentar el incumplimiento por parte del Sr. García.

### ***Violación de la Ley de Protección de Datos***

En relación con el hecho de que la Directora de la empresa RIS haya un mandado un correo electrónico por equivocación a Aussie LTD cabe cuestionarse si este envío se ha podido deber a una comunicación de dicho correo por parte del Sr. García y, en ese caso, si ha infringido la Ley Orgánica de Protección de datos (LOPD). En este sentido, es preciso mencionar determinadas normas jurídicas, como el artículo 44.3.k LOPD que establece como infracción grave "La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello [...]”.

Por otro lado, el artículo 10 de esta misma ley delimita el deber de secreto, que es aquel que tiene “El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”

Además, el artículo 11 establece que “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.” También cabe mencionar el artículo 228 del TRLSC, que establece como un deber de lealtad del administrador el “Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.”

Así, cabe cuestionarse si la dirección de correo electrónico se considera un dato personal. El artículo 4.1 del mencionado RGPD define como dato personal cualquier información sobre una persona física identificada o que se pueda llegar a identificar.

A este respecto, para valorar si el Sr. García ha vulnerado la LOPD, habrá que considerar la dirección de correo electrónico concreta que recibió la comunicación por equivocación de la Directora de la empresa RIS. Así, tal y como se desprende del Informe jurídico 0437/2010 de la Agencia Española de Protección de datos, si se trataba de un correo genérico de la empresa, esta dirección de correo

electrónico no tendrá la consideración de dato personal, por lo que no se podría considerar que el Sr. García ha cometido ningún tipo de violación en relación con este dato. Sin embargo, si la dirección de correo electrónico que recibió la comunicación por equivocación pertenecía a una única persona, pudiéndose identificar esta, ya sea directa o indirectamente, sí se considerará dato personal y podría existir una violación de la LOPD por parte del Sr. García.

De ser así, Aussie LTD o la persona titular de la dirección de correo electrónico podría reclamar ante la Agencia Española de Protección de Datos la vulneración de la normativa de protección de datos para que el Sr. García fuera sancionado. Como defensa, este podría alegar que no comunicó ese dato a la Directora de la empresa RIS, ya que esta ya contaba con esa dirección de correo electrónico por haber colaborado anteriormente con la empresa Car4u y llevar tiempo estableciendo relaciones comerciales con la misma.

### ***Delimitación temporal y geográfica***

Por otro lado, es esencial que Aussie LTD se haya encargado de redactar y cuidar todo lo establecido en la cláusula de no competencia al máximo detalle, cuidando que esté limitada en tiempo y espacio, así como que su contenido sea razonable, para que no suponga una renuncia de derechos por parte del Sr. García, incompatible con los principios constitucionales y que pueden suponer el establecimiento de nulidad de la cláusula por parte de los Tribunales.

En este sentido, la STS de 18 de mayo de 2012 indica que las cláusulas de no competencia serán válidas “salvo que por su duración, su ámbito geográfico y su contenido excediese de lo razonablemente útil o conveniente para garantizar que el valor de las participaciones no se viera deteriorado por la actuación del transmitente [...]” Así, será válida la cláusula si se considera que el tiempo y espacio determinado en la misma ha sido necesario necesario para que Aussie LTD consolidara las expectativas de la empresa que ha adquirido.

En cuanto a la delimitación temporal, a pesar de no existir regulación específica en nuestro ordenamiento para los pactos de no competencia con el vendedor en una compraventa de empresas, los Tribunales han venido estableciendo el plazo máximo de dos años que se establece en la Ley de Contrato de Agencia y, en ocasiones, hasta tres años.

Además, cabe mencionar la Decisión de la Comisión Europea de 1 de septiembre de 2000 en el caso Clayton Dubilier & Rise/Italte que establece que cabe aplicar por analogía el plazo máximo de dos años establecido en los contratos de agencia. Sin embargo, el TJCE, en el caso Volvo/Renault V 11-7-85, admitió la posibilidad de que estos pactos tengan una duración de hasta cinco y diez años en casos excepcionales que estén debidamente justificados, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y siempre que se respeten las normas de defensa de la competencia. Por otro lado, el artículo 132 del Anteproyecto del nuevo Código Mercantil establece la posibilidad de pactar un plazo de no competencia con un límite temporal de dos años, considerando este plazo como suficiente para que el adquirente consolide su posición en el mercado.

En este sentido, son también relevantes la SAP 164/2008 de Barcelona y la SAP 350/2015 de Madrid. En la primera sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona, que valora un pacto de no competencia de cinco años de duración, recuerda el caso Foodservice-Mercat, del Tribunal de Defensa de la Competencia, que establece que este tipo de cláusulas vulneran la LDC pero que pueden estar justificadas si se pretende con ellas proteger al comprador. Así, considera que el plazo razonable debe ser de al menos tres años teniendo en consideración las características de la empresa y la vinculación del transmitente con los clientes. Aussie LTD podría alegar en su defensa, respecto del plazo de la misma, que el tiempo establecido de 10 años era necesario para consolidar las expectativas de la empresa Car4u.

Sin embargo, de la sentencia de Madrid cabe destacar que el juzgador considera que el plazo establecido para la cláusula de no competencia, que en este caso es de diez años, es excesivo, más aún habiendo sido respetada durante cuatro años. Así, consideró un plazo de tres años como suficiente y declaró la nulidad de la cláusula. Para ello, además de tener en consideración la regulación de contrato de agencia, tiene en cuenta la normativa establecida para los contratos de trabajo.

De esta manera, otro de los argumentos por parte del Sr. García, sería alegar que la obligación de competencia no puede ser total e ilimitada, sino que deben establecerse límites temporales y geográficos que sean proporcionados y consecuentes con el negocio. En este sentido, podría alegar que el plazo de diez años resulta excesivo, ya que Car4u ha podido cumplir sus intereses y expectativas en mucho menos tiempo y, por lo tanto, se trata de un pacto que restringe la competencia. Hasta cinco años, puede resultar un plazo de no competencia lógico, pero en base a lo establecido por la jurisprudencia, un plazo de diez años resulta excesivo, por lo que podría considerarse nulo, salvo que, como acabo de mencionar, se demuestre por parte de Aussie LTD que este plazo era necesario para proteger la empresa Car4u.

Además, como he mencionado, es importante que la cláusula de no competencia haya establecido una delimitación en cuanto al espacio geográfico donde opera la prohibición, ya que el establecimiento en la misma de que el Sr. García no puede operar en el mercado es una redacción muy genérica. En consecuencia, la cláusula podría considerarse nula también por este motivo. Ya que nada se establece en el contrato sobre el límite geográfico, podría darse el caso de que la empresa Car4mi operara en una zona geográfica distinta a la que opera Car4u, habiéndola situado en pequeñas ciudades de España, en las que Car4u no estaba establecida o, incluso, en lugares extranjeros donde esta tampoco operaba. Así, el Sr. García podría solicitar al Tribunal que se declare nula la prohibición de no competencia por considerarla excesiva, ya que se ha extendido a un ámbito territorial en el que Car4u no opera.

En consecuencia y con base en todo lo expuesto hasta ahora, el Sr. García podría alegar la falta de delimitación geográfica, así como el plazo excesivo establecido en la misma o el exceso en la delimitación material, recordando el deber de primacía del principio constitucional de libertad de empresa, recogido en el artículo 38 de la Constitución española. Así, podría declarar que las obligaciones de no competencia reclamadas por parte de Aussie LTD no tienen una justificación razonada respecto a los intereses que pretende defender, siendo esta abusiva y desproporcionada y solicitando en consecuencia la nulidad de la cláusula por haberse roto el equilibrio contractual.

#### ***4.2.2. Contrato laboral o mercantil***

Como se ha mencionado, cabría analizar también si el Sr. García siguió vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil y, en ese caso, si este había pactado una obligación de exclusividad. En los pactos contractuales de no competencia entre administradores en las sociedades mercantiles, en principio, no es necesario que la cláusula de no competencia se pacte de manera expresa en el contrato, ya que tienen el deber de lealtad, que supone que tengan la obligación de defender el interés social frente a sus intereses personales, por lo que no pueden llevar a cabo una actividad competitiva con la sociedad.

De esta manera, si el Sr. García continuó como administrador de la sociedad Car4u, habría incumplido el deber de lealtad establecido en el artículo 227 del TRLSC. Además, la obligación contractual de no competencia se establece expresamente en el artículo 229 f del TRLSC. Así, si el Sr. García tenía un contrato de administración, este no podría desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañaran una competencia efectiva con la sociedad. En caso de incumplimiento, según lo establecido en el artículo 236 el Sr. García tendría que indemnizar por los daños y perjuicios causados a la sociedad y a los socios, así como de devolver a esta el enriquecimiento injusto que ha obtenido, si Aussie LTD demuestra que este actuó de manera dolosa.

También puede haberse dado el caso de que se haya establecido un pacto de no competencia post-contractual, que prevea la obligación del Sr. García de no competir contra la sociedad una vez dejado el cargo de administrador o directivo. En este caso, surgirían los mismos conflictos explicados anteriormente.

Así, de no cumplirle los requisitos de delimitación material, temporal y geográfica, el Sr. García podría alegar que el pacto post-contractual es anticompetitivo y que restringe la competencia en el mercado, lo que está prohibido por el artículo 1 LDC. Además, podría alegar que el pacto no es necesario para proteger el interés de la sociedad, por lo que podría operar la regla *de minimis* del artículo 5 LDC y considerarse la cláusula como colusoria.

Frente a estas alegaciones, Aussie LTD podría justificar que nuestro ordenamiento jurídico no establece una prohibición absoluta de los acuerdos anticompetitivos, considerando que estos podrían admitirse, entre otras razones, si las restricciones establecidas en los mismos están justificadas y son proporcionales a los objetivos que pretenden alcanzarse a través del pacto de no competencia.

Por consiguiente, Aussie LTD podría alegar que el establecimiento del pacto revistió de gran importancia teniendo en cuenta que, al ser el Sr. García el administrador o directivo de Car4u, este tenía información privilegiada de la sociedad, como las estrategias empresariales o el conocimiento del *know-how*. En consecuencia, la preservación de esta información era esencial para que Car4u pudiera competir en el mercado. Por último, podría tratar de demostrar que el Sr. García no actuó con buena fe, por lo que su conducta podría ser considerada como un acto de competencia desleal.

En este sentido, Aussie LTD podría solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados, tal y como lo determina la STS 25 de octubre de 2010 estableciendo que, en los contratos de trabajo en los que se ha establecido un pacto de no competencia, si el trabajador incumple el mismo, este debe indemnizar por los daños y perjuicios causados por colocar al empresario en una situación de indefensión ante el enriquecimiento injusto del trabajador. En esta misma sentencia se establece que esta cantidad sea la que se abonó por parte del empleador en compensación al trabajador por la cláusula de no competencia.

#### **4.2.3. Contrato entre socios**

Por último, hay que tener en consideración que el Sr. García no ha vendido la totalidad de las participaciones sociales de la sociedad, sino que ha mantenido el 20%, por lo que sigue siendo socio de Car4u. Así, existirá un pacto que regule la relación entre los socios y la de estos con la sociedad. Como se ha mencionado, en estos pactos se pueden establecer asimismo obligaciones de no competencia entre la sociedad y sus socios, a través de los estatutos sociales o en un pacto parasocial.

El deber de lealtad no se aplica a los socios, salvo en circunstancias excepcionales, por lo que el fundamento de la prohibición se centra en la preservación de la información confidencial comercial, las estrategias empresariales o el conocimiento privilegiado que puedan tener los socios sobre la empresa, pudiendo ser utilizada para desarrollar una actividad similar por su cuenta.

En este caso, habría que analizar si el pacto de no competencia cumple los mismos requisitos que los explicados para el caso de que este se haya incluido en el contrato de compraventa. La única diferencia es que la duración normal de los pactos de no competencia en los contratos entre socios es el tiempo que dure el contrato, por lo que el argumento de la delimitación temporal sería más difícil de argumentar en este caso. Asimismo, habría que analizar si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1.3 LDC, de manera que no aplique la prohibición de las prácticas colusorias.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento, el TRLSC establece como una causa de exclusión del socio, para las sociedades de responsabilidad limitada, el hecho de que este compita con la

sociedad. Además, se puede haber establecido una penalización concreta como la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios o la pérdida del derecho a percibir dividendos.

### **4.3. Violación por uso de marca**

Al margen del incumplimiento del pacto de no competencia, cabe cuestionarse la posible vulneración de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (“LM”), ya que el nombre Car4mi es muy similar al nombre Car4u y se han utilizado campañas publicitarias similares, lo que ha podido llevar al riesgo de confusión por los consumidores entre las dos empresas.

A este respecto, cabe aclarar la distinción existente entre marca, nombre comercial y denominación social. Así, si se trata de un nombre comercial, es aquel que sirve para distinguir la empresa del resto de empresas en el tráfico mercantil, mientras que, si se trata de una marca, será la manera de distinguir los bienes o servicios ofrecidos. Para su protección, el nombre comercial o la marca ha de estar registrado ante la Oficina Española de Patentes y Marcas, teniendo en ambos casos los mismos derechos de uso exclusivo y el mismo tratamiento, tal y como se establece en el artículo 87.3 LM. Por último, la denominación social o razón social, es la identificación oficial de la empresa, con la que opera a efectos, fiscales, mercantiles, legales, etc., con la que está registrada en el Registro Mercantil.

El artículo 34 LM determina los derechos que confiere el registro de la misma. Así, es importante destacar la letra b) de su segundo apartado que establece que se podrá prohibir a terceros la utilización en el tráfico económico de “Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público” Asimismo, la letra d) del apartado tercero del mismo artículo establece que se podrá prohibir el uso de la marca en documentos mercantiles y en publicidad.

Así, habría que comprobar en primer lugar si la marca o nombre comercial Car4u ha sido registrada, ya que el derecho exclusivo otorgado prohibiría la utilización del signo distintivo Car4mi, debido a que este es muy similar y se refiere a los mismos servicios, por lo que existen altas probabilidades de confusión entre el público. El registro otorga un plazo de protección por diez años, que puede ser renovado por períodos sucesivos de diez años, por lo que habrá que considerar la fecha en la que se registró la marca o nombre comercial Car4u. Han pasado más de diez años desde la constitución de Car4u por lo que es probable que hayan transcurrido los diez años establecidos de protección. En ese caso, el registro tendrá que haber sido renovado, ya que en caso contrario el signo distintivo se encontraría desprotegido y no sería procedente el reclamo.

Si el signo distintivo está protegido por el registro, Car4u podría reclamar en vía civil el uso indebido de marca, solicitando que se cese en el uso de la marca Car4mi y, además, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como tomar las medidas necesarias para que desaparezcan del mercado todos aquellos vehículos o lugares en los que aparezca esta denominación como, por ejemplo, las campañas publicitarias. La indemnización que se solicite puede incluir tanto las pérdidas sufridas por Car4u, así como las ganancias que ha dejado de obtener.

Asimismo, se podrá reclamar el perjuicio causado a Car4u a consecuencia del desprestigio sufrido o incluso los gastos de investigación en los que se ha incurrido para tener pruebas que demuestren la violación del derecho de marca. Además, si la violación se declara judicialmente, el artículo 43.5 de LM establece la obligación de indemnización del 1% de la cifra de negocio que hubiera obtenido Car4mi. Tal y como establece el artículo 45 LM, el plazo con el que cuenta Car4u para ejercitar la acción es de cinco años desde que conoció la existencia de Car4mi.

Cabe tener en cuenta que Car4u, de llevar más de cinco años registrada cuando se presente la demanda, tendrá la obligación de probar, si el demandado lo solicita, el uso efectivo de la marca o nombre comercial. Así, aunque pudiera utilizarse esta táctica por parte de Car4mi, no creo que hubiera problema respecto a este punto.

Por último, cabe mencionar que los artículos 274 y siguientes del Código Penal establecen las acciones penales que podrían ejercitarse, aunque se necesitarían más datos sobre el caso para considerar procedente el ejercicio de una acción penal por delito de usurpación de signos distintivos. En cualquier caso, cabría tener en cuenta el artículo 274.2 establece que “Será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, ofrezca, distribuya o comercialice al por menor, o preste servicios o desarrolle actividades, que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.”

### *Acto de confusión*

En el caso de que no se tratase de una violación directa a la marca o nombre comercial por ser “Car4u” una denominación social o que el signo distintivo no se haya encontrado registrado, Car4u podrá utilizar la vía de la competencia desleal. Así, Car4u podría alegar que la aparición en el mercado de Car4mi supone un acto de confusión, ya que esta ha presentado en el mercado servicios similares, con un signo distintivo prácticamente idéntico, dificultando la identificación o diferenciación tanto de la propia empresa como de los servicios ofrecidos. Cabe mencionar la SAP 143/2014 de Barcelona, que establece que “La confusión en sentido estricto se produce cuando el consumidor equivocadamente entiende que las prestaciones proceden del mismo origen empresarial”.

En este sentido, Car4u debería probar que Car4mi se encuentra en funcionamiento en el mercado, bastando entonces con la semejanza de este nombre con la empresa Car4u para que exista la posibilidad de que se produzca la confusión. El mero riesgo de confusión sería suficiente, sin que fuese necesario que Car4u demostrara comportamientos comerciales anormales o la falta de buena fe, ni que la confusión entre los consumidores se ha producido, tal y como establece el artículo 6 LCD. Tampoco sería necesario que Car4u probara que se ha causado un daño efectivo o se ha producido algún tipo de perjuicio a la empresa para que pueda considerarse la actividad de Car4mi como un acto de competencia desleal. Asimismo, cabe mencionar que también las campañas publicitarias podrían considerarse como un acto de competencia desleal.

Por otro lado, puede darse el supuesto de que, o bien la denominación Car4u se haya tratado de una denominación social, o bien la denominación Car4mi lo sea. En este sentido, existe un criterio de prioridad, de manera que no podrán registrarse marcas que coincidan con denominaciones sociales previas, así como tampoco podrán registrarse en el Registro Mercantil denominaciones sociales que coincidan con signos distintivos notorios. En caso de que Car4u no fuera un signo distintivo notorio existiría un problema ya que, en ese caso, sí se podría haber aceptado el registro de Car4mi como denominación social.

Ante esta situación, Car4u podría solicitar a Car4mi el cese del uso de dicha denominación social, acreditando el uso de la marca o nombre comercial previo y alegando que se trata de un elemento que identifica tanto su empresa como su actividad en el tráfico mercantil. De no surtir efecto la solicitud, se podrá utilizar nuevamente la vía de competencia desleal ante los tribunales, acreditando el riesgo de confusión existente entre el signo distintivo y la denominación social, en caso de que el signo distintivo no estuviera registrado, o bien acreditando la violación de uso de marca registrada.

Respecto a este último punto, el Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias, como la del 31 de diciembre de 1996 o la del 28 de septiembre de 2000, que opera el principio de prioridad de la inscripción del signo distintivo frente al registro de un nombre idéntico o similar como denominación social de una empresa.

## 5. CONCLUSIONES

**PRIMERA.** - Respecto al primer bloque del caso, cabe destacar que la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas en el mismo se centra en la delimitación de responsabilidad de las partes del contrato. Para delimitar esta responsabilidad, es preciso concretar la diligencia exigida a cada una en el contexto de transmisión de la empresa Car4u. Para ello, es preciso analizar con detenimiento el proceso de *Due Diligence* realizado por Aussie LTD, así como la responsabilidad exigida al Sr. García, concretada en el deber de información, así como la existencia o no de una cláusula de manifestaciones y garantías que haya establecido un régimen de responsabilidad propio entre las partes.

Una vez analizadas estas cuestiones, para valorar la posibilidad de resolución del contrato de compraventa, es pertinente la consideración de la posibilidad de ejercicio por parte de Aussie LTD de la acción de incumplimiento contractual, así como de la acción de saneamiento por vicios ocultos.

En primer lugar, para determinar si existe incumplimiento contractual, cabe destacar el artículo 1.124 CC que establece que, en las obligaciones recíprocas, se puede reclamar el cumplimiento de la obligación o resolver el contrato en caso de incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, cabe tener en consideración que, en nuestro ordenamiento, el cumplimiento forzoso de la obligación es la sanción preferente en caso de incumplimiento.

Por otro lado, en el caso de compraventa de empresa, el vendedor tiene la obligación específica de transmisión de la misma por lo que, aunque esta se encuentre viciada, la obligación del Sr. García se ha cumplido. Además, se debe diferenciar entre una actuación dolosa o culposa por parte del Sr. García. Para que la omisión de información acerca de las averías de los vehículos fuera dolosa, tendría que haber generado un error para Aussie LTD que fuese esencial, debiendo afectar a las condiciones de la cosa que hubieran dado motivo a celebrar el contrato. Así, la flota de vehículos debería tratarse de un elemento clave de la transacción.

De esta manera, las expectativas de Aussie LTD han tenido que quedar reflejadas en los términos del contrato o haber sido comunicadas al Sr. García para considerarlas esenciales, lo que dependerá de si se han establecido o no manifestaciones o *representations*. De no haber realizado el Sr. García ningún tipo de manifestación acerca del estado de los vehículos, ni haber adoptado contractualmente un régimen propio de responsabilidad, sería difícil que prosperara el ejercicio de una acción de incumplimiento contractual en la que se solicitara la resolución del contrato.

En cualquier caso, considero que, aunque se hubiese establecido un régimen de manifestaciones y garantías, la conducta del Sr. García seguiría sin poder considerarse dolosa ya que, además de que Aussie LTD tendría que demostrar que el Sr. García tuvo la intención de engañar, la manifestación igualmente tuvo que dar lugar a un error sustancial para la transacción que no fuese excusable por parte de Aussie LTD.

En consecuencia, considero que sería difícil que se admita la resolución del contrato por los tribunales, ya que ambas partes son profesionales y Aussie LTD ha dispuesto de medios para conocer el estado de los vehículos. En todo caso, podría solicitarse por parte de Aussie LTD una indemnización de daños y perjuicios alegando que existe dolo incidental o culpa en la falsedad o incorrección de la información dada o las manifestaciones realizadas por el Sr. García. En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, Aussie LTD podría solicitar el daño emergente y el lucro cesante, debiendo probar el daño causado y la cuantía del mismo.

Además, como se ha mencionado, podría haber sucedido que las partes hubieran establecido una sanción específica para el caso de incumplimiento contractual, excluyendo los remedios previstos en la ley, de manera que será lo que establezca la misma lo que deba ser cumplido por el Sr. García. Este

tipo de cláusula se conoce como cláusula penal y, salvo que se haya excluido expresamente por las partes, sustituiría la indemnización por daños y perjuicios.

En cualquier caso, no es una cuestión que pueda ser determinante ya que habría que tener en cuenta la responsabilidad exigida a cada parte, a pesar de que el Sr. García haya realizado algún tipo de manifestación. Llegado el caso en que se estimase la culpa del Sr. García por los tribunales, creo que sería igualmente procedente una reducción de la indemnización por concurrencia de culpas.

En segundo lugar, para considerar la posibilidad de que ejerciera la acción de saneamiento por vicios ocultos por parte de Aussie LTD, sería necesario que se dieran tres requisitos. El primero de ellos es que exista un vicio que haga que no se pueda usar la cosa objeto de transmisión para el uso normal o que su utilidad se haya visto muy reducida. El segundo requisito es que el vicio sea oculto, de manera que Aussie LTD no haya conocido el riesgo de las averías previamente, que no lo hubiera podido conocer actuando de manera diligente, ni que debiera ser fácilmente conocido si esta fuese perito en la materia. El tercer requisito es que el riesgo de avería de los vehículos haya existido en el momento del perfeccionamiento del contrato.

Sin embargo, no considero probable que prospere la acción de saneamiento por vicios ocultos por varias razones. En primer lugar, la interpretación del concepto de “uso normal de la cosa” viene siendo restrictiva por los tribunales, de manera que ese uso es el que se haya establecido en el contrato, independientemente del uso que haya querido darle realmente Aussie LTD. Además, el problema se centra en que, debido al hecho de que la transmisión de la empresa se ha realizado a través de la forma del *share deal*, la responsabilidad del Sr. García dependerá de lo que pueda suceder con las participaciones transmitidas, siendo irrelevantes los problemas que puedan afectar a los activos de la empresa, como los vehículos de la misma.

En consecuencia, el estado de los vehículos solo tendría relevancia jurídica si se hubiese incorporado este motivo al contrato mediante declaración de voluntad por parte de Aussie LTD. En caso contrario, salvo que las partes hayan pactado otra cosa en el contrato de compraventa, la avería de los vehículos no podría reclamarse mediante la acción de saneamiento por vicios ocultos, pudiéndose exigir responsabilidad tan solo de los vicios ocultos de las participaciones sociales. De esta manera, si no se ha establecido un régimen propio de manifestaciones y garantías, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo que las acciones edilicias no son de aplicación.

En segundo lugar, hay que considerar que, si Aussie LTD es un perito que debía fácilmente haber conocido las averías de los vehículos, el Sr. García no será responsable de las mismas. En tercer lugar, cabe plantearse también el hecho de que Aussie LTD ha realizado una *Due Diligence*. En este sentido, Aussie LTD ha tenido la obligación de actuar diligentemente, asegurándose de que no existan defectos ocultos en el objeto de compraventa.

Por último, hay que tener en consideración que las partes pueden haber excluido expresamente este régimen para sustituirlo por la determinación del régimen de manifestaciones y garantías. Así, si se han pactado sanciones concretas que hayan excluido la posibilidad de aplicar el régimen de saneamiento por vicios ocultos, se aplicaría lo establecido expresamente entre las partes.

**SEGUNDA.** - En este segundo bloque se plantea la posibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* tanto a un contrato de préstamo, como a un contrato de arrendamiento de local de negocio. Para ello, ha sido preciso tener en consideración las figuras contractuales que han jugado un papel fundamental en el contexto de la situación de emergencia sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19, que son la fuerza mayor, la buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus*, así como las medidas adoptadas por el Gobierno ante esta situación.

En cuanto a la posibilidad de solicitud de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo, es preciso considerar en primer lugar los requisitos necesarios para

solicitar la medida cautelar. En primer lugar, Car4u debería prestar una caución o fianza de manera que, si finalmente se desestima su pretensión, se garantice a la entidad bancaria la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Por otro lado, para acreditar el *periculum in mora* o retraso en la mora procesal, podría establecerse que, de no adoptarse la medida cautelar, desaparecerían las posibilidades de que la sentencia fuese favorable para Car4u ya que, a causa de la situación en la que se encuentra y debido a la imposibilidad de continuar con su actividad, le sería imposible cumplir con las obligaciones de pago del contrato de préstamo.

Por último, en cuanto al *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, Car4u tendría que demostrar las posibilidades de éxito de su pretensión, esto es, la posibilidad de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para proceder a la modificación de las condiciones contractuales. De esta manera, tendría que probar que se cumplen todos los requisitos que ha venido estableciendo la jurisprudencia y que la situación económica derivada de las medidas adoptadas por el Gobierno ha tenido una incidencia clara y relevante en la relación contractual existente entre las partes.

Así, para considerar la posibilidad de aplicación, en primer lugar, se ha de partir de lo establecido en el contrato, ya que uno de los requisitos que se deberían cumplir para que la cláusula pudiera aplicarse es que el riesgo no hubiera sido asumido por ninguna de las partes.

Por otro lado, la invocación de la *rebus* alegando la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de devolución de las cuotas de un contrato de préstamo resulta difícil de fundamentar al tratarse de una obligación dineraria. En este caso, la entidad financiera ha cumplido toda su obligación desde el principio, que es entregar la cantidad de dinero que se presta, quedando tan solo por cumplir la obligación de pago de Car4u. De esta manera, la dificultad en el cumplimiento de las obligaciones a causa de los problemas de liquidez de Car4u para hacer frente a la mismas no inciden en el equilibrio del contrato.

En principio, podría parecer difícil la solicitud de la aplicación de la *rebus* tratándose de un contrato de préstamo, ya que su aplicación no ha dejado de ser restrictiva. Sin embargo, salvo que se excluya expresamente en el contrato, nada impide que se solicite su aplicación para este tipo de contratos. Sería necesario que Car4u acreditara la excesiva onerosidad provocada por la pandemia, mediante informes periciales que confirmaran la caída drástica de ingresos, la paralización de la actividad y, en consecuencia, la imposibilidad de pago. Además, deberá demostrar que, con anterioridad a la invocación de la cláusula, las partes han intentado alcanzar una solución extrajudicial a través de una negociación previa.

Asimismo, es preciso que la alteración de las circunstancias sea sustancial e imprevisible. En este sentido, Car4u tendría que probar que las medidas adoptadas por el Gobierno decretando el estado de alarma hicieron que la mayoría de los ciudadanos no pudiera salir de sus hogares y, en consecuencia, su actividad se paralizó por completo, haciendo que no contara con liquidez para hacer frente a los pagos del préstamo. Asimismo, podría alegar que la mayoría de sus empleados fueron incluidos en Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y demostrar que los resultados de la empresa se redujeron drásticamente. En cuanto a la imprevisibilidad de la pandemia, la jurisprudencia ha establecido como hecho notorio esta característica.

Otro de los requisitos necesarios para que pudiera aplicarse sería la necesidad de que exista una causalidad directa entre el cambio de circunstancias y la imposibilidad de cumplimiento. Así, Car4u tendría que demostrar que la paralización de la actividad y la pérdida de beneficios que le impiden hacer frente al pago es consecuencia directa de la situación provocada por la pandemia.

Además, en relación con el principio de buena fe, es necesario que la imposibilidad en el cumplimiento o el desequilibrio prestacional no haya sido causada por culpa o dolo de Car4u y que haya agotado todos los medios que tenga a su alcance para hacer frente al pago del préstamo, antes de alegar que le es imposible cumplir el contrato.

Por último, en cuanto a la posibilidad de solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*, Car4u tendría que acreditar que existe una extrema urgencia, alegando que el fin de la medida cautelar y la efectividad de la resolución podrían verse comprometidos debido al poco tiempo restante para la fecha de pago.

En conclusión, considero que sí podría invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* por el deudor de un contrato de préstamo, siempre que se acrediten adecuadamente los requisitos exigidos para su aplicación.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para suspender el pago de las rentas de arrendamiento del edificio de oficinas desde donde gestionaban la compañía, es preciso analizar en primer lugar el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, que establece las medidas específicas para los contratos de arrendamiento de local de negocio.

En caso de no verse amparado por esta norma, Car4u podría recurrir a la cláusula *rebus sic stantibus* para renegociar los términos contractuales sobre los principios de buena fe y libertad contractual, justificando su disminución de ingresos, así como la imposibilidad de acceder a las oficinas, a causa de las medidas tomadas por el Gobierno en la situación de emergencia sanitaria.

Para considerar si Car4u puede invocar la cláusula *rebus sic stantibus* para modificar, suspender o resolver el contrato de arrendamiento, deberán considerarse los mismos requisitos establecidos anteriormente.

En cualquier caso, la cuestión no parece clara al existir opiniones de muy diversos tipos sobre la posibilidad de aplicación de la *rebus* en un supuesto de arrendamiento de negocio. En conclusión, la cuestión sobre la posibilidad de invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* en este caso no puede ser determinante. El riesgo de la imposibilidad de ejercer la actividad económica por parte del arrendatario no puede recaer sobre el arrendador. Así, la declaración del estado de alarma permite que se pueda invocar esta cláusula, pero a causa de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación por parte del arrendador por no poder proporcionar este el goce útil de la cosa alquilada.

Así, como consecuencia de que en los contratos de arrendamiento el riesgo de las contingencias impeditivas las asume el arrendador, el arrendatario estaría facultado para suspender el pago de la renta o resolver el contrato. Sin embargo, la cuestión no es tan clara si la reducción de ingresos de Car4u no ha sido provocada por la imposibilidad de acceder al establecimiento, sino por la crisis económica provocada por la situación de pandemia. A este respecto, surge el problema planteado de que Car4u ha podido probablemente continuar con su actividad de manera telemática por lo que, lo que ha sufrido es la explotación comercial y esta no está incluida en la causa del contrato de arrendamiento.

**TERCERA.** - En el tercer y último bloque se ha analizado la posible actuación de Aussie LTD ante la posibilidad de incumplimiento por parte del Sr. García de un pacto de no competencia, así como la posible defensa de este último.

En primer lugar, cabe destacar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica del pacto de competencia de un vendedor en una compraventa de empresas, por lo que para considerar si se ha incumplido, habrá que estar a lo que disponga expresamente el contrato.

El primer aspecto a tener en cuenta será el tipo de contrato en el que se ha incluido la cláusula de no competencia. Así, el pacto puede haberse establecido en el contrato de compraventa, en el contrato entre socios o en el contrato como gestor. Probablemente, el Sr. García tendrá la obligación de no competir establecida en los tres contratos, por lo que han sido analizados los distintos supuestos que podrían darse.

En cuanto al contrato de compraventa, la doctrina ha venido estableciendo que las cláusulas de no competencia son necesarias en el tráfico mercantil siempre que no restrinjan, falseen o impidan la competencia, sobre todo en aquellos contratos que transmiten clientela y *know-how*. En cuanto al *know-how*, el Sr. García puede haber incurrido en una actuación desleal al transmitir un secreto empresarial a terceros, tal y como establece el artículo 13 LCD. También es habitual que se haya compensado el establecimiento del pacto de no competencia a través del aumento del precio ofrecido por las participaciones sociales.

Además, para que Aussie LTD pudiera hacerse con la totalidad de los elementos que componen Car4u, tanto la legislación mencionada como la jurisprudencia, imponen dos tipos de obligaciones para el Sr. García, la de hacer y la de no hacer. En consecuencia, existe una doble causa por la que el Sr. García tiene la obligación de no competir y es, por un lado, la derivada expresamente de lo pactado en el contrato y, por otro, como exigencia de buena fe del artículo 1258 CC.

Por otro lado, si se considera que se dan los requisitos necesarios para considerar la conducta del Sr. García como dolosa y que este ha incumplido la obligación de no competencia, Aussie LTD estará facultada para solicitar el cese de los actos competitivos, el abono de un porcentaje de la ganancia obtenida y el pago de una indemnización de daños y perjuicios. Además, si no se ha pactado penalización concreta en la cláusula, podría reclamar tanto el lucro cesante de la actividad como el daño emergente.

Así, también es importante comprobar si en el contrato en el que se ha incluido la cláusula de no competencia se ha firmado además una cláusula que establezca la penalización que correspondería al Sr. García en caso de incumplimiento. De esta manera, en caso de que se haya incluido una cláusula penal, habrá que ver la forma en la que se sanciona el incumplimiento del compromiso asumido para saber qué puede solicitar Aussie LTD en ese caso, sustituyendo la reclamación de daños y perjuicios y considerando que el importe podrá ser reducido por los tribunales atendiendo al caso concreto.

Otro aspecto a analizar ha sido la especificación en la cláusula sobre la no competencia a través de terceros. En este sentido, es preciso analizar a quién alcanza esta calificación de tercera parte, teniendo en consideración la redacción de la propia cláusula para considerar este punto. También ha sido preciso considerar el hecho de que Aussie LTD haya contratado un investigador privado para comprobar la relación y nexos existentes entre el Sr. García y Doña Beatriz. La ley establece una serie de requisitos para este tipo de investigaciones, de manera que, en caso de producirse algún tipo de incumplimiento, las pruebas obtenidas carecerían de validez y no podrían considerarse como prueba testifical.

Otro aspecto analizado ha sido el acto de denigración realizado por el Sr. García al compartir los problemas de la empresa Car4u con la Directora de RIS. Así, el Sr. García no puede aportar información sensible de la empresa vendida, beneficiándose de los conocimientos que tiene sobre la misma para que Car4mi obtenga nuevos contratos de colaboración.

En relación con el hecho de que la Directora de la empresa RIS haya un mandado un correo electrónico por equivocación a Aussie LTD se ha cuestionado si este envío ha infringido la LOPD. Para ello, habrá que estar la dirección de correo electrónico concreta que recibió la comunicación. Así, si la dirección de correo electrónico que recibió la comunicación pertenecía a una única persona, pudiéndose identificar esta, ya sea directa o indirectamente, sí se considerará dato personal y existiría una violación de la LOPD.

Por otro lado, es esencial que Aussie LTD se haya encargado de redactar y cuidar todo lo establecido en la cláusula de no competencia al máximo detalle, cuidando que esté limitada en tiempo y espacio, así como que su contenido sea razonable, para que no suponga una renuncia de derechos por parte del Sr. García, incompatible con los principios constitucionales y que pueden suponer el establecimiento de nulidad de la cláusula por parte de los Tribunales.

En cuanto a la delimitación temporal, los Tribunales han venido estableciendo el plazo máximo de dos años que se establece en la Ley de Contrato de Agencia y, en ocasiones, hasta tres años. Por otro lado, el establecimiento en la cláusula de no competencia de que el Sr. García no puede operar en el mercado es una redacción muy genérica. En consecuencia, el Sr. García podría declarar que las obligaciones de no competencia reclamadas por parte de Aussie LTD no tienen una justificación razonada respecto a los intereses que pretende defender, siendo esta abusiva y desproporcionada y solicitando en consecuencia la nulidad de la cláusula por haberse roto el equilibrio contractual.

En cuanto al contrato laboral o mercantil, cabría analizar también si el Sr. García siguió vinculado a la empresa a través de este tipo de contrato y, en ese caso, si este había pactado una obligación de exclusividad. En los pactos contractuales de no competencia entre administradores en las sociedades mercantiles, en principio, no es necesario que la cláusula de no competencia se pacte de manera expresa en el contrato, ya que tienen el deber de lealtad, que supone que tengan la obligación de defender el interés social frente a sus intereses personales, por lo que no pueden llevar a cabo una actividad competitiva con la sociedad.

En cuanto al contrato entre socios, habría que analizar si el pacto de no competencia cumple los mismos requisitos que los explicados para el caso de que este se haya incluido en el contrato de compraventa con la diferencia de que la duración normal de los pactos de no competencia en los contratos entre socios es el tiempo que dure el contrato.

Por último, al margen del incumplimiento del pacto de no competencia, se ha cuestionado la posible vulneración de la LM, ya que el nombre Car4mi es muy similar al nombre Car4u y se han utilizado campañas publicitarias similares, lo que ha podido llevar al riesgo de confusión por los consumidores entre las dos empresas. Para ello, habría que comprobar en primer lugar si la marca o nombre comercial Car4u ha sido registrada, ya que el derecho exclusivo otorgado prohibiría la utilización del signo distintivo Car4mi.

Si el signo distintivo está protegido por el registro, Car4u podría reclamar en vía civil el uso indebido de marca, solicitando que se cese en el uso de la marca Car4mi y, además, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como tomar las medidas necesarias para que desaparezcan del mercado todos aquellos vehículos o lugares en los que aparezca esta denominación como, por ejemplo, las campañas publicitarias.

En el caso de que no se tratase de una violación directa a la marca o nombre comercial por ser “Car4u” una denominación social o que el signo distintivo no se haya encontrado registrado, Car4u podrá utilizar la vía de la competencia desleal.

## **6. REFERENCIAS UTILIZADAS**

### ***6.1. Normativa aplicable***

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
- Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
- Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia
- Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales
- Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas

### ***6.2. Jurisprudencia***

- STS 283/2009, de 20 de noviembre de 2008
- STS núm. 156/2020, de 6 de marzo de 2020
- STS núm. 5/2019, de 9 de enero de 2019
- STS de 12 de diciembre de 1990
- STS 852/2009, 21 de diciembre de 2009
- STS 542/2011, 22 de Julio de 2011
- STS 230/2011, 30 de marzo de 2011
- STS 2008/1553 de 10 de marzo de 2008

- STS 1956/4121 de 4 de diciembre de 1956
- STS 2002/10263 de 20 de noviembre de 2002
- STS de 5 de mayo de 2009
- STS de 3 de septiembre de 2010
- STS 5346/2000 de 30 de junio de 2000
- STS 679/2002, de 1 de julio de 2002
- STSJ el 16 de diciembre del 2013
- STS 1984/3799 de 6 de julio de 1984
- STS 266/2015 de 19 de mayo de 2015
- STS 333/2014 de 30 de junio de 2014
- STS 452/2019 de 18 de julio de 2019
- STS de 15 de enero de 2019
- STS de 25 de junio de 2007
- STS 413/2016
- STS 243/2012 de 27 de abril
- STS 103/2007 de 8 de octubre
- STS 1153/2009 de 18 de mayo de 2012
- STS 963/2000 de 18 de octubre
- STS de 9 de mayo de 2016
- STS 20 de abril de 2010
- STS 30 de noviembre de 2009
- STS de 6 de noviembre de 1990
- STS 25 de octubre de 2010
- SAP 164/2008
- SAP de Navarra 133/1998 de 10 de junio

- SAP 164/2008 de Barcelona
- SAP 350/2015 de Madrid
- Auto 256/2020 de 25 de junio de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Valencia
- Auto 447/2020 de 25 de septiembre de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº81 de Madrid
- Auto nº348/2020 del Juzgado de Primera Instancia instancia nº31 de Barcelona
- Auto nº 155/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid

### **6.3. Bibliografía**

- 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. Autor: Marian Gili Saldaña
- La cláusula “rebus sic stantibus” y su incidencia en las relaciones contractuales con motivo de la pandemia del Covid-19. Autor: Teresa Gallego Badías
- La obligación de no competencia del vendedor en la compraventa de empresas en el anteproyecto del nuevo Código Mercantil. Autor: Pere Jover Navarro
- La cláusula de Manifestaciones y Garantías en la adquisición de empresas Autor: Eduardo Vila Recio
- El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español. Autor: Beatriz Gregoraci
- Notas sobre la regulación jurídica del nombre comercial. Autor: José Francisco zaragozá Amiel
- El dolo como fuente de error esencial. Autor: Daniel Alejandro Sánchez Carrasco
- El nuevo derecho de marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre). Autor: Francisco J. Alonso Espinosa
- Sobre la aplicabilidad de las acciones edilicias al contrato de compraventa de empresa: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 230/2011, de 30 de marzo (RJ/2011/3133). Autor: Miguel Gimeno Ribes
- Compraventa de acciones y pacto de no competencia. Naturaleza laboral o mercantil del conflicto. Autor: Lourdes López Cumbre
- La Due Diligence Legal y sus efectos en la compraventa de empresas. Autor: Mario García Miró
- Los contratos de M&A en España. Informe de 2015 elaborado por el Instituto de Empresa

- Crisis económica y cláusula rebus sic stantibus. Imposibilidad de financiación del comprador con posterioridad a la compraventa (STS de 13 de julio de 2017). Autor: Carmen, Pérez Conesa
- Covid -19: Impacto en los contratos de financiación. Informe elaborado por el despacho jurídico Clifford Chance, marzo de 2020.

#### **6.4. Webgrafía**

- <https://www.osborneclarke.com/es/insights/el-seguro-de-manifestaciones-y-garantias-en-operaciones-de-ma>
- <https://blog.sepin.es/2016/07/aliud-pro-alio/>
- <https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/544/EL%20GHARBI%20EL%20KHOULA%20TI%20HAFIDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- <http://elsastrejuridico.blogspot.com/2019/01/autos-aliud-pro-alio-vs-vicios-ocultos.html>
- <https://www.ilpabogados.com/accion-redhibitoria-vicios-ocultos-y-prestacion-distinta/>
- <https://vlex.es/vid/vicios-cosa-vendida-responsabilidad-vendedor-310931770>
- <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-v-patologia-y-remedios-frente-al-incumplimiento>
- <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-iv-contenido-tipico-de-un-contrato-de-compraventa-de-empresa-spa-sale-purchase-agreement>
- <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-iii-sentido-y-necesidad-de-la-due-diligence>
- <https://almacenederecho.org/leccion-el-precio-en-la-compraventa-de-empresa>
- <https://almacenederecho.org/leccion-introduccion-a-la-compraventa-de-empresas>
- <https://jlcasajuanaabogados.com/el-proceso-de-due-diligence-en-la-compraventa-de-empresas/>
- <https://espacioasesoria.com/el-proceso-de-due-diligence-en-la-compraventa-de-empresas>
- <https://www.ruizballesteros.es/compraventa-de-empresa-1-due-diligence/>
- <https://www.ruizballesteros.es/la-importancia-de-la-due-diligence-en-los-procesos-de-compraventa-de-empresas/>
- <https://observatoriorsc.org/debida-diligencia-de-que-hablamos/>
- <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/due-diligence/>

- <https://www.iberley.es/temas/proceso-due-diligence-desde-perspectiva-asesor-62619>
- <http://luiscazorla.com/2014/06/que-son-las-reps-and-warranties-o-manifestaciones-y-garantias-contractuales/>
- <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2017/11/tipos-de-manifestaciones-y-garantias-en.html>
- <https://www.iberley.es/temas/manifestaciones-garantias-medio-defensa-comprador-62636>
- <https://www.ilpabogados.com/warranties-e-indemnities-diferencias/>
- <https://www.ilpabogados.com/reps-and-warranties-rw/>
- <https://www.ilpabogados.com/las-side-letters-la-liturgia-una-transaccion/>
- <https://www.osborneclarke.com/es/insights/las-clausulas-mac-en-los-contratos-de-compraventa-de-empresas>
- <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/en-busqueda-de-una-clausula-de-escape-para-un-ma-2462086>
- <https://www.rzs.es/como-limitar-responsabilidad-vendedor-empresa/>
- <https://www.burgueraabogados.com/4-formas-de-limitar-la-responsabilidad-del-vendedor/>
- <https://www.iberley.es/temas/obligaciones-vendedor-contrato-mercantil-43451>
- <https://www.navascusi.com/aplazamiento-pago-deudas-bancarias-aplicacion-clausula-rebus-sic-stantibus/>
- <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10016-la-epidemia-y-su-efecto-sobre-los-contratos-reglas-especiales-fuerza-mayor-y-rebus-sic-stantibus>
- <http://www.porcarmorata.es/index.php/noticias-2/posible-aplicacion-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus-a-los-contratos-de-prestamo-con-ocasion-de-la-crisis-del-covid-19/>
- <https://www.triayspain.com/news/la-aplicacion-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus-en-los-contratos-de-tracto-sucesivo-a-proposito-del-coronavirus-46>
- <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/07/07/es-la-clausula-rebus-sic-stantibus-la-solucion-a-todos-los-problemas-juridicos-del-covid-19>
- <http://notarialuisprados.com/la-clausula-rebus-sic-stantibus-y-las-dificultades-de-pago/>
- <https://elderecho.com/improcedencia-de-la-aplicacion-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus>
- <https://dictumabogados.com/insolvencia-covid19/es-aplicable-la-clausula-rebus-sic-stantibus-a-los-impagos-del-convenio-concursal-durante-el-estado-de-alarma/21948/>

- <https://legaladvisorpanama.com/2021/06/15/la-clausula-rebus-sic-stantibus-la-pandemia-y-el-contrato-bancario-de-prestamo-interino-de-construccion-en-panama/>
- <https://www.varelayasociados.info/es/noticia/66/el-covid-19-y-los-contratos-de-prestamo-bancario/>
- <https://www.ga-p.com/publicaciones/improcedencia-de-la-exoneracion-por-rebus-sic-stantibus-en-la-fianza-de-un-proyecto-fotovoltaico/>
- <https://www.mbabogados.eu/primeras-resoluciones-espanolas/>
- <https://www.civil-mercantil.com/prestamo-hipotecario-finanza-aval-energia-solar-rebus-sic-stantibus.html>
- <https://ambarpartners.com/la-clausula-rebus-sic-stantibus-en-el-contexto-actual>
- <https://www.alfredogarcialopez.es/la-clausula-rebus-sic-stantibus-coronavirus/>
- <https://www.tendencias.kpmg.es/2021/01/la-doctrina-rebus-sic-stantibus-en-los-arrendamientos-de-local/>
- <https://www.iberley.es/temas/arrendamientos-clausula-rebus-sic-stantibus-65345>
- <https://www.osborneclarke.com/es/insights/un-juzgado-de-barcelona-aplica-por-primera-vez-la-clausula-rebus-sic-stantibus-con-motivo-del-covid-19-y-concede-una-reduccion-de-renta-en-un-arrendamiento-de-industria-sobre-inmuebles-destinados-al>
- <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/03/02/rebus-sic-stantibus-y-alquileres-de-locales-de-negocio-o-de-industria>
- [file:///Users/julietouris/Downloads/Permitame\\_que\\_le\\_cuenta\\_la\\_verdad\\_sobre\\_COVID-19\\_y\\_fuerza\\_mayor.pdf](file:///Users/julietouris/Downloads/Permitame_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf)
- <https://www.ga-p.com/publicaciones/llegan-las-cautelares-por-rebus-sic-stantibus/>
- <https://indret.com/clausula-rebus-sic-stantibus-viabilidad-y-oportunidad-de-su-codificacion-en-el-derecho-civil-espanol/>
- <https://economipedia.com/definiciones/medidas-cautelares-proceso-civil.html>
- <https://www.ilpabogados.com/adopcion-inaudita-parte-de-las-medidas-cautelares-y-su-relacion-con-la-clausula-rebus-sic-stantibus/>
- <http://notaria167.com/blog/exclusion-o-expulsion-de-socios/>
- <https://jlcasajuanaabogados.com/prohibicion-de-concurrencia-a-socios-de-una-empresa/>
- [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/115-2007.t1.html](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t1.html)
- <https://www.conceptosjuridicos.com/mx/vicios-del-consentimiento/>

- <https://www.derechosdigitales.org/15/privacidad-del-correo-electronico/>
- <https://protecciondatos-lopdp.com/empresas/correo-electronico-clausula-texto/>
- <https://agenciagranvia.com/es-legal-contratar-un-detective-privado/>
- <https://detectivesparente.com/cosas-que-no-puede-hacer-un-detective-privado/>
- <https://www.axiomadetectives.es/blog/general/validez-pruebas-detective-juicio/>
- <https://abogados-mercantil.es/actos-denigracion/>
- [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEzNjtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA5FyXCTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEzNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA5FyXCTUAAAA=WKE)
- [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDS0NztlUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1sVfZTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDS0NztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1sVfZTUAAAA=WKE)
- <http://www.argoasociados.com/es/post/83/el-supremo-reitera-su-doctrina-en-relacion-con-los-pactos-de-no-competencia-/>
- <https://www.ilpabogados.com/accion-redhibitoria-vicios-ocultos-y-prestacion-distinta/>
- <https://vlex.es/vid/vicios-cosa-vendida-responsabilidad-vendedor-310931770>
- <https://vlex.es/vid/opcion-compra-vicio-consentimiento-274943563>
- <https://almacenederecho.org/la-compraventa-de-empresas-v-patologia-y-remedios-frente-al-incumplimiento>
- <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/jurisprudencia-sobre-las-garantias-en-la-toma-de-empresas>
- <https://enriqueortegaburgos.com/la-compraventa-mercantil-de-empresas-adquisicion-de-una-sociedad-a-traves-de-la-transmision-de-sus-acciones-o-participaciones-o-mediante-la-compra-de-sus-activos-y-pasivos-contextualizacion-y-dif/>
- <https://www.iberley.es/temas/arrendamientos-clausula-rebus-sic-stantibus-65345>
- <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/arrendamientos/implicaciones-de-la-crisis-del-covid-19-en-los-contratos-de-arrendamiento-de-locales-comerciales-2020-03-26/>
- <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/03/02/rebus-sic-stantibus-y-alquileres-de-locales-de-negocio-o-de-industria>
- <https://www.osborneclarke.com/es/insights/un-juzgado-de-barcelona-aplica-por-primera-vez-la-clausula-rebus-sic-stantibus-con-motivo-del-covid-19-y-concede-una-reduccion-de-renta-en-un-arrendamiento-de-industria-sobre-inmuebles-destinados-al>

- <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/primer-sentencia-de-2021-que-aplica-la-clausula-rebus-sic-stantibus/>
- <https://bufeteantoniofont.com/es/la-clausula-rebus-sic-stantibus/>
- <https://www.navascusi.com/aplazamiento-pago-deudas-bancarias-aplicacion-clausula-rebus-sic-stantibus/>
- <http://www.porcarmorata.es/index.php/noticias-2/posible-aplicacion-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus-a-los-contratos-de-prestamo-con-ocasion-de-la-crisis-del-covid-19/>
- <https://www.triayspain.com/news/la-aplicacion-de-la-clausula-rebus-sic-stantibus-en-los-contratos-de-tracto-sucesivo-a-proposito-del-coronavirus-46>
- <https://www.varelayasociados.info/es/noticia/66/el-covid-19-y-los-contratos-de-prestamo-bancario/>
- <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/07/07/es-la-clausula-rebus-sic-stantibus-la-solucion-a-todos-los-problemas-juridicos-del-covid-19>
- <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10016-la-epidemia-y-su-efecto-sobre-los-contratos-reglas-especiales-fuerza-mayor-y-rebus-sic-stantibus>
- <https://www.tendencias.kpmg.es/2021/01/la-doctrina-rebus-sic-stantibus-en-los-arrendamientos-de-local/>
- <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/04/23/pandemia-fuerza-mayor-y-clausula-rebus-sic-stantibus-a-la-luz-de-la-jurisprudencia>
- <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2016/02/pactos-de-no-competencia-en.html>
- <https://abogados.com.ar/los-pactos-de-no-competencia-en-el-derecho-de-sociedades/22040>
- <https://almacenederecho.org/casos-transmision-empresa-prohibicion-competencia-del-vendedor>
- <https://www.ilpabogados.com/la-prohibicion-de-competencia-del-vendedor/>
- <https://lexlatin.com/opinion/la-clausula-de-no-competencia-en-la-venta-de-empresas>
- <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2012/06/el-supremo-lo-borda-analisis-de-la.html>