



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo Final de Grado

Defensa de la competencia e imitación de marca

Carolina Devesa Castiñeiras

Tutor: Juan Ferreiro Galguera

A Coruña, junio 2016

ÍNDICE

1) Supuesto de hecho	p3
2) Resolución de las cuestiones planteadas	p4
P1) Dictamen acerca de la validez de la cláusula de no competencia.	p4
1-Cláusulas configuradoras de limitaciones al derecho a la libertad de trabajo	p4
2- Requisitos para la validez de la cláusula de no competencia postcontractual	p6
2.1- Límite de duración máxima	p6
2.2- El efectivo interés industrial y la adecuada compensación económica como requisitos esenciales de validez del pacto de no competencia postcontractual.	p7
2.2.1-Efectivo interés industrial	p8
2.2.2-Compensación económica adecuada	p10
P2) Consecuencias penales de la agresión de Arturo a Felipe.	p11
1-Regulación y ley aplicable	p11
2-Delito de lesiones	p13
2.1- Existencia efectiva de lesión y necesidad de asistencia facultativa	p14
P3) Validez de la celebración de la junta ordinaria.	p16
1- Las juntas generales en las sociedades anónimas	p16
2- Las juntas generales de accionistas con convocatoria.	p17
3- Las juntas generales universales como excepción al cumplimiento de los requisitos.	p18
P4) Efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por parte de la empresa ZUMITOS S.A.	p20
1- Incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual por parte del trabajador.	p21
2- Determinación de la indemnización por daños y perjuicios	
P5) Estudio de las acciones que IRENATA S.A. podría ejercitar contra ZUMFRUIT S.A.	p24
1-Protección del envase como marca. La Marca tridimensional	p24
2- Análisis de jurisprudencia sobre la protección del envase como marca	p25
3- Facultades de la marca y acciones para su defensa en la Ley de Marcas	p28
4- Actos de confusión, actos de imitación y actos de explotación de la reputación ajena en la Ley de Competencia Desleal	p30
5-Acumulación de acciones contempladas por la Ley de Marcas y Ley de Competencia Desleal	p32
3) Conclusiones	p34
4)Bibliografía, normativa y jurisprudencia.	p37

1) Supuesto de hecho

La empresa “ ZUMOS IRENATA S.A.” se dedica a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas desde 1930. “ZUMOS IRENATA S.A.” es una empresa consolidada en el mercado debido a su larga trayectoria y su identidad. Los zumos se caracterizan por ser comercializados en una botella de plástico naranja, con tapón rosa y con la torre de Hércules en relieve, haciendo honor a la ciudad donde tiene su domicilio social la empresa. La empresa tiene inscrita la marca a través de una descripción de la misma así como de la forma tridimensional característica del producto.

El capital social de la entidad asciende a 90.000 euros, divididos en 3.000 acciones de 30 euros cada una de ellas. Dichas acciones están en manos de tres accionistas, los cuales ostentan cada uno el 33.33% del capital social.

El 30 de enero de 2008 se contrató como director general a Felipe Rodríguez, estableciéndose con el mismo un pacto de no competencia por un periodo de dos años tras la finalización del vínculo laboral para cuya compensación se fijó el percibo mensual de 300 euros, con la específica previsión de que el incumplimiento de la obligación daría lugar a que el trabajador devolviera la totalidad de las cantidades satisfechas por aquel concepto.

El 25 de febrero de 2014, Don Felipe tuvo una fuerte discusión con uno de los socios, Arturo Gómez. En este enfrentamiento, Arturo dió un puñetazo en la mejilla a Felipe, provocando una brecha que requirió cuatro puntos de sutura.

Como consecuencia, Don Felipe decide presentar su carta de dimisión el 26 de febrero de 2014 y abandonar la empresa 15 días después.

Ante la dimisión de Don Felipe, los socios deciden convocar una junta ordinaria para analizar la situación y acordar cómo continuar la marcha de la empresa. Esta junta tuvo lugar en la ciudad de Pontevedra.

El 8 de agosto de 2014, Don Felipe es contratado como director general en la compañía “ZUMITOS S.A” cuyo objeto es la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas.

Asimismo, en el año 2013 aparece en el mercado una nueva sociedad, que también se dedica a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutos. La sociedad “ZUMFRUIT S.A” comercializa los productos en envases de plástico naranja cubiertos por una pegatina rosa en la cual está impresa en color negro la Torre de Hércules.

CUESTIONES A RESOLVER

P1)Dictamine acerca de la validez de la cláusula de no competencia del contrato de Felipe.

P2)Analice las posibles consecuencias penales de la agresión de Arturo a Felipe.

P3)Razone sobre la validez de la celebración de la junta ordinaria.

P4)Efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por parte de la empresa “ZUMITOS S.A.”.

P5)¿Puede ejercitar “IRENATA S.A.” alguna acción contra “ZUMFRUIT S.A.”?

2) Resolución de las cuestiones planteadas

P1) Dictamen acerca de la validez de la cláusula de no competencia del contrato de Felipe.

1-Cláusulas configuradoras de limitaciones al derecho a la libertad de trabajo

Respecto de los derechos y obligaciones concurrentes a la relación de trabajo, el artículo 3.1 ET¹ postula que ésta se rige, por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por los convenios colectivos y los usos y costumbres locales y profesionales; y además, por la voluntad de las partes (manifestada en el contrato de trabajo, en él que no pueden pactarse condiciones más desfavorables para el trabajador que los mínimos dispuestos en las normas legales y convenios colectivos). Una cláusula lícita que el desempeño de la autonomía de la voluntad permite añadir al contrato de trabajo, es el “pacto de no competencia para después de extinguido el contrato”, siendo ésta la planteada para dictaminar acerca de su validez en el caso que nos ocupa.

El artículo 21 E.T regula los pactos de no concurrencia y permanencia en la empresa², entre los que se formula el pacto de no competencia postcontractual del caso. En el artículo 21.1 ET³ se regulan dos excepciones al principio general de libertad de trabajo⁴, limitaciones vigentes únicamente durante la relación laboral, que son los pactos de no concurrencia desleal⁵ y el pacto de plena dedicación⁶.

En el caso a resolver, la limitación a la libertad de la persona a desempeñar la actividad profesional que desee no se da durante el tiempo de la relación laboral entre trabajador y empleador como sí se da en los referidos pactos contenidos en el apartado 1º de dicho artículo 21, si no que la limitación consiste en un pacto para restringir la actividad del trabajador una vez ya no exista relación laboral entre los dos actores. Este pacto que nos ocupa se conviene para que demuestre su eficacia una vez finalizada la relación laboral, son los pactos de no competencia postcontractual gracias a los cuales el empleador se asegura que el antiguo empleado no competirá con él una vez extinguida su relación de trabajo realizando la misma actividad que para él desempeñaba.

En el siguiente extracto jurisprudencial⁷ se manifiesta acertadamente que *“existe por tanto un doble interés: para el empleador, la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; y para el trabajador, asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato,*

1 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.

2 Vid MARTÍN VALVERDE, A: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp538 y ss.

3 Art 21.1 E.T: *“No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan”*

4 Art. 35.1 CE: *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*

5 El pacto de no concurrencia desleal consiste en limitación de la actividad del trabajador para otro empresario que compite con el primero. Martín Valverde, A: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp 538 y ss.

6 El pacto de plena dedicación supone la prohibición al trabajador de desempeñar otro trabajo durante la vigencia de la relación laboral. Ibidem

7 TSJ Cataluña 4516/2015 de 9 julio (Sala de lo Social) AS 2015\1953

*evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del Código Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes... ”.*⁸

La existencia de este pacto se basa en la necesidad de los empresarios de proteger su idea de negocio ante antiguos empleados que se valen de los conocimientos adquiridos dentro de la empresa para desempeñar la misma actividad fuera de ella, suponiendo esto un perjuicio para la empresa. Se observa la predominancia del interés industrial-empresarial en esta clase de pactos, aunque también se evidencia el interés del trabajador para después de finalizada la relación laboral, poder tener garantizada su economía a través de la compensación por acordar dicho pacto, que supondrá privarse de buscar nuevo empleo⁹. Así se observa que a pesar de ser el principal interés protegido el interés del empresario, deben encontrarse en mayor o menor medida compensados los intereses de las partes.

Por ello se evidencia la mayor frecuencia con que estos se darán respecto del personal de más alta cualificación de la empresa¹⁰. Es el apartado 2º del citado artículo 21 el que proclama los pactos de no competencia postcontractual de la siguiente forma:

“El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y*
- b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada”*

Así se observa que no se regula en profundidad dicha cláusula, únicamente se manifiestan los requisitos que este pacto debe cumplir; por los que, además de a su límite temporal de duración, supedita la validez del pacto a la concurrencia del efectivo interés industrial o comercial del empresario en ello, y a que el trabajador sea compensado adecuadamente en términos económicos por su inactividad profesional.

Dándose en el caso que nos atañe la contratación de don Felipe Rodríguez como director general¹¹ de la empresa “Zumos Irenata S.A”, debemos atender también al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.¹² En él viene a regularse de exacta manera la cláusula a en el Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Con idéntica orientación se pronuncia la TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 15 enero 2009. RJ 2009\653

⁹ TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 14 mayo 2009, RJ 2009\3001

¹⁰ Vid MOYA CASTILLA, J.M.: *Relaciones Laborales. Guía 2004*, CISS, Valencia, 2004, p 160. “Generalmente, adquiere notoriedad e importancia en el caso de los altos ejecutivos, directivos y personal técnico superior que, en virtud de su contrato de trabajo y vinculación con la empresa accede a datos, conocimientos y relaciones vinculadas a las estrategias productivas y comerciales de la organización y respecto de las cuales existe un verdadero interés por parte empresarial de que permanezcan controlados dentro de su propio ámbito. El conocimiento por terceros y, eventualmente el aprovechamiento o uso que éstos puedan realizar de tales datos e informaciones puede, sin duda, reportar gravísimas consecuencias para la propia empresa”

¹¹ DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p 264

¹² Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, en adelante RD 1382/1985

8.3. El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.*
- b) Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.*

Ni el artículo 21.2 ET ni el artículo 8.3 RD 1382/1985 contienen una regulación completa, pero sí que establecen los citados límites en la cuestión temporal, material y económica, que serán los que determinen la validez del pacto, y que por ello procederemos a desarrollar. La disposición en el ET restringe su duración al máximo de 2 años para los trabajadores técnicos y 6 meses para los que no tengan esa condición, condicionando su viabilidad a la existencia efectiva de un interés industrial o comercial del empresario, y sobre la cuestión económica, el legislador establece que el trabajador deberá recibir del empresario una compensación adecuada.

2- Requisitos para la validez de la cláusula de no competencia postcontractual

2.1- Límite de duración máxima

Atendiendo a la distinción según su clasificación que realiza el artículo 21.2, el pacto no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores. Este tiempo comienza a computarse no desde que se alcanza el pacto, que puede ser en el mismo inicio de la relación laboral, sino que se inicia su cómputo desde que se extingue la relación laboral.

Debemos advertir que en el caso de haberse pactado una excesiva duración, esta cláusula tendría la condición de nula pero ello no supondría la nulidad esencial del pacto, correspondiendo pactarse una duración inferior.

La clasificación de los trabajadores según se consideren técnicos o no, es un asunto controvertido, motivado ello por la disparidad de criterios para la consideración de un trabajo como propio de ser técnico, o negarle dicho carácter. Esta cuestión no aparenta complejidad cuando la calificación de la categoría profesional se realiza conforme el convenio colectivo aplicable, o cuando el trabajador está en posesión de un título que lo acredita como tal, siendo o no titulación universitaria.

La cuestión vira a mayor complejidad cuando se dirime adjudicar la categoría de técnico a un trabajador cuando no posee un título que lo acredite como tal. La jurisprudencia resuelve esta cuestión tomando el concepto de técnico en su interpretación más amplia. Una sentencia característica en la manifestación de dicha interpretación es la TS (Sala de lo Social), sentencia de 28 junio 1990 RJ 1990\5537 que dispone la interpretación extensiva de la noción de técnico a los efectos del artículo 21.2 que nos ocupa ¹³.

¹³ Observese la diferencia con lo entendido por técnicos según el art. 14 ET, que con el término técnicos se refiere expresamente a técnicos titulados.

Así a los efectos del pacto a estudiar, conforman la categoría de técnicos los que procedan según posean conocimientos en una determinada área y la complejidad de la tarea a desempeñar, todo ello con independencia de que sean o no titulados¹⁴. En el caso que se nos plantea, esta cuestión no supone problemática ya que D. Felipe como director general de la empresa, (debiendo por lo tanto considerarlo personal de Alta Dirección) recibe la consideración de trabajador “técnico” y ya en el RD 1382/1985, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, únicamente se considera 2 años el límite máximo de duración del pacto, no permitiendo en ningún caso negar al personal de alta dirección el carácter de “técnico”.

2.2- El efectivo interés industrial y la adecuada compensación económica como requisitos esenciales de validez del pacto de no competencia postcontractual.

Como manifiesta claramente el art.21 ET, la validez del pacto se fundamenta en la adecuada compensación económica y el efectivo interés industrial, cuya ausencia supone la nulidad de pleno derecho del pacto. Pero a pesar de la claridad del artículo en enumerar los requisitos, se plantea la multiplicidad de interpretaciones a las que dan lugar los términos “adecuada” y “efectivo”, de una subjetividad manifiesta, objeto de muy distintas interpretaciones.

No debemos obviar la mención a que, de acuerdo a las condiciones generales de los contratos, el pacto evidentemente requiere de un consentimiento libre de estar viciado por error, violencia, intimidación o dolo, como estipula el art 1265 C.C.. Así el pacto de no competencia postcontractual que incurra en estos vicios carecerá de validez.

Estamos ante una obligación recíproca en la que se requiere consentimiento de carácter individual y expreso. El consentimiento es bilateral, sin que el empresario ni el trabajador puedan unilateralmente imponer ni extinguir el pacto, ya que en virtud del artículo art. 1256 CC en las obligaciones bilaterales, recíprocas, su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes"

En contraste con lo previsto para el pacto de plena dedicación, la ley no permite en el pacto de no competencia postcontractual la rescisión libre del acuerdo por parte del trabajador, lo que ha de interpretarse en el sentido de su estricta obligación de cumplirlo, salvo pacto en contrario, hasta el límite temporal acordado. También carecería de validez la cláusula por la que se facultase a la empresa a su resolución unilateralmente, ineficacia que obviamente, no se comunicará a la totalidad del acuerdo a tenor de lo establecido en el artículo 9.1 ET¹⁵

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado sentencia resolviendo el recurso de casación para la unificación de la doctrina por la que, rectificando el criterio del TSJ de Madrid, inadmite la posibilidad de desestimiento unilateral por parte del empresario¹⁶. Por lo tanto tiene validez ni existe la posibilidad de pactar una cláusula en los siguientes términos:

14 TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 8909/2001 de 16 noviembre AS 2002\135

15 Art. 9.1. E.T: *“Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley”*

16 DEL REY GUANTER, S (dir): *Estatuto de los trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, 3ª edición, 1997, pp 507 y ss

“La compañía se reserva el derecho de liberar al trabajador de la presente cláusula de no competencia y en consecuencia exonerarse de satisfacer al trabajador la indemnización pactada. La liberación del pacto de no competencia deberá ser comunicada por la compañía al trabajador antes o en el momento de la extinción del contrato de trabajo, excepto en el caso de que el trabajador cese en la compañía por su propia voluntad, en cuyo caso la compañía deberá comunicarle su decisión, a más tardar, dentro de un plazo de 15 días tras la extinción de la relación laboral.”¹⁷

2.2.1-Efectivo interés industrial

La presencia de efectivo interés industrial supone un requisito imprescindible, sin el cual el pacto carecería de toda validez, y su no observancia supone innecesario el estudio de la compensación adecuada o de la duración del pacto. La omisión de este requisito exonera al trabajador del cumplimiento y al empresario de satisfacer la compensación económica.

La exigencia de un efectivo interés industrial o comercial se fundamenta en ser el pacto una limitación de la libertad de trabajo del trabajador, por lo que no puede aceptarse si no se encuentra fundada en la protección de los intereses del empleador. Por otra parte, el razonamiento nos hace concluir que si el empresario está interesado en satisfacer una indemnización será porque tiene un efectivo interés en garantizar la no competencia de su trabajador.

Siguiendo la clasificación de los intereses básicos del empresario que, con el pacto de no competencia futura se intentan tutelar, que realiza López Anioarte¹⁸, para su comprensión podemos identificar tres intereses básicos.

El primer interés empresarial, de acuerdo con su finalidad, sería impedir que el trabajador se aproveche en su propio beneficio, y en perjuicio de la empresa, de los conocimientos adquiridos en ella. Supone así evitar que un profesional preparado y formado a costa de un empleador, se emplee con otro empresario, competencia del primero.

El segundo posible interés vendría representado por la protección de lo que podemos comprender bajo el término de las claves de su negocio: métodos de producción, comercialización y organización del trabajo de la empresa. El empresario pretende así protegerse frente a la divulgación de los secretos de fabricación y de negocio, así como de la posible absorción de su clientela.

El tercer y último interés empresarial, consecuencia de los anteriores, consistiría en excluir temporalmente al trabajador del mercado de trabajo. Consigue que el trabajador no entable relaciones con otras empresas del sector de cara a su posible contratación por las mismas.

Con este requisito del efectivo interés se postula el elemento esencial sin el cual el pacto no podría existir, éste puede ser tanto de carácter industrial como comercial, por la formulación dispuesta por el legislador, que supone tanto la alternancia de ambos como su equivalencia a estos efectos. Se evidencia el hecho de que es el interés empresarial el que se encuentra en oposición con

17 SEMPERE NAVARRO, A. V.: *160 Cuestiones sobre temas laborales*, Pamplona, Aranzadi Doctrina, Thomson Reuters, 2011

18 LOPEZ ANIOARTE, M. C.: *La Competencia del Trabajador con su Empresa*, Aranzadi, Pamplona 1997, p89 y ss

el interés del trabajador por su libertad al trabajo, pero son precisamente las limitaciones contenidas en el artículo 21.2 las que le otorgan al pacto su carácter inusual, pretendiendo que únicamente se lleve a cabo en ocasiones susceptibles de comprometer la actividad empresarial. Debemos incidir en que corresponde al empresario y no al trabajador la prueba de la existencia del interés industrial.

El interés industrial o empresarial se estipula como una justificación “técnica”¹⁹ de la existencia del pacto y la limitación a la libertad del trabajador. El empresario trataría de evitar el daño que le supondría el que sus competidores pudiesen averiguar información relevante de su negocio, que pudieran obtener por vía del trabajador que manejaba esa información interna de la empresa, como es la información de gestión interna de la empresa así como su lista de proveedores y clientela.

Lo dispuesto en el artículo 21.2 ET como requisito de validez del pacto, la “existencia de un interés industrial o comercial efectivo” supone la verdadera existencia efectiva de un interés empresarial merecedor de ser protegido. Este interés es definido según la actividad desarrollada por el empresario y el bien empresarial a proteger, que suponen un amplio espectro que incluye a la clientela, los proveedores, la mano de obra, todo tipo de información interna, así como la formación del trabajador a cargo de la empresa, por la que adquiere unos conocimientos concretos en un área específica.

Para valorar la realidad de interés, los tribunales acostumbran tomar como demostración de la existencia de un efectivo interés industrial a proteger, la coincidencia de actividades entre las empresas²⁰. Pero la coincidencia de actividades empresariales no es lo único determinante en la valoración judicial del efectivo interés industrial, también se enjuicia que el trabajo del empleado esté relacionado con aquello que se busca proteger, es decir, que el trabajador para su nueva función pueda valerse de todas las informaciones anteriormente relatadas que el trabajador conoce de su anterior empresa, y que dicha fuga de información supone un riesgo para su empleador²¹. Por lo tanto, el riesgo que supone el trabajador sobre el interés puede percibirse según lo dispuesto en el contrato de trabajo, o también con el análisis de la tarea efectivamente realizada por el trabajador, ya que es evidente que no todos los trabajadores realizan una función por la que manejen conocimientos susceptibles de ser protegidos, y por lo tanto, ello no permitiría coartar su libertad de trabajo. Así la existencia de interés industrial se concluye por las funciones laborales del trabajador, ya que se trata de impedir que “aporte su conocimiento y experiencia en el oficio en la empresa para la que ahora trabajase y en su beneficio”²². Debemos salientar que la existencia de interés industrial se observa por la experiencia y conocimiento del trabajador adquiridos en la empresa, no pudiendo apreciarse como tales los que el trabajador ya poseía con anterioridad.

Por ello consideramos que en el pacto de no competencia postcontractual entre don Felipe Rodríguez y Zumos Irenata S.A. existe un efectivo interés industrial. Debemos entender que don Felipe Rodríguez, en su condición de director general de Zumos Irenata S.A. era conocedor de las claves del negocio de la empresa, cuya actividad podría verse seriamente perjudicada si las empresas que compiten con ella en el sector de la fabricación de zumos tuviesen conocimientos internos de la actividad de Zumos Irenata S.A. por medio de don Felipe.

19 SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “El pacto de no competencia postcontractual”, en *Actualidad Laboral*, 1992, Tomo 2, p. 365

20 TSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 15 noviembre 2005 AS 2006\780

21 TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 7045/2014 de 23 octubre AS 2014\3216

22 CHARRO BAENA, P.: “El pacto de no competencia postcontractual” *Relaciones Laborales*, Tomo I. 1995.

2.2.2-Compensación económica adecuada

Señala la letra b) del apartado 2 del artículo 21 ET la necesidad de proporcionar al trabajador una compensación económica adecuada como contraprestación por la suscripción del pacto. Tiene una finalidad indemnizatoria, siendo esta la de resarcir los eventuales daños que provoca la restricción de su libertad de trabajo a la persona, que le va a impedir incurrir en competencia con la empresa a la que pertenecía hasta el cese y que, de no haber tenido lugar el pacto, sí que podría desarrollar.

La consideración de la compensación económica como adecuada, apunta a un concepto indeterminado, no proporcionándonos criterios legales para su valoración como tal. Es, por tanto, un concepto jurídico difuso que, admitiendo distintos criterios a considerar, debe observarse siempre el objetivo de compensar el perjuicio causado al trabajador al restringir su libertad al trabajo, mediante la ponderación de los intereses en conflicto.

Así proporcionar al trabajador la compensación económica adecuada, como dispone el art. 21.2 ET, supone que la cantidad pecuniaria debe ser apropiada para suplir dicha limitación de su libertad de trabajar consagrada en el art. 35 CE. El legislador acepta el sacrificio que supone para el trabajador supeditar al pacto sus expectativas e intereses profesionales, así como “la privación de oportunidades de trabajo que tal obligación conlleva”²³ sin perder de vista que la condición esencial para la existencia del pacto no es la mera existencia de dicha compensación, si no que esa retribución sea suficiente para cumplir el objetivo anteriormente expuesto.

El objetivo de la compensación económica adecuada es, por tanto, "asegurarle una estabilidad económica una vez extinguido el contrato"²⁴, lo que supone para el trabajador la posibilidad de confiar en mantener una estabilidad económica en su tiempo de inactividad.

En cuanto al momento de suscripción del pacto de no concurrencia postcontractual, la jurisprudencia exige que quede determinada la compensación económica adecuada a satisfacer al trabajador, impidiendo su fijación en un futuro²⁵. Así, no será válido el pacto de no competencia postcontractual que no concrete, la cantidad a indemnizar²⁶. Es un requisito de validez y licitud del pacto de no competencia postcontractual, cuya ausencia ocasiona la nulidad esencial del pacto, y por lo tanto, no pudiéndosele reconocer efectividad alguna, ni ser subsanada la omisión por el órgano judicial.

En cuanto a su forma, la compensación ha de ser económica, fijada y abonada en moneda de curso legal. A pesar de la problemática que ello plantea, existen algunas sentencias que reconocen la posibilidad de que los intervinientes puedan pactar otro tipo de compensación económica²⁷. Sentencian así que, frente a una interpretación literal de la norma, no existiría impedimento alguno para que los interesados pudiesen pactar otro tipo de compensación no económica, teoría muy poco secundada por las dificultades que plantea su cumplimiento.

23 TS (Sala de lo Social), sentencia de 10 julio 1991RJ 1991\5880

24 TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 7814/2009 de 28 octubre AS 2009\3005

25 TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 4218/2000 de 16 mayo AS 2000\1925

26 TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), sentencia núm. 59/2000 de 1 febrero. AS 2000\1531

27 TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), sentencia de 7 julio 1997. AS 1997\2625

Siendo esencial la calificación de “adecuada” de la compensación, se podría plantear la cuestión de que la compensación recibida por D. Felipe Rodríguez no mereciese dicha calificación. No encontramos criterio legal alguno que precise la cantidad adecuada a ser retribuida como compensación económica, remitiéndonos una vez más, a la indeterminación. Es la concreción del importe asunto propio del mutuo acuerdo entre las partes contratantes. En caso, de plantearse desacuerdo entre las partes acerca de la adecuación de la cantidad para lograr su propósito antes relatado, serían los Tribunales del orden social los encargados de dilucidar la controversia.

La conveniencia cuantitativa de la compensación viene indicada según la proporcionalidad entre la duración de la obligación de no competir y el importe indemnizatorio. Así, evidentemente, la mayor duración de la obligación requerirá de una compensación en magnitud semejante.

En comprensión de dicha idea debemos citar Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 20 de julio de 2000²⁸ determina que *“la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada, y viceversa. Si este plazo de duración resulta modificado por imperativo legal o por otra causa obligatoria, será preciso modificar también, en la proporción debida, el montante de tal compensación, y así, si el plazo se reduce, también se reducirá este importe”*.

La redacción del caso planteado nos relata que para la compensación de la obligación de no competencia postcontractual se fijó el percibo mensual de 300 euros. Habiendo mantenido don Felipe Rodríguez y Zumos Irenata una relación laboral durante 72 meses (30 de enero 2008 – 13 de marzo de 2014), don Felipe habría recibido una compensación de 21.600 euros aproximadamente.

La posibilidad de don Felipe Rodríguez pudiese alegar la invalidez de la cláusula de no competencia postcontractual por insuficiencia de dicha cantidad indemnizada, al no contemplarse legalmente criterios delimitadores para calificar la adecuación de los importes, únicamente remitiéndonos a la autonomía de la voluntad, debemos considerar el importe pactado de 300 euros al mes como adecuado. Es la propia indeterminación legal la que supone la amplia validez de cualquier cantidad pactada libremente por las partes, no siendo admisibles compensaciones ínfimas o cláusulas abusivas.

28 TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 6397/2000 de 20 julio. AS 2000\3699

P2) Consecuencias penales de la agresión de Arturo a Felipe.

1-Regulación y ley aplicable

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal²⁹, supuso una revisión y actualización del Código Penal. Ya en su preámbulo se resume la esencia de la reforma de la siguiente forma: *“se revisa el régimen de penas y su aplicación, se adoptan mejoras técnicas para ofrecer un sistema penal más ágil y coherente, y se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia; del mismo modo se suprimen aquellas otras infracciones que, por su escasa gravedad, no merecen reproche penal”*.

De esta reforma debemos destacar que algunos comportamientos tipificados hasta ahora como falta desaparecen del Código Penal y se reconducen hacia la vía civil o administrativa, dejando de sancionarse en el ámbito penal. Mientras que en la nueva categoría de delitos leves se recogen aquellas conductas anteriormente constitutivas de falta que se estima necesario sancionar.

Esta reforma supone el hecho, que podría ser relevante a los efectos del caso planteado si don Felipe Rodríguez no hubiese requerido de puntos de sutura, de la supresión definitiva del catálogo de faltas, tipificando así como delito leve las infracciones que se considera necesario mantener, y reconduciendo hacia la vía civil o administrativa las que considera no merecen reproche penal. En este asunto profundizaremos posteriormente.

La fecha de los hechos acaecidos nos hace plantearnos la cuestión de cual será la ley aplicable. La esencia de la respuesta a esta cuestión se encuentra en la primera de las disposiciones transitorias del Código Penal, que establece en su apartado primero que *“los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”*.

Esta disposición delimita tanto el principio de irretroactividad de las leyes penales consagrado en los artículos 9.3 y 25.1 CE, como la posibilidad de aplicación de las nuevas normas penales a hechos anteriores a su entrada en vigor, únicamente cuando las mismas favorezcan al reo, artículo 2 CP. Por lo tanto, ante hechos cometidos con anterioridad al día 1 de julio de 2015, y únicamente si es favorable al reo, procede la aplicación retroactiva de la nueva norma, a los casos que se encuentren pendientes de enjuiciamiento, y a aquellos que ya han sido sentenciados si dicha declaración no ha adquirido firmeza o si, aún firme, se encuentran pendientes o en trámite de ejecución. Quedan excluidos por tanto, los procedimientos por hechos que, a fecha 1 de julio de 2015, ya han sido enjuiciados y ejecutados en su totalidad.³⁰

La disposición transitoria segunda dispone que para determinar la ley más favorable de

29 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en adelante CP

30 Vid. Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015

acuerdo al artículo 2 CP debe tenerse en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas del Código tanto en su redacción anterior como también las de la reforma por la LO 1/2015.

Artículo 147 vigente:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

Artículo 147 derogado:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.”

Atendiendo a las modificaciones que conllevó la reforma 1/2015, observamos que sustituye la anterior pena de prisión para el tipo básico de lesiones de 6 meses a 3 años del apartado 1, por la prevista para el tipo atenuado (apartado 2): alternativa de prisión de 3 meses a 3 años o multa de 6 a 12 meses. También se procedió a suprimir el segundo párrafo que conocía de la comisión reiterada de la falta del artículo 617.

La agresión sufrida por don Felipe Rodríguez, recibida de manos de don Arturo Gómez, por la que le provoca una brecha que requirió cuatro puntos de sutura, tuvo lugar el 25 de febrero de 2014, por lo tanto correspondería la aplicación del Código Penal en su versión vigente hasta el 01 de Julio de 2015. Pero ante el cambio legislativo, procedemos a considerar de aplicación a nuestro caso la nueva regulación del artículo 147.1 CP por la que se nos presenta un tipo básico del delito de lesiones, con una pena alternativa de tres meses a tres años de prisión o multa de seis a doce meses que entendemos más favorable para el reo.

2-Delito de lesiones

La regulación que en el artículo 147.1 CP se realiza del tipo básico del delito de lesiones no requiere únicamente la causación de una lesión. De la precisión del tenor literal por la que requiere que se produzca *“una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”*, se concluye que para estar ante el tipo básico se requiere además que haya existido una primera asistencia facultativa y se necesitase tratamiento médico o quirúrgico.

Los artículos 147.2 y 147.3 contemplan el tipo atenuado de este delito. Así, el art. 147.2 castiga a quien causa un resultado de lesión, pero que no llega a necesitar tratamiento médico o quirúrgico y el apartado 3 contempla el hecho de golpear o maltratar de obra sin causar lesión. Es decir, en el caso del apartado 3 no se requiere un resultado de lesión, sino que basta probar la existencia de golpes, empujones o conductas similares. Regula por tanto estos apartados las antiguas faltas de lesiones.

El Tribunal Supremo ha sintetizado en abundantes ocasiones lo requerido para estar ante un delito de lesiones, siendo un ejemplo de ello el siguiente extracto:

*"esa necesidad de tratamiento médico o quirúrgico ha de obedecer a razones derivadas de la naturaleza y características de la propia lesión puestas en relación con los criterios que la ciencia médica viene observando en casos semejantes. Si aplicando tales criterios médicos al caso según sus particularidades concretas, se hace necesario el tratamiento médico o quirúrgico posterior a los primeros cuidados facultativos, nos encontraremos ante el delito de lesiones y no ante la falta".*³¹

Así pues, el tipo penal requiere la existencia efectiva de una lesión, y que se haya necesitado de asistencia facultativa y de tratamiento médico-quirúrgico. Efectivamente ante el relato del caso por el que don Felipe Rodríguez sufrió a manos de don Arturo Gómez una agresión que le provoca una brecha que requirió cuatro puntos de sutura, observamos la presencia de dichas condiciones requeridas para que concurra el delito de lesiones en su tipo básico, condiciones que procedemos a desarrollar a continuación.

2.1- Existencia efectiva de lesión y necesidad de asistencia facultativa

La existencia efectiva de lesión supone que realmente se haya efectuado un menoscabo en la integridad corporal o en la salud de la persona, tratándose de una acción típica, que acepta cualquier medio de ejecución. En el caso que nos ocupa es evidente el uso de la fuerza física, sin embargo esta formulación también permitiría incluir comportamientos que provocan una afectación en la salud de la víctima pero en los que no actúa la fuerza física³²

Refiriéndonos a la necesidad de asistencia facultativa y tratamiento médico /quirúrgico, es muy numerosa la jurisprudencia que aborda el tema ya que los tribunales se han encargado de ir perfilando los conceptos de asistencia facultativa, tratamiento médico y tratamiento quirúrgico.

Resumidamente, se entiende por asistencia facultativa la atención o cuidados que los profesionales de la sanidad prestan. Se incluyen, pues, todas acciones tendentes a eliminar, disminuir o evitar la agravación del deterioro de la salud. Por tratamiento médico comprende ya una acción prolongada más allá del primer acto médico, que supone una reiteración de cuidados hasta la completa curación. En cuanto al tratamiento quirúrgico, se entiende por éste un tratamiento reparador del cuerpo para corregir cualquier alteración funcional u orgánica. Se incluye, por ejemplo, cualquier tipo de cirugía.

³¹ TS (Sala de lo Penal), sentencia num 2164/2001 de 12 noviembre RJ 2002\59

³² Ejemplos de dichas conductas serían el suministro de venenos, la aspiración de gases, el contagio de enfermedades, la colocación de la víctima en un medio hostil, etc

En el caso planteado se nos manifiesta la necesidad de don Felipe de que le realizasen cuatro puntos de sutura. Ante cómo considerar dicha intervención, es generalizada en la jurisprudencia el considerar los puntos de sutura como cirugía menor, por lo tanto habiéndose de considerar tratamiento médico quirúrgico. Un extracto jurisprudencial muy significativo que expone la idea muy sintetizada postula que *"la acción quirúrgica exigirá siempre que se haya efectuado un tratamiento reparador del cuerpo para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la agresión"*³³.

A pesar de ser la anterior una postura fuertemente mantenida, no podemos obviar que, a pesar de que sería una opinión minoritaria, alguna postura doctrinal podría pretender considerar los puntos de sutura únicamente como una primera asistencia, obviando su carácter de intervención ya que por su forma se ser realizados únicamente de realizan en el momento inicial y pasado el tiempo simplemente se retiran.

Sin embargo la jurisprudencia es firme y mantenida al considerar los puntos de sutura como intervención, un ejemplo sería la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de mayo de 2013³⁴

"La línea divisoria entre el delito y la falta de lesiones está en la necesidad de tratamiento médico para su curación, como se desprende de la literalidad del artículo 147 del Código Penal . En esta caso el informe pericial especifica que la lesionada precisó tratamiento médico y que este consistió en la sutura con un punto de la herida. La jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que los puntos de sutura sin diferenciar el número de ellos constituyen un acto de cirugía menor en cuanto que tienden a curar mediante la reparación, restauración o corrección de la parte dañada"

Según el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en sentencia de 31 octubre 2002 ³⁵:

"El tipo básico de lesiones del art. 147.1 exige además de una primera asistencia facultativa, el tratamiento médico y quirúrgico. Esos elementos vertebradores del tipo son, precisamente, los que se dan en el presente caso, ya que en el «factum» se dice textualmente «... precisaron para su curación, además de una primera asistencia facultativa, de la implantación de puntos de sutura...». Por lo demás debe tenerse en cuenta que la inexistencia de puntos de sutura es un medio técnico que desde la perspectiva jurídico-penal está equiparado al tratamiento médico. En tal sentido se pueden citar entre otras las SSTs 307/2000, de 22 de febrero (RJ 2000, 1792) ; 392/2001, de 16 de marzo (RJ 2001, 1898) , 17 de julio de 2001, entre otras"

En definitiva, en el caso planteado, la agresión recibida por don Felipe Rodríguez por parte de don Arturo Gómez incurre en el tipo básico del delito de lesiones ya que además de la asistencia ha requerido de tratamiento quirúrgico mediante puntos de sutura. En caso contrario, podría haber alguno de los tipos atenuados de los apartados 2 y 3 de este art. 147, no habiendo dudas de que en este caso no procederían dichos tipos atenuados. Tampoco incurre en ningún supuesto por el que procedería la consideración del delito de lesiones en su tipo cualificado.

33 TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1722/2000 de 9 noviembre. RJ 2000\8935

34 AP Madrid (Sección 17ª), sentencia núm. 679/2013 de 24 mayo. JUR 2013\209922

35 TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1826/2002 de 31 octubre RJ 2002\10465

P3) Validez de la celebración de la junta ordinaria.

1- Las juntas generales en las sociedades anónimas

La sociedad anónima, necesita valerse de órganos para el despliegue de su actividad y crear y manifestar la voluntad de la sociedad. La Ley de Sociedades de Capital³⁶ delimita las competencias de los órganos sociales, pudiendo los estatutos sociales concretar su estructura, pero siempre dentro de los límites que la propia norma.

El artículo 159 LSC estipula claramente que:

“Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.

Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general”

La junta general de accionistas es el órgano esencial de la sociedad, donde tiene lugar la designación y destitución del órgano de administración y su control, por su deber de rendición de cuentas. Otras funciones básicas de la junta general de accionistas son la de aprobar las cuentas anuales de la sociedad, la modificación de los estatutos, entre otras.

Podemos definir la junta general de accionistas como el órgano de formación y expresión de la voluntad social de la sociedad anónima. Es un órgano necesario para el funcionamiento, que ha de reunirse previa convocatoria. Como recoge el citado artículo 159 en su apartado segundo, sus decisiones forman la voluntad social, obligando por tanto a todos, indistintamente de su voto o de su asistencia.

La LSC en su artículo 160 atribuye a la junta general de accionistas la competencia de la junta para deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

- a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c) La modificación de los estatutos sociales.
- d) El aumento y la reducción del capital social.
- e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.
- f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

³⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC.

- g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.
- h) La disolución de la sociedad.
- i) La aprobación del balance final de liquidación.
- j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

Debemos mencionar que las juntas ordinarias y extraordinarias no se distinguen ni en los asuntos a tratar, ni en ningún otro criterio. La diferencia entre junta general de accionistas ordinarias y extraordinarias radica exclusivamente en el tiempo de celebración. La junta general de accionistas es la que debe tener lugar en los seis primeros meses de cada ejercicio para validar la gestión social, aprobar cuentas del ejercicio anterior y decidir sobre la aplicación del resultado. Esto se concreta de forma muy clara en el artículo 164³⁷.

Toda junta que no sea considerada ordinaria será extraordinaria, como, por exclusión, define el artículo 165: *“Toda junta que no sea la prevista en el artículo anterior tendrá la consideración de junta general extraordinaria.”* De lo anterior concluimos que tanto las juntas generales ordinarias como las extraordinarias podrán decidir sobre cualquier asunto de su competencia, ya que a estos efectos no existe distinción entre ellas.

Es obligación de la Sociedad Anónima el celebrar una junta general de accionistas ordinaria una vez al año. Ha de tener lugar en los seis primeros meses de cada ejercicio, para validar la gestión que han realizado los administradores y aprobar las cuentas. Es obligación de los administradores convocarla³⁸, y si no lo hacen incurren en responsabilidad. Aparte de la junta general de accionistas ordinaria, toda sociedad anónima puede celebrar juntas extraordinarias.

2- Las juntas generales de accionistas con convocatoria.

La válida constitución de la junta general de accionistas con convocatoria exige, evidentemente, que esa previa convocatoria se realice conforme a Derecho. Siendo el caso planteado una excepción a la necesidad de cumplimiento de los requisitos de convocatoria de las juntas generales, procedemos a concretar dichos requisitos de forma sintética de la siguiente forma:

1. El órgano de administración será el encargado de haber aprobado la convocatoria y el orden del día, art 166 LSC³⁹.

2. Tanto la convocatoria de la junta ordinaria como de una extraordinaria deberá anunciarse mediante publicación en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia donde la sociedad anónima tenga su domicilio social, con al menos un mes de antelación a la fecha

37 Artículo 164 LSC: *“1. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.*

2. La junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.”

38 Artículo 166 LSC: *“La junta general será convocada por los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad”*

39 Con excepción de la convocatoria judicial en los casos del art. 169 LSC.

de reunión (art. 173 y 176 LSC)⁴⁰. La convocatoria busca que todos los socios conozcan de la celebración de la reunión y los asuntos en ella a tratar.

3. El contenido mínimo del anuncio de convocatoria, que deberá incluir la fecha de la reunión⁴¹; y el orden del día, por el que se delimitan los asuntos sobre los que la junta general de accionistas ha de deliberar y acordar.

4. En cuanto al lugar, las juntas generales se celebrarán en la localidad donde tenga la sociedad su domicilio social; salvo en caso de junta universal, que puede tener lugar en una localidad distinta. El artículo 175 LSC de forma muy clara lo configura: *“Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social”*

3- Las juntas generales universales como excepción al cumplimiento de los requisitos art 173 y ss

Frente a las juntas generales de accionistas con convocatoria explicadas anteriormente, nos encontramos con las juntas generales universales, situación dada en el caso que se nos plantea.

“Artículo 178

- 1. La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.*
- 2. La junta universal podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.”*

La Ley de Sociedades de Capital regula en su artículo 178 la conocida como junta universal, es la junta convocada y válidamente constituida en la que se encuentra presente todo el capital social y que unánimemente aceptó la celebración de dicha reunión, sin necesidad de cumplimiento de los requisitos para el lugar de celebración y plazo desde la convocatoria.

La LSC exige el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos para la validez de la convocatoria de junta general, relacionados con la forma, contenido y plazo previo de dicha convocatoria. Estos requisitos que han de darse para la convocatoria de las juntas generales tienen el propósito de que todos los socios se encuentren informados de la celebración de la reunión y los asuntos que en ella se tratarán. Es así la junta universal la única excepción a la obligatoriedad de la convocatoria previa de junta general, no cumpliendo los requisitos de convocatoria de acuerdo al artículo 173 y siguientes.

40 La DGRN ha afirmado reiteradamente que es el plazo que debe transcurrir entre la publicación de los anuncios y la fecha fijada para la celebración de la reunión.

41 Obligatoria ha de indicar la fecha de la reunión en primera convocatoria. Se puede incluir también la fecha de la segunda convocatoria, lo que en la práctica es habitual ya que de no hacerlo, deben repetirse todas las formalidades. art. 177 LSC

La necesidad de previa convocatoria anunciada publicamente para las juntas generales es configurada para proteger los derechos de los socios, ante la posibilidad de que se le pudiese evitar informar dolosamente de la celebración de la junta. En el caso de las juntas universales, se configuran como excepción a la obligatoriedad de previa convocatoria ya que este propósito se logra al requerir el propio artículo 178.1 la necesaria presencia de todo el capital social en la reunión.

Para ilustrar la cuestión que nos ocupa, resulta muy conveniente citar la siguiente resolución de la DGRN por la que se nos clarifica que *“la singularidad de la denominada junta general universal respecto de la que no tiene dicho carácter consiste en el mantenimiento de la validez de su constitución y de los acuerdos en ella adoptados, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y los estatutos, siempre que estén presentes o representados todos los socios y acuerden por unanimidad la celebración de la reunión (artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital). En tal supuesto se prescinde exclusivamente de los requisitos de convocatoria, por considerar que la presencia de todos los socios y la unanimidad exigida respecto al acuerdo de celebración de la junta garantiza el respeto de sus derechos de asistencia, información y voto cuya protección subyace a las normas sobre forma de convocatoria, que no se considera necesario cumplir en el caso de junta universal”*⁴².

El citado artículo 178.1 supedita la validez de la celebración de junta universal al obligatorio cumplimiento de los dos requisitos en él recogidos. Dichas exigencias son:

- que esté presente todo el capital social⁴³; y
- que acepten por unanimidad la celebración de la reunión.

Así el cumplimiento de estos dos requisitos supone la consecución del objetivo de que todos los socios conocen de la celebración de la junta y los asuntos que en ella se conocerán.

42 Resolución de 27 de octubre de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XI de Barcelona a inscribir determinados acuerdos sociales de cese de administrador mancomunado, cambio de sistema de administración y nombramiento para dicho cargo. Publicado en BOE núm. 292, de 5 de diciembre de 2012, páginas 83681 a 83686 (6 págs.)

43 La Resolución de 28 de octubre de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sostiene que para que la Junta sea Universal además de concurrir todos los socios, el orden del día debe aprobarse por unanimidad.

P4) Efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por parte de la empresa “ZUMITOS S.A.”.

1- Incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual por parte del trabajador.

Ante la consideración de validez del pacto por concurrir los requisitos enunciados en el artículo 21.2 ET, la contratación de don Felipe Rodríguez por parte de la empresa Zumitos S.A. supone el incumplimiento⁴⁴ del pacto de no competencia postcontractual que don Felipe había contraído con Zumos Irenata S.A. Debemos mencionar que si nos encontrásemos ante un pacto declarado nulo por inexistencia de interés industrial o por compensación económica inadecuada, no existiría un incumplimiento del pacto ni procedería ninguna reclamación indemnizatoria.

Se presenta un incumplimiento del pacto por parte del trabajador al realizar actividades prohibidas por el pacto de no concurrencia postcontractual, obviando la prometida abstención de vincularse laboralmente a una empresa de la competencia durante un periodo determinado en el pacto. A consecuencia de ser el acuerdo de no competencia postcontractual un pacto bilateral⁴⁵, el incumplimiento de una de las partes supone el derecho de la otra a percibir una indemnización por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1101⁴⁶ en relación con el artículo 1107 CC⁴⁷

Atendiendo al carácter consensual, bilateral y sinalagmático del pacto de no concurrencia postcontractual, se evidencia el interés recíproco en el cumplimiento de las obligaciones mutuas. Por ello, en este tipo de pactos la efectividad de él debería interesar a las dos partes, por lo que es posible que en el clausulado se contemplen de medidas preventivas o de vigilancia que promuevan su real cumplimiento.

Para favorecer dicho cumplimiento, la jurisprudencia admite la posibilidad de concreción de cláusulas por las que el trabajador se encontraría obligado a informar al empresario de la nueva actividad que pretende iniciar, para facilitar al empresario poder constatar el respeto al acuerdo. Así si el empresario no censura la posibilidad de que su antiguo empleado emprenda nueva ocupación, se certifica la no vulneración del acuerdo⁴⁸. También existiría la posibilidad de estipular una cláusula que obligue al trabajador, durante el tiempo de vigencia del pacto, a informar mensualmente de sus actividades laborales o su inexistencia⁴⁹.

44 “ha de probarse que el trabajador comprometido realiza tareas laborales de la misma naturaleza o ramo de la producción para la que ha sido formado profesionalmente a cargo de la empresa” TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), sentencia núm. 426/1999 de 7 septiembre. AS 1999\3215

45 Dicho pacto es generador de obligaciones bilaterales de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1255 C: “*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*”

46 Artículo 1101 CC: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”.

47 Artículo 1107: “*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*”.

48 TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social), sentencia de 11 octubre 1999 AS 1999\4559

49 TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social), sentencia núm. 4823/2000 de 28 noviembre JUR 2001\119753

Ante un incumplimiento del pacto por parte del trabajador (con cumplimiento del empresario), al ser obligaciones bilaterales, se da una situación de desequilibrio en el cumplimiento de la obligación. Al empresario, insatisfecho por el incumplimiento del pacto de forma ajena a su voluntad, se le presentan dos posibles vías de protección. Una de ellas sería la acción de resolución de contrato⁵⁰ y por otra parte estaríamos ante, una excepción por incumplimiento contractual, que le exonera de cumplir su parte de compromiso bilateral, ante el incumplimiento de la otra parte⁵¹. Atendiendo a ambos artículos debemos concluir que ante la infracción del pacto por parte del trabajador, el empresario no se encuentra obligado a continuar con el cumplimiento de lo pactado. Debemos mencionar que ello es independiente de la posible indemnización de daños y perjuicios que pueda reclamar, o de las cláusulas penales.

2- Determinación de la indemnización por daños y perjuicios

El pacto de no competencia postcontractual tiene naturaleza indemnizatoria, por lo que el incumplimiento de las partes da lugar a la indemnización de daños y perjuicios⁵². Así además de la citada posibilidad de que se exonere al empresario de su obligación de pago de la compensación comprometida al darse el incumplimiento del trabajador, también estará facultado para proceder a la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios⁵³.

Consideramos muy ilustrativo para la comprensión de la necesidad indemnizatoria el siguiente extracto jurisprudencial:

“la finalidad esencial que se persigue con el establecimiento de esta compensación o indemnización es doble, a saber:

a) Ante todo se pretende resarcir a la empresa, en alguna medida, de los daños y perjuicios que le pueda irrogar la competencia o concurrencia del trabajador cesado, y por ende cuanto mayor sea la duración del plazo de vigencia de la obligación, mayor puede ser el perjuicio causado por el incumplimiento de la misma, de ahí que sea indiscutible la conexión e interrelación existente entre el importe de aquélla y la duración de la obligación referida;

b) Por otro lado, dicha indemnización tiene, con respecto al trabajador cesado, una finalidad disuasoria, al objeto de impeler a éste para que se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese, y por tanto, también es claro que esta finalidad impone la consecuencia de que la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada y viceversa”⁵⁴.

50 art. 1124 CC: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que se incumbe...”

51 art. 1100 , párrafo tercero, CC: “En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple”.

52 La STSJ Cataluña 17 de marzo de 2004, recuerda que e

53 Art. 1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”

Art. 1107 CC: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento de la obligación.”

54 TS (Sala de lo Social), sentencia de 2 enero 1991. RJ 1991\46

El resarcimiento de los daños supone la necesidad de cuantificar dicho perjuicio pecuniariamente, presidida esa ponderación de intereses por el principio de proporcionalidad⁵⁵. Ante la posibilidad de considerar el incumplimiento como parcial si esta vulneración no se produjo durante todo el tiempo de vigencia del pacto existen diversas posturas jurisprudenciales. Por una parte existen sentencias estimando la imposibilidad de considerar el incumplimiento como parcial, ya que aunque en algún momento el pacto fuese respetado, la finalidad del pacto de no concurrencia (impedir que exista dicha competencia desleal) no se logra, concluyéndose la pérdida del derecho a toda compensación⁵⁶. Otra posición más flexible ha mantenido que, a pesar de su incumplimiento, el trabajador ha respetado los términos acordados y restringido su libertad de trabajo durante un tiempo y por ello debe recibir la compensación adecuada que corresponda (o la devolución de la compensación económica percibida en proporción al tiempo incumplido)⁵⁷.

En las ocasiones en que el pacto expresamente estipule que en caso de incumplimiento ha de procederse a la devolución de todas las cantidades percibidas, la jurisprudencia considera que no procedería aplicar la teoría de la proporcionalidad entre el incumplimiento y la cantidad a reintegrar⁵⁸. En el caso que nos ocupa se relata que el pacto contenía la “específica previsión de que el incumplimiento de la obligación daría lugar a que el trabajador devolviera la totalidad de las cantidades satisfechas por aquel concepto”, por lo que entendemos será lo que proceda, debiendo don Felipe reintegrar a su antiguo empleador Zumos Irenata S.A. lo percibido en virtud del pacto de no competencia postcontractual. Aunque no sea así en el caso planteado procede comentar que si el pacto no especifica la cuantía a indemnizar en caso de incumplimiento, éste deberá ser estipulado judicialmente, en caso de que se pruebe la existencia efectiva de los daños y perjuicios causados.

Debemos destacar que un sector doctrinal considera que además de imponer al trabajador el reintegrar las cantidades recibidas, sancionarle debiendo indemnizar a su antiguo empleador por los daños y perjuicios causados, supondría imponerle “unas consecuencias indemnizatorias desproporcionadas” . Es numerosa también la jurisprudencia que considera que ello supondría imponer “unas consecuencias indemnizatorias desproporcionadas”⁵⁹, primando en sus resoluciones para estos casos la devolución de la compensación percibida.

En definitiva, atendiendo a la jurisprudencia, observamos que es criterio predominante estimar el cumplimiento indemnizatorio con la mera devolución de la compensación económica recibida. Numerosas sentencias avalan esta postura, pero por otra parte, también existen sentencias que incrementan la cuantía que la persona ha de reintegrar añadiéndole una cantidad en concepto de daños y perjuicios. Así no debiendo coincidir necesariamente la cuantía de la indemnización pactada con la de la compensación recibida, concluimos que lo normal es que generalmente aquella englobe a esta, añadiendo un extra en concepto de daños y perjuicios causados por la vulneración del pacto según estime el juez guiado por el principio de equidad al determinar el alcance del daño indemnizable.⁶⁰

55 LUJÁN ALCARAZ, J. L.: “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales” en *Aranzadi Social*, mayo 2009, pp. 11 y ss

56 TSJ Galicia (Sala de lo Social), sentencia de 25 marzo 1999. AS 1999\751

57 TSJ País Vasco (Sala de lo Social), sentencia de 30 marzo 1993. AS 1993\1384

58 TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 232/2007 de 31 enero. JUR 2008\18881

59 TS (Sala de lo Social) de 20 de abril de 2010 (RJ 2010/4669)

60 DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M: “Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores” en *Aranzadi Social*, abril 2009, pp. 107 y ss

No debemos obviar mencionar que en el clausulado de un pacto de competencia postcontractual se considera lícito el establecimiento cláusulas penales que, según la valoración previa de los perjuicios que podría causar el incumplimiento por parte del trabajador de la obligación asumida, fijan anticipadamente la cuantía a través de la cláusula penal contemplada en el artículo 1152 CC⁶¹. Estas cláusulas, además de para el propio resarcimiento de los daños y perjuicios causados, sirven a la función coercitiva o de garantía, impeliendo al trabajador a cumplir la obligación contraída de no hacer competencia para después de extinguido el contrato.

“La licitud de las cláusulas penales valorando los perjuicios causados por el incumplimiento por el trabajador de obligaciones relativas al momento de extinción del contrato de trabajo ha sido declarada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 16 de marzo de 2005 (RCUD 118/2003). La verdadera naturaleza jurídica de este tipo de penalizaciones convencionalmente previstas para el trabajador hay que buscarla en la cláusula penal que posibilitan y disciplinan los artículos 1152 y siguientes del Código Civil. Las partes, dice el Tribunal Supremo, pueden pactar perfectamente este tipo de cláusulas y su utilidad estriba en que el hecho de hacer uso de tales cláusulas penales aquella parte favorecida por ellas en cada caso, evita la necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio y la concreción de su cuantía, pues, en todo caso, el hecho de acudir a la realización de la «pena», resulta ya incompatible con la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios, aun cuando éstos pudieran existir y, en caso de que existieran, sea cual fuere su cuantía”⁶²

61 Artículo 1152: *En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.*

62 TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 12 junio 2013. JUR 2013\239659

P5) Estudio de las acciones que IRENATA S.A. podría ejercitar contra ZUMFRUIT S.A.

1-Protección del envase como marca. La Marca tridimensional

Procedemos a responder a la cuestión planteada analizando la Ley de Marcas⁶³ y la protección que en ella se confiere a la botella fabricada por Zumos Irenata S.A.

La Ley de Marcas en su exposición de motivos aclara que *"tiene por objeto el régimen jurídico de los signos distintivos... uno de los grandes campos de la propiedad industrial"*. El artículo 4 LM en su artículo 4.1 define marca como *"signo que sirve para diferenciar en el tráfico mercantil productos o servicios procedentes de un empresario de otros de los demás"*. Observamos de ello que su principal función será la "identificación del origen empresarial de los productos y servicios, así como de la calidad de los mismos según las expectativas de los consumidores que confían en dicho signo distintivo, creándose el goodwill empresarial de la persona que la utiliza"⁶⁴.

El derecho al uso exclusivo de la marca depende del registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas según establece el artículo 2 LM. En el caso que nos ocupa se nos relata que Zumos Irenata S.A. tiene inscrita la marca⁶⁵ a través de una descripción de la misma así como de la forma tridimensional característica del producto, por lo que, existiendo buena fe⁶⁶, como literalmente estipula el artículo en su apartado primero "el derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley". De ello se concluye que ha superado el examen de las prohibiciones absolutas que establece la normativa para su registro⁶⁷. No siendo el caso que nos ocupa, debemos mencionar que también es objeto de protección, aun en ausencia de Registro, las marcas comerciales que reúnan ciertos requisitos relacionados con un uso del signo distintivo que la ley entiende que merece ser protegido más allá de su condición registral⁶⁸.

En su artículo 4.2, la ley de marcas realiza una enumeración abierta de signos que pueden constituir marcas, señalando en su apartado d que la marca puede ser una forma tridimensional

2. Tales signos podrán, en particular, ser:

- a) Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.*
- b) Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.*
- c) Las letras, las cifras y sus combinaciones.*

63 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en adelante, L.M.

64 MENENDEZ, A; ROJO, A: *Lecciones de derecho mercantil*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, p 268

65 No incurriendo por tanto en las prohibiciones del art. 6 y 7 LM ya que el sistema de registro de marcas requiere de un examen previo de estas prohibiciones, no pudiendo acceder al registro en caso de incurrir en ellas.

66 La mala fe se encuentra recogida en el artículo 51.1.b como causa de nulidad del registro de la marca.

67 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: *Comentarios a la Ley de Marcas*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2003, p 131 y ss.

68 artículo 6.2.d para las marcas no registradas y 9.1.d para el nombre comercial no registrado

- d) *Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación.*
- e) *Los sonoros.*
- f) *Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.*

Además de dicha regulación nacional, debemos atender a que en el ámbito comunitario es el artículo 2 de la Directiva 2008/95/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas y el artículo 4 del Reglamento (CE) N° 207/2009, de marca comunitaria, se señala que son marcas *"todos los signos que puedan ser objeto de representación gráfica, y en particular la forma del producto o de su presentación"*.

Siendo objeto del derecho de marcas la diferenciación e identificación de las marcas en el mercado, refiriéndonos a la marca tridimensional es innegable el carácter diferenciador que la forma confiere a los productos. El carácter distintivo de una marca es la capacidad de ésta para identificar los bienes que designa con un determinado origen empresarial, distinguiéndose de otros bienes similares del mercado.

2- Análisis de jurisprudencia sobre la protección del envase como marca

Procederemos a observar la protección que otorgan los tribunales al envase como marca merecedora de protección. Ante el Tribunal Supremo se resolvió la demanda de una conocida empresa productora de cava, contra su competidora por la utilización ilícita de un tipo de botella registrada como marca por sus significativas características. En dicha sentencia desarrolló su postura sobre el ámbito de protección de los envases desde la perspectiva del derecho de marcas. Así, el Tribunal Supremo⁶⁹, concluía que:

“La marca comprende la forma tridimensional que incluye el envase, que prevé como marca el artículo 4.2.d) de la Ley de Marcas; su imitación puede provocar la confusión, que prevé el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal. Recordando la definición de marca que da el artículo 4.1 de la Ley de Marcas que resalta su función diferenciadora, es lógica consecuencia que queden bajo su ámbito el etiquetado y el envase; en la época actual el consumidor, más que pedir el producto al comerciante, lo selecciona directamente en supermercados o grandes superficies, por lo que la apariencia externa tiene trascendental importancia diferenciadora: es la distintividad de las marcas envase, con o sin etiquetado, con su repercusión en la posible competencia desleal”.

En dicho caso la controversia no se restringía únicamente a un problema marcario sobre el envase, sino que las marcas en conflicto concurrían en su representación en los signos o medios, palabras con grafía determinada, gráficos, envoltorios y envases. Por ello la decisión del Tribunal no se limitaba a enjuiciar el riesgo de confusión entre ambas por el uso de envases similares, ya que la marca registrada no era sólo la mera forma en volumen de la botella. La argumentación del Tribunal Supremo parte de la posible protección de la botella, que no se limita a la forma tridimensional del envase sino a la marca consistente en un conjunto de signos y medios que debe ser analizado como conjunto. La sentencia recurrida de la Audiencia provincial estimaba que *“no accede a considerar*

69 TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 49/2009 de 10 febrero. RJ 2009\1284

que la botella esmerilada o traslúcida de color blanco obtenga protección marcaria al entender, según los razonamientos del fundamento vigésimo primero, y concordantes, la genericidad de la botella, y, que, por ello, carece de la individualización precisa para constituir un signo identificatorio". El Tribunal Supremo no comparte dicha postura entendiendo que "el tema litigioso enfrenta a conocidas y notorias marcas de cava por la utilización de un tipo de envase en su modalidad de botella, de unas características singulares, en relación con las que eran habituales del mercado para la presentación de este producto, envase que figura registrado con el conjunto de otros signos y medios, como elemento constitutivo de la marca de la entidad demandante».

Así resulta indiscutible que la protección no se extienda a cualquier botella. Igual que con el derecho de autor, la botella cuya protección pretende registrar debe suponer una cierta originalidad o novedad respecto de otros envases preexistentes. En el litigio planteado la botella de cava de la demandante presentaba unos rasgos distintivos y originales que le suponen la necesidad de protección: "ser una botella esmerilada o traslúcida de color blanco que llama por su presentación a la imagen de un paisaje nevado".

La jurisprudencia también ha tratado la protección del envase, botella y etiquetas de cierta marca de bebida alcohólica en las sentencia de 19 de mayo de 1993⁷⁰. En este caso la disputa se centraba en el uso por la demandada de una etiqueta y botella de licor con características semejantes a las que había registrado la demandante. Para su resolución parte del hecho de que "las marcas pueden consistir, entre otros signos, en envases, etiquetas y denominaciones" sentenciando que se da una "similitud del tipo de envase, a la forma de las etiquetas, al sensible predominio de ambos de un mismo color dominante, a su colocación en la botella, etc.". En esta ocasión el Tribunal Supremo no tuvo a bien desarrollar en profundidad su postura sobre la protección marcaria de los envases y se centró, únicamente en determinar la existencia de posible confusión para el consumidor.

El Tribunal Supremo también desarrolla su postura sobre la protección de la forma y colores de un conocido producto de cacao en polvo en la sentencia de 23 de febrero de 1998. En esta sentencia⁷¹ el Tribunal sólo estima la protección del envase del cacao en polvo de forma indirecta porque, señalando la no admisibilidad del monopolio de un color (rojo y amarillo en el caso) si ello no va unido a una forma determinada. Manifiesta que la Ley de Marcas "impide registrar colores, pero admite registrar una conjunción de signos per se no registrables siempre que la combinación tenga carácter distintivo" y, así concluye que se da confusión en el consumidor constitutiva de comportamiento desleal. Tampoco en esta ocasión el Tribunal estimó postular los presupuestos objetivos para considerar merecedora de protección un envase o botella.

El Tribunal Supremo en sentencia de 5 de junio de 1997⁷², no apreció que existiera riesgo de confusión, negando así la existencia de competencia desleal por entender que "tanto el examen de detalle como el de visión conjunta, no revela idoneidad para producir asociacionismo confuso en los consumidores, ni aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno, pues lo que domina y enseña las etiquetas de los envases son las respectivas marcas de los litigantes".

En la misma sentencia, el Tribunal Supremo, tras realizar el análisis de las semejanzas y

70 TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 528/1993 de 19 mayo. RJ 1993\3804

71 TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 136/1998 de 23 febrero. RJ 1998\1164

72 TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 479/1997 de 5 junio. RJ 1997\4608

diferencias de los elementos que conforman los productos, refiriéndose expresamente al color y forma de los envases estima que en el caso concreto existe diferencia entre los envases del demandante y demandado que niega el riesgo de confusión para el consumidor:

«lo único que ampara a la actora es su marca «Vida/ Sassoon», en la misma medida que a la demandada las suyas «Neymi» y «Tayko», pero a ninguna de ellas la prestación de dos productos en uno (champú y acondicionador), al carecer de la correspondiente patente y pertenecer, por tanto, a la libertad concurrencia/, lo que ha de plasmar en que el producto pueda anunciarse como nuevo y en expresiones que reflejen esa doble prestación con acción única, de manera que, efectivamente, y en sí mismas consideradas, las expresiones «nuevo», o implican, simplemente por ello, competencia desleal, por mas que puedan resultar incómodas para los competidores, máxime cuando los signos o expresiones genéricas no pueden constituir marca para los productos, servicios o prestaciones que pretendan distinguir. E igual ocurre con el color por sí solo (ni siquiera pueda registrarse siempre que este delimitado por una forma determinada, lo que implica que es ésta, la forma, lo que es, en realidad, susceptible de individualización, registración y exclusividad excluyente de concurrencia, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, en el que los envases de los champús «Tayko» y «Neymi» consisten en una botella ovalada, estándar, con cuello y tapón de rosca, mientras que el de «Vida/ Sassoon», de menor tamaño, es unfrasco rectangular, cuyo tapón es continuidad del mismo e inseparable de su cuerpo, a mas de estar dotado de una pestaña para extraer el producto».

Tras el análisis de la jurisprudencia expuesta, se observa que los envases serán protegidos por el derecho de marca siempre que, sean individualizables e identificables por sus características externas con independencia del color de los mismos, correspondiendo al derecho de la competencia estimar la existencia de riesgo de confusión para el consumidor, para lo que se deberá analizar comparativamente dichos envases, considerando en dicho análisis el resto de elementos que integran el producto (etiquetas, denominación y forma de disposición de la misma, color, etc.).

Ello se ejemplifica de forma significativa en la sentencia que resuelve el litigio entre dos empresas productoras de licor de naranja del mismo tipo y cuyos envases, registrados como marcas, presentaban una semejanza reseñable. La sentencia⁷³, reconocía que *«las similitudes entre los envases en su conjunto, que es el dato que la jurisprudencia considera a tal fin, determina que provoque confusión en los consumidores entre uno y otro envase, al visualizar en su conjunto las características de los envases, debiendo insistirse en que las marcas registradas por la actora, no sólo se refieren a los colores, sino a las demás características del envase, Coinciden en ambos casos, el color del vidrio, la forma de la botella, la disposición de las etiquetas, los colores, aún en disposición diferentes; Ciertamente que no se da una identidad absoluta, por otra parte no exigida por la Ley, pero ha de partirse de que la protección legal se dirige al consumidor normal, tratando de evitar su confusión en la elección del producto ... ».*

Por tanto, constituyen marcas tridimensionales aquellas “formas”, de tres dimensiones, susceptibles de representación gráfica y que sirvan para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de las de otras⁷⁴. La botella de plástico contenedora de los zumos comercializados por Zumos Irenata S.A. tiene una forma en volumen muy característica evocadora

73 AP La Rioja (Sección Unica), sentencia núm. 183/2003 de 20 mayo. JUR 2003\168336

74 REQUERO FERNÁNDEZ, J.L. “¿Puedo registrar cualquier marca?” en Actualidad Jurídica Aranzadi num 918/2016, Editorial Aranzadi, 2016.

de la Torre de Hércules registrada, mientras que los envases de Zumfuit S.A. no poseen esa forma característica si no que, sin poseer esas dimensiones características, se limitaron a representar en la etiqueta impresa la Torre de Hércules.

3- Facultades de la marca y acciones para su defensa el la Ley de Marcas

El derecho de marca otorga a su titular la facultad exclusiva de su explotación en el tráfico económico y un ius prohibendi, derecho a excluir que terceros que pretendan usar sin consentimiento un signo igual o similar a la marca. El artículo 34.2 LM confiere al titular de la marca registrada el poder de prohibir que terceros sin su consentimiento utilicen en el tráfico económico:

- a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.*
- b) 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; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.*
- c) Cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada.*

El caso que nos ocupa entiendo que se encuadra en el supuesto contemplado por el apartado b del citado artículo 34.2 ya que estamos ante la utilización de signo semejante a la marca para productos idénticos a aquellos para los que está registrada, y se evidencia el riesgo de confusión por la asociación entre el signo y la marca.

El estimar la semejanza entre signos supone una necesidad de constatar un juicio fundado en la subjetividad que fundamenta una impresión de conjunto, criterio establecido en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁷⁵.

Los criterios para la determinación de existencia de riesgo de confusión fueron perfilados por el Tribunal Supremo, encontrándose perfectamente determinados en el siguiente extracto⁷⁶:

- i) El riesgo de confusión consiste en que el público pueda creer que los productos o servicios identificados con los signos que se confrontan proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas.*
- ii) La determinación concreta del riesgo de confusión debe efectuarse en consideración a la impresión de conjunto de los signos en liza producida en el consumidor medio de la categoría de productos, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual, en particular, los elementos*

75 TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 17 mayo 1996. RJ 1996\4158

76 TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 433/2013 de 28 junio. RJ 2013\4987

dominantes.

iii) El riesgo de confusión debe ser investigado globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes.

iv) En la valoración global de tales factores ha de buscarse un cierto nivel de compensación y en particular entre la similitud de las marcas y la semejanza entre los productos o los servicios designados.

v) En los efectos de esta apreciación global, se supone que el consumidor medio de la categoría de productos considerada es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

vi) La visión de conjunto, fundada singularmente en que el consumidor medio las percibe como un todo, sin detenerse a examinar sus diferentes detalles, no excluye el estudio analítico y comparativo de los elementos integrantes de los respectivos signos en orden a evaluar la distinta importancia en relación con las circunstancias del caso. Lo que se prohíbe es la desintegración artificial; y no cabe descomponer la unidad cuando la estructura prevalezca sobre sus componentes parciales.

El artículo 40 confiere la posibilidad de ejercitar acciones civiles y penales que correspondan al titular de una marca registrada contra quienes lesionen su derecho, y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia. Las acciones contenidas en el art. 41 LM parten de que se ha infringido el ius prohibendi de las que conferido al titular de la marca. Estas acciones pueden ser ejercitadas tanto por el titular de la marca española como también por el titular de la marca comunitaria⁷⁷. Estas son:

a) La cesación de los actos que violen su derecho.

b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca y el embargo o la destrucción de los medios principalmente destinados a cometer la infracción. Estas medidas se ejecutarán a costa del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.

d) La destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, a elección del actor, y a costa siempre del condenado, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el Tribunal.

e) La atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado c) cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular del derecho de marca deberá compensar a la otra parte por el exceso.

f) La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

⁷⁷ Artículos 14.1, 101.2 y 102.2 del Reglamento de Marca Comunitaria

Como indica el artículo 40 LM⁷⁸ el titular del derecho protegido podrá ejercer acciones civiles o penales. Por ello atendiendo a la Ley de Marcas Zumos Irenata S.A. podría reclamar, como así lo establece el artículo 41 L.M, vía civil, la cesación de los actos que violen su derecho y la indemnización de daños y perjuicios.

4- Actos de confusión, actos de imitación y actos de explotación de la reputación ajena en la Ley de Competencia Desleal

Sin olvidar que debe ser prioritaria la protección que brinda la Ley de Marcas, atendiendo al tenor literal del caso, podríamos considerar la existencia de actos de confusión, actos de imitación y actos de explotación de la reputación ajena.

Los actos de confusión vienen regulados en el artículo 6 con la siguiente redacción:

“Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.”

Examinando esta definición que observamos algo escasa, podemos considerar actos de confusión aquellos que dificultan la identificación o la diferenciación del empresario, de sus productos o prestaciones, o de su establecimiento mercantil, por conllevar el riesgo de que el consumidor o usuario los asocie con la actividad, prestaciones o establecimiento de otro empresario. Los actos de confusión más frecuentes se dan en relación con los signos distintivos e identificadores de la marca ya que atiende a cualquier signo identificador, cualquiera que sea su naturaleza, tal como es el embalaje. Lo prohibido como desleal es el crear confusión con respecto a las marcas, nombres comerciales, rótulos u otros signos identificadores de los empresarios.

El acto debe suponer confundibilidad entendida como peligro de confusión para el destinatario. Para estar ante un acto de confusión debe darse la posibilidad de que el consumidor pueda ser erróneamente inducido respecto de la procedencia de la prestación. Entendemos que podría proceder en el caso que nos ocupa ya que el consumidor, a la hora de elegir entre las opciones que se le presentan de zumos, entre las que se encuentran Zumos Irenata S.A. y Zumfruit S.A., ante la similitud de los signos distintivos de los productos de dichas empresas, puede llegar a pensar que aún procediendo de otro empresario o de una empresa distinta, en alguna medida está relacionada con él por dicha similitud.

Aceptando pues que podríamos encontrarnos ante una situación en la que se incurre en un acto de confusión, y la similitud de dicha figura con los actos de imitación, debemos exponer sus distinciones. Todo ello sin olvidar que ambos artículos fueron concebidos para reprimir actos desleales no amparados por un derecho de exclusiva, y únicamente serían aplicables de modo complementario a la Ley de Marcas, y nunca con carácter sustitutivo o prioritario.

78 Artículo 40 *“El titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia, todo ello sin perjuicio de la sumisión a arbitraje, si fuere posible”*

El artículo 11 LCD encuentra en el derecho de exclusiva su razón de ser. En estos casos en los que no se podría ejercitar, por ejemplo, las acciones contempladas por la Ley de Marcas.

Artículo 11 Actos de imitación

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

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

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

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

El artículo 11 LCD consagra el principio de "libre imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, a no ser que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley". Supone formalizar la regla de que cuando no existe un derecho de exclusiva existe libertad delimitación. Los actos de imitación de las prestaciones empresariales no se limitan a los supuestos en que el objeto imitado sea la forma tridimensional de un producto.

Mediante el análisis jurisprudencial, se manifiesta que los tribunales no consideraron prioritaria el delimitar el ámbito de aplicación del artículo 6 y el del artículo 11. Podría entenderse que el artículo 6 tiene su ámbito de aplicación a los medios de identificación o presentación de producto, mientras que el artículo 11 se refiere solo a la imitación de los productos de un tercero, y no a una confusión entre los signos identificativos, esfera del artículo 6. La jurisprudencia también llega a diferenciar el artículo 6 y el 11 al entender que el artículo 6 se refiere a las creaciones formales o signos distintivos, y el artículo 11 a las creaciones materiales. La doctrina científica dominante asigna al artículo 6 las creaciones formales o signos distintivos y al artículo 11.2 las creaciones materiales, comprendiendo las formas tridimensionales, aunque estas puedan ser registradas como marca.⁷⁹

También se puede llegar a la conclusión de que estamos ante un caso de explotación de la reputación ajena por la que Zumfruit S.A se ha movido por el interés de explotar la reputación que poseen los Zumos de frutas elaborados por Zumos Irenata S.A., empresa que, según se nos relata, se encuentra consolidada en el mercado debido a su larga trayectoria y su identidad. Es el artículo 12 donde se define dichos actos.

Artículo 12 Explotación de la reputación ajena

“Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de

79 GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp 160 y ss

origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares.”

También ante la semejanza de las figuras descritas, se plantea la necesidad de determinar la diferencia entre el artículo 6 y el artículo 12. Los actos de explotación indebida de la reputación ajena suponen la utilización de los signos distintivos que no son propios con la finalidad, no de confundir, si no de equiparar el producto propio al ajeno para beneficiarse del renombre de este⁸⁰. En caso del artículo 12, por tanto, no es necesario que exista riesgo de confusión, pero sí, a diferencia del artículo 6, que el signo distintivo sea reputado, como sí es en el caso que nos ocupa..

Pudiendo encontrarnos ante un caso de competencia desleal, Zumos Irenata, además de las acciones previstas en la ley de marcas anteriormente expuestas, también se encontraría legitimado para ejercer las acciones que procedan expuestas en el artículo 32 LCD:

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

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

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

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

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

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

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

5- Acumulación de acciones contempladas por la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal.

Por las materias que se ven afectadas es frecuente que se produzca la acumulación de acciones basadas en la Ley de Marcas y las acciones de la Ley de Competencia Desleal. El titular de una marca puede requerir además de la protección proporcionada por la Ley de Marcas, las acciones concedidas por la Ley de Competencia Desleal que procediesen, ya que la infracción de la marca acostumbra realizarse con finalidad concurrencial en el mercado, encajando así en el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal.

La jurisprudencia ha abordado la problemática sobre la acumulación de acciones de las leyes de propiedad industrial y de la Ley de Competencia Desleal, desarrollando la tesis de la primacía de las leyes de tutela de la propiedad industrial sobre la Ley de Competencia Desleal, a la que le concede un carácter complementario. El Tribunal Supremo adoptó su posición argumentativa postulando que “La Ley de Competencia Desleal no duplica la protección jurídica que otorga la

80 AP Madrid (Sección 28ª), sentencia núm. 34/2007 de 8 febrero. AC 2007\986

normativa de propiedad industrial, y en concreto la que dispensa el sistema de marcas para tales signos distintivos, de modo que tiene carácter complementario, pero no puede suplantarla”.

Dada la obvia relación existente entre dichos derechos y algunos actos de competencia desleal, la regulación de los comportamientos empresariales generadores de confusión en el mercado resulta en parte coincidente en la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal. Así la Ley de Marcas se deberá aplicar en los casos de signos distintivos registrados, como es en el caso que se nos plantea, ya que otorga más intensidad de protección que la Ley de Competencia Desleal

3) Conclusiones

Conclusiones sobre el dictamen acerca de la validez de la cláusula de no competencia.

Don Felipe Rodríguez había alcanzado con su antiguo empleador Zumos Irenata S.A, un pacto de no competencia postcontractual, que tras el estudio de los requisitos de validez; como son además de su duración temporal, la existencia de efectivo interés industrial o comercial del empresario en ello y que el trabajador sea compensado adecuadamente en términos económicos por su inactividad profesional; consideramos que es válido.

En cuanto a su límite legal en cuestión temporal, el pacto alcanzado entre Zumos Irenata S.A. y don Felipe Rodríguez lo respeta al no superar el máximo permitido por la ley, de 2 años para los trabajadores técnicos. Por las funciones desempeñadas y su condición de personal de alta dirección es innegable él la condición de “técnico”.

Consideramos que existe efectivo interés industrial o comercial ya que don Felipe Rodríguez, en su condición de director general de Zumos Irenata S.A. sería conocedor de las claves del negocio de la empresa, cuya actividad podría verse seriamente perjudicada si las empresas que compiten con ella en el sector de la fabricación de zumos tuviesen conocimientos internos de la actividad de Zumos Irenata S.A. por medio de don Felipe.

La consideración de la compensación económica como adecuada, adjetivo imprescindible para la validez del pacto, supone que la cantidad pecuniaria recibida por don Felipe debe ser apropiada para suplir dicha limitación de su libertad de trabajar. No siendo admisibles compensaciones ínfimas o cláusulas abusivas, no podemos considerar como tal la cantidad percibida en dicho concepto a lo largo de los 6 años de relación laboral, que alcanza la suma de 21.600€. Ante la ausencia de criterio legal, se supone válida cualquier cantidad pactada libremente por las partes.

Conclusiones acerca de las consecuencias penales de la agresión de Arturo a Felipe.

El tipo básico del delito de lesiones requiere la existencia efectiva de una lesión, y que para su curación se haya requerido además de asistencia facultativa, de la realización de un tratamiento médico-quirúrgico. En la situación planteada por la que don Felipe Rodríguez sufrió a manos de don Arturo Gómez una agresión que le provoca una brecha que requirió cuatro puntos de sutura, observamos la presencia de dichas condiciones requeridas para que concurra el delito de lesiones en su tipo básico.

Don Felipe ha necesitado que le fuesen realizados cuatro puntos de sutura. Ante cómo considerar dicha intervención, es generalizada en la jurisprudencia el considerar los puntos de sutura como cirugía menor, por lo tanto habiéndose de considerar tratamiento médico quirúrgico. Por ello, quedando constatado la lesión efectiva, la necesidad de asistencia facultativa y el tratamiento médico quirúrgico, podrá ser castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de hasta tres años.

No nos son aportados datos para el análisis de la posibilidad de la concesión judicial de la

suspensión de la pena impuesta a don Arturo, por lo que no procedimos al estudio de tal posibilidad.

Conclusiones acerca de la validez de la celebración de la junta ordinaria.

La convocatoria de la junta general de accionistas requiere del cumplimiento de una serie de requisitos para garantizar el derecho de los socios de conocer las circunstancias relevantes de la reunión y se le permita ejercitar su derecho a asistir. Entre esos requisitos debemos destacar los requisitos formales y de publicidad que dicha convocatoria ha de respetar, y el hecho de que las juntas generales deben celebrarse en la localidad del domicilio social.

En el caso que nos ocupa se nos relata que la totalidad de los socios decide realizar una junta en la ciudad de Pontevedra. A pesar de celebrarse en localidad distinta al domicilio social de Zumos Irenata S.A., ello no supone la invalidez de la junta ya que nos encontramos ante un caso de junta universal, siendo esta configurada legalmente como una excepción a la necesidad de cumplimiento de los requisitos de convocatoria de las juntas generales.

En definitiva, es el haber aceptado y acudido la totalidad del capital social a la junta celebrada en Pontevedra, dándose un supuesto de junta universal, lo que otorga la validez a la celebración de la junta. Ello a pesar de haber tenido lugar en localidad distinta a la de la sede social y no haberse respetado los requisitos formales y de publicidad que exige la ley para la convocatoria de las juntas generales.

Conclusiones sobre los efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por parte de “Zumitos S.A.”

El pacto de no competencia postcontractual tiene naturaleza indemnizatoria, por lo que el incumplimiento faculta al empresario a la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios ante los tribunales, quienes serán los encargados de la concreción de la cuantía.

El resarcimiento de los daños supone la necesidad de cuantificar económicamente el perjuicio causado al empresario mediante una ponderación de intereses presidida, generalmente, por el principio de proporcionalidad. Sin embargo, tras el análisis jurisprudencial realizado, se constata el criterio mayoritario por el que los tribunales entienden que no procedería aplicar la teoría de la proporcionalidad entre el incumplimiento y la cantidad a reintegrar en las ocasiones en que el pacto expresamente estipule que en caso de incumplimiento ha de procederse a la devolución de todas las cantidades percibidas.

En el caso que nos ocupa efectivamente se relata que el pacto contenía la “específica previsión de que el incumplimiento de la obligación daría lugar a que el trabajador devolviera la totalidad de las cantidades satisfechas por aquel concepto”, por lo que atendiendo al criterio jurisprudencial dominante, entendemos que será lo que proceda, debiendo don Felipe reintegrar a su antiguo empleador Zumos Irenata S.A. lo percibido en virtud del pacto de no competencia postcontractual.

Conclusiones sobre las acciones que podría ejercitar Irenata S.A contra Zumfruit S.A

El titular de una marca puede requerir además de la protección proporcionada por la Ley de Marcas, las acciones concedidas por la Ley de Competencia Desleal que procediesen, ya que la infracción de la marca acostumbra realizarse con finalidad concurrencial en el mercado, encajando así en el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. Se produciría así una acumulación de acciones basadas en la Ley de Marcas y las acciones de la Ley de Competencia Desleal, pero debe primar la protección mediante las acciones contempladas por la Ley de Marcas, concediendo a la Ley de Competencia Desleal un carácter complementario

Siendo objeto del derecho de marcas la diferenciación e identificación de las marcas en el mercado, refiriéndonos a la marca tridimensional es innegable el carácter diferenciador que la forma confiere a los productos. El carácter distintivo de una marca es la capacidad de ésta para identificar los bienes que designa con un determinado origen empresarial, distinguiéndose de otros bienes similares del mercado. La posible protección de la botella, que no se limita a la forma tridimensional del envase sino a la marca consistente en un conjunto de signos y medios que debe ser analizado como conjunto. La protección no se extienda a cualquier botella. Igual que con el derecho de autor, la botella cuya protección pretende registrar debe suponer una cierta originalidad o novedad respecto de otros envases preexistentes

Tras el análisis de la jurisprudencia expuesta, apreciamos que en ocasiones los envases serán protegidos por el derecho de marca siempre que, sean identificables por sus características externas con independencia del color de los mismos, correspondiendo al derecho de la competencia estimar la existencia de riesgo de confusión para el consumidor.

4) Bibliografía, normativa y jurisprudencia.

Bibliografía

- CHARRO BAENA, P.: “El pacto de no competencia postcontractual” en *Relaciones Laborales*, Tomo I. 1995.
- DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- DEL REY GUANTER, S (dir): *Estatuto de los trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, 3a edición, 1997.
- DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M: “Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores” en *Aranzadi Social*, abril 2009.
- GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008
- LOPEZ ANIORTE, M. C.: *La Competencia del Trabajador con su Empresa*, Aranzadi, Pamplona 1997.
- LUJÁN ALCARAZ, J. L.: “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales” en *Aranzadi Social*, mayo 2009
- REQUERO FERNÁNDEZ, J.L. “¿Puedo registrar cualquier marca?” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num 918/2016, Editorial Aranzadi, 2016.
- MARCO ALCALÁ, L.A, en, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios a la Ley de Marcas*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2003.
- MARTÍN VALVERDE, A: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2015.
- MENENDEZ, A; ROJO, A: *Lecciones de derecho mercantil*, CivitasThomson Reuters, Madrid, 2015
- MOYA CASTILLA, J.M.: *Relaciones Laborales. Guía 2004*, CISS, Valencia, 2004.
- SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “El pacto de no competencia postcontractual”, en *Actualidad Laboral*, 1992, Tomo 2, p. 365
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: 160 Cuestiones sobre temas laborales, Pamplona, *Aranzadi Doctrina*, Thomson Reuters, 2011

Normativa

Legislación y normativa

Constitución Española

Código Civil

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, en adelante RD 1382/1985

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Jurisprudencia

TS (Sala de lo Penal), sentencia num 2164/2001 de 12 noviembre RJ 2002\59

TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1722/2000 de 9 noviembre. RJ 2000\8935

TS (Sala de lo Social), sentencia de 10 julio 1991RJ 1991\5880

TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1826/2002 de 31 octubre RJ 2002\10465

TS (Sala de lo Civil, Sección 1a), sentencia núm. 49/2009 de 10 febrero. RJ 2009\1284

TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 528/1993 de 19 mayo. RJ 1993\3804

TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 136/1998 de 23 febrero. RJ 1998\1164

TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 479/1997 de 5 junio. RJ 1997\4608

TS (Sala de lo Civil, Sección 1a), sentencia núm. 433/2013 de 28 junio.RJ 2013\4987

TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3a), sentencia de 17 mayo 1996. RJ 1996\4158

TS (Sala de lo Social), sentencia de 2 enero 1991. RJ 1991\46

TS (Sala de lo Social) de 20 de abril de 2010 (RJ 2010/4669)

TS (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia de 15 enero 2009. RJ2009\653

TS (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia de 14 mayo 2009, RJ 2009\3001

TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 232/2007 de 31 enero. JUR 2008\18881

TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social), sentencia de 11 octubre 1999 AS 1999\4559

TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia de 12 junio 2013. JUR 2013\239659

TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 8909/2001 de 16 noviembre AS 2002\135

TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 7045/2014 de 23 octubre AS 2014\3216

TSJ Cataluña (Sala de lo Social) sentencia 4516/2015 de 9 julio AS 2015\1953
TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia núm. 7814/2009 de 28 octubre AS 2009\3005
TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 4218/2000 de 16 mayo AS 2000\1925
TSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 6397/2000 de 20 julio. AS 2000\3699
TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social), sentencia núm. 4823/2000 de 28 noviembre JUR 2001\119753
TSJ Galicia (Sala de lo Social), sentencia de 25 marzo 1999. AS 1999\751
TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5a), sentencia núm. 59/2000 de 1 febrero. AS 2000\1531
TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5a), sentencia de 7 julio 1997. AS 1997\2625
TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5a), sentencia de 7 julio 1997. AS 1997\2625
TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5a), sentencia núm. 426/1999 de 7 septiembre. AS 1999\3215
TSJ País Vasco (Sala de lo Social), sentencia de 30 marzo 1993. AS 1993\1384
TSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1a), sentencia de 15 noviembre 2005 AS 2006\780

AP La Rioja (Sección Unica), sentencia núm. 183/2003 de 20 mayo. JUR 2003\168336
AP Madrid (Sección 17a), sentencia núm. 679/2013 de 24 mayo. JUR 2013\209922
AP Madrid (Sección 28a), sentencia núm. 34/2007 de 8 febrero. AC 2007\986