



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Traballo de  
fin de grao

Defensa de la  
competencia e  
imitación de marca

**Natalia Cochón Gómez**

**Tutor: Fernando Cachafeiro García**

Programa para la simultaneidad de Grado en Administración y  
Dirección de Empresas y Grado en Derecho

Año 2016

# ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
DESARROLLO DEL CASO	
I. BLOQUE MERCANTIL	
A. La junta general	
I.    Supuesto de hecho.....	4
II.   Fundamentos jurídicos	
Primero.- La sociedad anónima.....	4
Segundo.- Las juntas en la sociedad anónima.....	4
Tercero.- La competencia para convocar la junta.....	6
Cuarto.- Lugar de celebración de la junta.....	8
Quinto.- Cuestiones procesales.....	12
B. Propiedad Industrial	
I.    Supuesto de hecho.....	13
II.   Fundamentos de derecho	
Primero.- Aplicación de la Ley de Marcas versus Ley de Competencia Desleal.....	13
Segundo.- La marca.....	14
Tercero.- Inscripción de la marca	
a) Prohibiciones absolutas.....	16
b) Prohibiciones relativas.....	18
Cuarto.- Acciones por violación del Derecho de Marca consistente en la utilización de un signo confundible en el mercado por un tercero sin su consentimiento.....	21
Quinto.- Cuestiones procesales.....	23
Sexto.- Protección internacional.....	24
II. BLOQUE LABORAL	
I.    Supuesto de hecho.....	24
II.   Fundamentos de derecho	
a. Modalidades de contratación	
Primero.- Relación laboral ordinaria.....	25
Segundo.- Alta dirección.....	26
b. Preaviso extinción contractual	
Primero.- Formas de extinción contractual.....	27
Segundo.- Plazo de preaviso.....	28
c. Pacto de no competencia	
Primero.- Conceptualización y finalidad del pacto de no competencia.....	30
Segundo.- Duración del pacto de no competencia.....	32
Tercero.- Compensación económica adecuada.....	33
Cuarto.- Interés efectivo.....	35
Quinto.- Incumplimiento de la obligación.....	36
Sexto.- Cuestiones procesales.....	37
III. BLOQUE PENAL.	
I.    Supuesto de hecho.....	38

II.	Fundamentos de derecho	
	Primero.- Lesiones.....	38
	Segundo.- El tipo básico.....	39
	Tercero.- Puntos de sutura.....	41
	Cuarto.- Atenuantes y agravantes.....	42
	Quinto.- De la pena.....	43
	Sexto.- Cuestiones procesales. Legislación derogada.....	43
	Séptimo.- Cuestiones procesales II.....	44

IV.	CONCLUSIONES.....	44
-----	-------------------	----

## BIBLIOGRAFÍA

ANEXO: Supuesto de hecho

## **ABREVIATURAS**

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

BOPI: Boletín Oficial de la Propiedad Industrial

BORM: Boletín Oficial del Registro Mercantil

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

ET: Estatuto de los Trabajadores

FJ: Fundamento jurídico

LCD: Ley de Competencia Desleal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LM: Ley de Marcas

LSC: Ley de Sociedades de Capital

OEMP: Oficina Española de Patentes y Marcas

RD: Real Decreto

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

# DESARROLLO DEL CASO

## I. BLOQUE MERCANTIL

### A. La junta general

#### I. SUPUESTO DE HECHO

**Primero.-** La empresa “ZUMOS IRENATA S.A.” dedicada a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas desde 1930 tiene su domicilio social en la ciudad de A Coruña.

**Segundo.-** 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.

**Tercero.-** Como consecuencia de la dimisión del director general, los socios convocan una junta ordinaria para analizar la situación empresarial y las medidas que deben tomar.

**Cuarto.-** La junta tuvo lugar en la ciudad de Pontevedra.

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- La sociedad anónima.** “Zumos Irenata” es una sociedad de capital, por lo que se regula en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (a continuación LSC).

La sociedad anónima es una sociedad mercantil donde el capital social se encuentra dividido en acciones, el cual está en manos de los socios. El montante del capital social de “Zumos Irenata S.A.” asciende a 90.000 euros, divididos en tres mil acciones de treinta euros cada una de ellas. En “Zumos Irenata S.A.”, el capital se encuentra dividido a partes iguales entre tres socios –poseyendo, aproximadamente, cada accionista el 33% del total- Esta cifra es superior al mínimo legal establecido, en sesenta mil euros (art. 4.3 LSC).

En su denominación debe figurar obligatoriamente la indicación “Sociedad Anónima” o “S.A”. Como podemos observar, su denominación sí que cumple con esta premisa (art. 6 LSC). Asimismo, el artículo 20 LSC exige para su constitución escritura pública “*que deberá inscribirse en el Registro Mercantil*” –presuponemos su cumplimiento en “Zumos Irenata S.A.”- y que, además, debe contener los estatutos sociales –entre otros- (art. 22 LSC) que “*regirán el funcionamiento de las sociedades de capital*” (art. 23 LSC).

Se trata de una empresa española ya que tiene su domicilio en territorio español –en A Coruña- (art. 8 LSC).

Una vez constituida la empresa, los socios adquieren una serie de derechos y, la empresa, debe adecuar su actuación al cumplimiento de ciertas obligaciones, como las referentes a las juntas de la sociedad, que analizaremos a continuación.

**Segundo.- Las juntas en la sociedad anónima.** Uno de los derechos de los socios es “*el de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales*”.<sup>1</sup> Pero, ¿cuál es la función de las juntas generales?

---

<sup>1</sup> Art. 93 LSC: “(…), el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: a) el de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; b) el de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de

Bajo la denominación “*La junta general*”, la LSC, en el Título V, regula la junta general de las sociedades de capital. En virtud de lo dispuesto en el artículo 159 LSC podemos definir la junta como el **órgano social en el cual los socios se reúnen con la finalidad de deliberar y decidir** los asuntos establecidos en el artículo 160 LSC<sup>2</sup>

El artículo 163 LSC establece que en las sociedades anónimas hay **dos tipos de junta general: la ordinaria y la extraordinaria**. La primera, preceptuada en el artículo 164 LSC, es aquella que, necesariamente debe reunirse en los seis primeros meses de cada ejercicio con el cometido de aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Por otro lado, el artículo 165 LSC dispone que la junta extraordinaria será aquella cuya convocatoria sea distinta de la finalidad de la junta ordinaria. Además, la doctrina y la jurisprudencia añaden como tipos de juntas las universales, reguladas en el artículo 178 LSC, y las especiales por razón del quórum reforzado para su constitución, reguladas en el artículo 194 LSC.<sup>3</sup>

**¿Debió la empresa haber convocado una junta extraordinaria en lugar de la junta ordinaria que convocó?** Las juntas ordinarias y las extraordinarias poseen una serie de rasgos comunes<sup>4</sup>. Por un lado, el órgano competente para convocarlas es el mismo en ambos casos -*los administradores de la sociedad*- (art. 166 LSC). Por otro lado, el artículo 174 LSC no realiza distinciones entre ambos tipos de juntas cuando establece el contenido necesario que debe figurar en la convocatoria, no exigiendo señalar el tipo de junta.<sup>5</sup> Y ello porque aunque no se establezca el tipo de junta se da cumplimiento a la finalidad de la convocatoria, que es “permitir que los destinatarios conozcan con suficiente antelación que, en determinada fecha y lugar, se va a reunir el órgano social a fin de que puedan asistir a la reunión y queden informados de los asuntos a tratar en ella, así como de los acuerdos cuya aprobación va a someterse a votación”<sup>6</sup> Además, en las juntas ordinarias también se pueden llevar a cabo acuerdos extraordinarios.

Jurisprudencialmente se ha señalado que “ambas clases de juntas, (...) no presentan diferencias sustanciales, y con excepción de la periodicidad de las ordinarias, no difieren ni en cuanto a asuntos ni (...) en cuanto a garantías” por lo que “**no puede hacerse depender de una simple cuestión de denominación la eficacia de los acuerdos tomados.**”<sup>7</sup>

---

*obligaciones convertibles en acciones; c) el de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales; d) el de información”.*

<sup>2</sup> Art. 160 LSC: “Es competencia de la junta general 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 (...); 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”

<sup>3</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 784/2010 de 9 de diciembre, FJ sexto (RJ 2011/291).

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Editorial Aranzadi, SA, (Enero de 2013) La organización de la sociedad anónima. *Manuales universitarios. Casos y materiales de Derecho Mercantil*. Recuperado el 28 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidig+ital.es.accedys.udc.es>.

<sup>6</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 1258/2006 de 1 de diciembre, FJ segundo (RJ 2006/8159).

<sup>7</sup> *Ibidem*.

Además, en opinión de F. Rodríguez, esta distinción, eliminada en algunos ordenamientos, no es apropiada. Hace su fundamentación en la crítica doctrinal que denuncia “el carácter equívoco del criterio de distinción” y alega la suficiencia de la obligatoriedad de convocar una junta en los seis primeros meses de cada ejercicio para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 164 LSC. Asimismo, también establece que “en la práctica suele convocarse junta general sin hacer distinción entre ordinaria y extraordinaria”.<sup>8</sup>

**Pero, ¿puede convocarse una junta ordinaria, transcurridos los seis meses establecidos legalmente?** La STS, Sala de lo Civil, núm. 108/2010 de 16 de marzo, FJ tercero (RJ 2010\2397), alegando la jurisprudencia de la Sala declara “la validez de la Junta General Ordinaria celebrada, e incluso convocada, fuera del plazo de los seis primeros meses de cada ejercicio”. Por otro lado, la STS, Sala de lo Civil, núm. 696/2009 de 2 de noviembre, FJ segundo (RJ 2009\5825) señala que en aras de “adoptar un criterio interpretativo y de aplicación de la norma legal con visos de permanencia y debidamente motivado, por exigirlo el principio de seguridad jurídica (...) el legislador ha resuelto la polémica existente adicionando, por la Disposición final primera 2 de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, el apartado 2 del art. 95 LSA, con arreglo al que “la junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo”, norma que no es directamente aplicable al caso, pero que releva a este Tribunal de unificar jurisprudencia dado que, en ningún caso, cabría adoptar un criterio diferente al legal, en virtud del principio de legalidad que vincula a los tribunales”.

Por todo ello, **es indiferente que la junta convocada fuese ordinaria o extraordinaria ya que esta diferente denominación no tendría transcendencia jurídica.**

**Tercero.- La competencia para convocar la junta.** Junto con la junta, los administradores<sup>9</sup>, son otro órgano necesario de la sociedad anónima. Es la junta general la que nombra los nombra (arts. 159 y 214 LSC), así como la que determina su número cuando no estén concretados estatutariamente (art. 211 LSC). Su función es “*la gestión y representación de la sociedad*” (art. 209 LSC).

**“La facultad de convocatoria de la junta general está reservada por la Ley al órgano de administración con carácter exclusivo”. “Los socios por sí, ni siquiera los que representen la mayoría absoluta del capital, no pueden en caso alguno convocar válidamente la junta general de accionistas”<sup>10</sup>.**

Los administradores, deberán convocar la junta general cuando así esté establecido legal o estatutariamente, cuando lo consideren oportuno para los intereses sociales (art. 167 LSC) y cuando lo soliciten uno o varios socios que ostenten, al menos, el cinco por ciento del capital social (art. 168 LSC).

A tenor de lo dispuesto en el artículo 210 LSC, la administración puede consistir en un administrador único; varios que actúen de forma solidaria o de forma conjunta; o un

---

<sup>8</sup> Rodríguez Artigas, F. (2011). La junta general. *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 36/2011 1 parte Estudio. Recuperado el 28 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>

<sup>9</sup> El art. 221.2 LSC señala que “*los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos. Los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima*”.

<sup>10</sup> González R., Menéndez A. y Muñoz JM (Enero 1992). Comentarios al art. 100 LSA: facultad y obligaciones de convocar. *La junta general de accionistas [Artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)*. Recuperado el 29 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>

consejo de administración. Si se opta por la administración conjunta en dos administradores, actuarán mancomunadamente y si son más, constituirán consejo de administración. Acorde al tipo de administración, si nos encontramos ante un “administrador único, la junta deberá ser convocada por dicho administrador. Si son varios los administradores con actuación solidaria, cualquiera de ellos podrá proceder a la convocatoria de la junta. En cambio, si la administración de la sociedad corresponde a dos administradores con actuación conjunta, la convocatoria requerirá un acuerdo previo al respecto por parte de ambos. Por último, la existencia de consejo de administración determinará la necesidad de un acuerdo previo adoptado de forma válida y eficaz por aquél y dirigido a la convocatoria de la junta”<sup>11</sup>.

En relación con lo comentado anteriormente, en el supuesto de hecho podríamos encontrarnos en **diversas situaciones en función de a quién consideremos administrador:**

- ✓ **Junta correctamente convocada:**
  - consejo de administración compuesto por los tres socios. Previa a la convocatoria de la junta, el presidente deberá convocar una reunión con los restantes miembros del consejo de administración en la que se acuerde la convocatoria de la junta.<sup>12</sup> Tras la lectura del supuesto concreto, entendemos que esta es la situación en la que nos encontramos.<sup>13</sup>
  - dos administradores solidarios siempre y cuando uno de ellos fuese un socio o dos administradores mancomunados si los dos son socios
  - un socio administrador único
- ✓ **Junta mal convocada:**
  - Un consejo de administración formado por los socios y por D. Felipe o por los socios y personal externo –en la medida en la que no hubo un acuerdo previo-. ¿Es necesario que forme parte de la administración algún socio? No, de hecho, el artículo 212 LSC establece que no es necesario que el administrador sea un socio –el administrador puede ser una persona física o jurídica-.
  - Dos administradores mancomunados donde uno de ellos o ambos sea D. Felipe o personal externo o dos administradores solidarios siendo los dos personal externo o una persona externa y D. Felipe
  - Un administrador único persona externa o D. Felipe

La STS, Sala de lo Civil, núm. 784/2010 de 9 de diciembre (RJ 2011\291) establece “la irregularidad de la convocatoria realizada por administradores con cargo caducado” y “la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta irregularmente convocada”. “No obstante, como excepción, en aras al principio de conservación de la empresa y estabilidad de la

---

<sup>11</sup> Pérez Moriones, A. (2013). La necesaria constancia de la aceptación unánime de la celebración de la reunión para la válida constitución de junta universal. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2013 parte Estudio. Recuperado el 29 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>

<sup>12</sup> Esta reunión deberá ser convocada por el Presidente de la junta, sin embargo, hay excepciones, como por ejemplo cuando el resto de administradores quieren proponer el cese del presidente.

<sup>13</sup> Es válido que un socio forme parte del consejo de administración pero hay que realizar un matiz respecto al derecho de representación. En el art. 184 LSC se establece que los socios pueden asistir a las juntas generales representados por otras personas. “Dicha representación únicamente puede conferirse en su cualidad de socios, no de administradores que, a su vez, son socios, puesto que la administración no puede ser ejercida por representante”, salvo excepciones. “La asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación”. STS, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2016 (ROJ STS 1665/2016)



sociedad y de los mercados, a fin de evitar la paralización de los órganos sociales, y, a la postre, la incursión en causa de disolución, en los supuestos de acefalía funcional del órgano de administración (...) imponen reconocer a quienes de hecho administran con el cargo caducado facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad "(...). Además, **cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto**". Por lo que, en el caso de que D. Felipe, formara parte del órgano de administración, bien sea en el consejo o bien por la existencia de dos administradores, si el resto del órgano está compuesto por los socios, sólo en este caso, podría convocarse legítimamente la junta.

En el supuesto no se establece nada acerca de los administradores ni tampoco se hace relevancia a si el estatuto de empresa establece algo sobre los mismos. Por ello, **entendemos que los socios componen a su vez el órgano de administración y, por lo tanto están legitimados para convocar la junta. Si los socios no estuvieran legitimados** para ello, por no componer el órgano de administración **la junta sería nula** y podría cualquier persona legitimada incoar un proceso de impugnación de acuerdos sociales –se examinará con mayor profundidad a lo largo del capítulo-.

Si entendiésemos que los socios no eran el órgano de administración, **¿cómo deberían proceder en el caso de querer convocar una junta?** Estos debían acudir a la vía proporcionada por el artículo 168 LSC, que obliga al administrador a convocar la junta general para su celebración "*en los dos meses siguientes*" cuando así "*lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar*". Es decir, hubiese bastado con que un solo socio – ya que el capital social de cada socio asciende a, aproximadamente, el treinta y tres por ciento- solicitase la convocatoria, expresando la necesidad de revisar la situación de la empresa ante la dimisión del director general.<sup>14</sup>

**Cuarto.- Lugar de celebración de la junta.** La regulación del lugar de la celebración de la junta ha ido variando con el transcurso de los años. Así, el Código de Comercio no se pronunciaba en este aspecto, pudiendo celebrarse la junta "en un lugar alejado del domicilio".<sup>15</sup>

En la actualidad, el artículo 175 LSC establece que "*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*".

La redacción final de este artículo tiene su precedente en el artículo 47 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Con esta modificación, se permite que los socios determinen en los estatutos "el término municipal donde hayan de celebrarse las juntas generales".<sup>16</sup> Si bien es cierto que, la nueva redacción produce cierta inseguridad jurídica a los socios ya que "puede dar lugar a abusos de la mayoría".<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Además, en determinadas ocasiones, puede el Secretario judicial o el Registrador mercantil de A Coruña –por ser el del domicilio social-, realizar la convocatoria. Ello tendrá lugar cuando, la junta no fuese convocada en los plazos legales o fijados estatutariamente, a solicitud de cualquier socio. Lo mismo sucederá cuando los administradores no convoquen la junta cuando así fuese solicitado por una minoría de socios (art. 169 LSC). Por eso, en el caso de que el legitimado para convocar no atendiese a la solicitud de los socios, estos podrían haber acudido a esta vía para obligar al legitimado a que la convocara

<sup>15</sup> Resolución de la DGRN, núm. 727 de 2013, de 19 de diciembre de 2013 (RJ 2013/1155).

<sup>16</sup> *Ibidem*

<sup>17</sup> Rodríguez Artigas, F. (2011). La junta general. Óp. cit.

El inciso, del artículo 175 LSC, “*salvo disposición contraria de los estatutos*” ha tenido diversas interpretaciones<sup>18</sup>:

- ✓ Una parte de la doctrina entiende que permite a la sociedad fijar estatutariamente cualquier lugar para la celebración de la junta, tanto en España como en el extranjero, pudiendo los administradores establecer el mismo en la convocatoria de la junta. Ante un posible abuso por parte de los administradores, acudiríamos al artículo 7.2 CC<sup>19</sup>. Otros autores, consideran que el problema que suscita esta teoría es la posibilidad de que los administradores intenten obstaculizar los derechos de los socios mediante “la elección de lugares de difícil acceso para los mismos”: Por ello, consideran que es preciso que “los socios tengan cierta previsibilidad del lugar”, lo que nos conduce a la segunda de las interpretaciones.
- ✓ El lugar de la celebración de la junta no puede quedar al arbitrio de los administradores, los cuales deben atenerse a los municipios o localidades que determinen los estatutos. Si estatutariamente no se estableciese, debería de atenderse al lugar del domicilio social. Sánchez Calero ha señalado que “la facilidad de las comunicaciones y la dispersión del accionariado (...) aconsejan en ocasiones no seguir el criterio de la localidad del domicilio social si se quiere proteger la finalidad esencial que debe guiar esa norma, que no es otra que facilitar a los accionistas su asistencia a la sesión de la junta general”.<sup>20</sup> Por su parte, la Resolución de la DGRN núm. 4443/2014 de 19 de marzo (RJ 2014\2063), establece que **“los estatutos pueden prever que la convocatoria se realice en el ámbito geográfico de un término municipal distinto a aquel donde está situado el domicilio social”**, siempre que el derecho de asistencia y voto de los socios no quede al absoluto arbitrio del órgano de administración. Continúa señalando que, en todo caso, **“no puede ampararse una previsión estatutaria que permita que las juntas sean convocadas para llevarse a cabo en lugares completamente desconectados del centro de imputación de las relaciones de los socios con la sociedad o en términos tales que hagan imposible o muy dificultoso el ejercicio de los derechos de asistencia y voto”**<sup>21</sup>. En esta Resolución se determinó válido que los estatutos hayan establecido la posibilidad de celebración de las juntas en la ciudad de Palma de Mallorca, estando el domicilio de la sociedad en Santanyí.
- ✓ La más restrictiva de las interpretaciones señala que “el ámbito territorial máximo en el que se podría celebrar la junta general sería el municipio donde se encuentre el domicilio social”. “Los estatutos sólo podrían reducir dicho ámbito, pero nunca aumentarlo”. “La convocatoria de la junta solo podría fijar un lugar de reunión que se circunscribiera al territorio (situado dentro del término municipal donde se encuentre el domicilio social) que hubieran fijado los estatutos a tal efecto”<sup>22</sup>. La Resolución de la DGRN núm. 11857/203 de 14 de octubre (RJ 2013 \7710)

---

<sup>18</sup> Muñoz Palma, C. (2015). El lugar de celebración de la junta general. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2015 parte comentario. Recuperado el 29 de mayo de 2016 <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>

<sup>19</sup> Art. 7.2 CC: “*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”.

<sup>20</sup> Rodríguez Artigas, F. (2011). La junta general. Óp. cit.

<sup>21</sup> A su vez, esta Resolución hace referencia a otras Resoluciones de la DGRN como la de 11 de octubre de 1993 y 16 de septiembre de 2011.

<sup>22</sup> Muñoz Palma, C. (2015). El lugar de celebración de la junta general. Óp. Cit.

en su FJ segundo señala que “se trata de un precepto de “ius cogens” **cuyo incumplimiento determina la nulidad de la convocatoria** y por ende de la junta que en su caso se haya celebrado”. “Los administradores convocantes pueden fijar otro lugar pero con la limitación recogida en el artículo que lo circunscribe al ámbito del término municipal del domicilio”. Se excepcionan de esta rigurosa interpretación la junta universal y los casos de fuerza mayor.

A pesar de que en los estatutos se previese que la junta podría celebrarse en la ciudad de Pontevedra, decantándonos por la segunda de las interpretaciones, esto no sería lícito. Podrían prever, y así utilizar los legitimados para convocar la junta, otro término municipal de A Coruña, por ejemplo Culleredo pero, la ciudad de Pontevedra –a falta de otros datos del caso concreto que puedan señalar lo contrario- es un lugar completamente desconectado del centro de imputación de las relaciones de los socios con la sociedad y por lo tanto, es nula la convocatoria y, por ende, la junta que se hubiese celebrado. Consecuentemente, cualquiera de los administradores, tercero que acredite un interés legítimo o socio podrá proceder a la impugnación de los acuerdos sociales acordados en la junta siempre que, en el momento de la junta, hubiese hecho constar su desacuerdo.

### **¿A qué otra vía podía haber acudido la empresa para la celebración de la junta?**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 178 LSC, la sociedad, en el caso de estar “*presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión*” podría haber celebrado una **junta universal**. Ésta quedaría “*válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria*” y, lo que es más importante, “*podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero*”.

Este tipo de junta supone una excepción a la obligatoriedad de los requisitos establecidos en la LSC, en concreto, a la convocatoria que se realiza con anterioridad a la celebración de la junta general. Sin embargo, normalmente “las juntas universales suelen ir precedidas de una convocatoria o aviso informal, ya que resulta improbable una reunión espontánea de todos los socios”.<sup>23</sup>

Si se cumplen los requisitos establecidos en el precepto legal, se cumpliría la exigencia de conocimiento por parte de todos los socios de la celebración de la junta y de los asuntos a tratar.<sup>24</sup>

Tres son las principales ventajas de la junta universal: no es necesario respetar el plazo previo de convocatoria exigido legalmente; supone un importante ahorro en costes ya que en aquellas empresas que, o bien porque no tienen creada página web o la misma no cumple los requisitos legalmente establecidos o bien, porque estatutariamente no se ha dispuesto otra cosa, deja de ser necesario publicar el anuncio de la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación del municipio; pero, atendiendo al caso concreto, la principal ventaja que concede es la posibilidad de realizar la reunión en cualquier lugar.<sup>25</sup>

Como curiosidad, señalar que, más del noventa por ciento de los acuerdos inscritos en el Registro Mercantil Central son acordados en juntas universales.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Pérez Moriones, A. (2013). La necesaria constancia de la aceptación unánime de la celebración de la reunión para la válida constitución de junta universal. Óp. cit.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

Por otro lado, la DGRN en la Resolución de 4 de mayo de 1981 (RJ 1981/2183) señala que la junta universal es “especialmente útil en los supuestos de Sociedades familiares o de pocos socios, en las que todos sus miembros se conocen y en donde el “*intuitu personae*” desempeña, pese a la forma social adoptada, un carácter primordial, y de ahí que encontrándose todos los socios presentes puedan proceder, si así lo deciden, a celebrar la correspondiente Junta con la consiguiente adopción de acuerdos”.

La empresa “Zumos Irenata S.A.” cuenta con un accionariado dividido en tres socios. Por lo tanto, nos encontramos en una sociedad de pocos socios donde se puede intuir que todos se conocen. A la empresa le hubiera interesado convocar este tipo de junta, puesto que, al margen del ahorro en costes, podría haber celebrado válidamente la junta en Pontevedra y no habría debates en torno a la legitimidad de su convocatoria.

Pero, no siempre que los tres socios o sus representantes coincidan en un mismo espacio geográfico y temporal debemos entender que se trate de una reunión en junta universal, puesto que, para ello, sería necesario que los legitimados, unánimemente, **manifiesten dicha voluntad** – no debe realizarse necesariamente de forma expresa, sino que también puede deducirse de otras circunstancias del caso, como por ejemplo, cuando el socio adquiere una actitud activa- .<sup>27</sup>Y, en los hechos que analizamos, nada se nos indica sobre esta manifestación de voluntad, pero, entendemos que estarían dispuestos a manifestarla en la medida en la que suponemos que están interesados en su celebración ya que intentaron la convocatoria de una junta ordinaria.

¿Qué sucedería si “Zumos Irenata S.A.” hubiese denominado la junta como universal por error? Aunque las actas “erróneamente mencionen el carácter universal no debe verse como otra cosa que una irregularidad formal”<sup>28</sup>.

### ¿Podría atribuirse a la Junta General el carácter de Universal?

“Una junta de socios deficientemente convocada puede resultar válida si está presente todo el capital social y los socios acuerdan su celebración como junta universal, sanándose así el defecto de la convocatoria”.<sup>29</sup> Sin embargo, para la resolución del caso concreto, es clave la STS, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2016 (ROJ STS 1665/2016) de la cual vamos a extraer tres ideas fundamentales:

- ✓ La declaración de una junta como universal “no depende de la voluntad de los interesados, sino que es una calificación jurídica que debe realizar el tribunal puesto que por más que se afirme por las partes que una junta general de una sociedad mercantil es universal, no lo será si no reúne los requisitos legales para ello. Y esto es lo que sucede en este caso”. “Basta con leer el acta notarial de la junta general y sus anexos para comprobar que la junta no fue universal” ya que en dicho documento se hizo constar el cumplimiento de los requisitos de una junta general. Continúa señalando que esto “denota claramente que **se trataba de una junta prevista y previamente convocada y no una junta espontánea y no convocada**, como es la universal”. En el caso nada se nos señala sobre lo que se estableció en el acta notarial pero, se nos indica que se procedió a la convocatoria de una junta general ordinaria y, por lo tanto, entendemos que, en el acta se señalaría el cumplimiento de los requisitos de la junta ordinaria.

---

<sup>27</sup> Pérez Moriones, A. (2013). La necesaria constancia de la aceptación unánime de la celebración de la reunión para la válida constitución de junta universal. Óp. Cit.

<sup>28</sup> SAP de Pontevedra núm.292/2013 de 3 de julio, FJ tercero (JUR 2013\254954).

<sup>29</sup> *Ibidem*.

- ✓ “La particularidad de la junta universal radica en que los socios deben tomar, de manera colectiva y antes de la constitución del órgano, un acuerdo en el que se recoja la decisión unánime de constituirse en junta general (universal), y todo ello sin existir aún el órgano "junta" como tal, puesto que precisamente la decisión que pretenden tomar es la que propiciará su válida constitución”.
- ✓ Además, para la junta universal no existe “un orden del día publicado previamente, pues se han obviado los procedimientos generales de convocatoria, que incluyen la redacción y publicación de un orden del día”. Entendemos que, en el caso concreto, el orden del día centrado exclusivamente en la dimisión del director general, sus consecuencias y decisiones a adoptar, había sido publicado previamente.

Por todo lo expuesto anteriormente, lo más propicio para la empresa hubiese sido la celebración de una junta universal y más encontrándonos en una empresa con un capital social bastante concentrado – con tan solo tres socios-. Sin embargo, los socios realizaron una junta ordinaria que, en el caso de devenir nula, no pueden subsanarse los defectos convirtiéndola en una junta universal.

**Quinto.- Cuestiones procesales.** El artículo 206 LSC realiza una enumeración *numerus clausus* relativa a la impugnación de acuerdos sociales. La impugnación de los acuerdos sociales “es el mecanismo previsto en nuestro ordenamiento jurídico para delimitar el ámbito de la soberanía de la junta general de socios –y del resto de órganos colegiados-”<sup>30</sup>. El mencionado artículo establece que “*son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”. ¿Cuál es el plazo de caducidad de dicha acción? El artículo 205 LSC establece que dicha acción “*caducará en el plazo de un año*”, “*desde la fecha de su adopción (...) y desde la fecha de recepción de la copia del acta*” o “*desde la fecha de oponibilidad de la inscripción*”. Sin embargo, si los acuerdos son contrarios al orden público, dicha acción “*no caducará ni prescribirá*”.

¿Quién está legitimado para ejercer la acción? Atendiendo al artículo 206 LSC, “*están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios*”<sup>31</sup>. *Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad*”. Asimismo, es muy importante señalar que “*no podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho*”. Es decir, **es preciso que en el momento de la junta, el interesado hubiese hecho constar su desacuerdo.**

Por su parte, el artículo 207 LSC establece que “*para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario*”.<sup>32</sup> Si se trata de una causa subsanable, el juez “*otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada*”. Por otro lado, será competente el Juzgado del lugar del domicilio de la empresa, es decir, el Juzgado de Primera Instancia de A Coruña (art. 51 LEC)<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Muñoz Palma C. y Tortuero Ortiz J. (2013). Algunas cuestiones prácticas sobre la impugnación de acuerdos sociales. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2013 parte Estudio. Recuperado el 2 de junio de 2016 en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>

<sup>31</sup> Se requieren ciertos requisitos para que los socios estén legitimados pero este tema no se abordará por falta de importancia para el análisis del caso concreto.

<sup>32</sup> Lo mismo establece el artículo 249.1.3º LEC.

<sup>33</sup> También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al

Atendiendo al artículo 208 LSC, la sentencia firme deberá inscribirse en el Registro Mercantil y, en el caso de que el acuerdo estuviera inscrito, determinará la cancelación del mismo.

## B. Propiedad industrial

### I. SUPUESTO DE HECHO

**Primero.-** 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.

**Segundo.-** 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.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- Aplicación de la Ley de Marcas versus Ley de Competencia Desleal.** En ocasiones, en los litigios se acumulan acciones basadas en la Ley de Marcas (a continuación LM) y en la Ley de Competencia Desleal (a continuación LCD). En primer lugar, debemos señalar que el objetivo perseguido por ambas marcas es distinto<sup>34</sup>. Así, la LM tiene como finalidad proteger “un derecho subjetivo sobre un bien inmaterial de naturaleza real, aunque especial, eficaz erga omnes y concedido por su registro”. La protección ofrecida por esta ley se centra en el titular de la marca<sup>35</sup>. Sin embargo, la LCD no tiene como fin proteger al titular de la marca sino que pretende “ser un instrumento de ordenación de conductas en el mercado” (Preámbulo III) siendo los destinatarios de su protección todos los que participan en el mercado, incluso los consumidores y el mercado mismo (art. 1 LCD).<sup>36</sup>

La SAP de Barcelona de 4 de junio de 1998, FJ segundo, (AC 1998\1182) desarrolló la tesis de la primacía de las leyes de tutela de la Propiedad Industrial sobre la LCD, atribuyéndole a esta última un carácter meramente complementario. Posteriormente, el TS se acogió a esta tesis la cual establece que “la Ley de Competencia Desleal, no duplica la protección jurídica que otorga la 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 y menor sustituirla funcionando ante la

---

*público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.* La LEC señala esta otra alternativa. Si entendemos que la empresa tiene en Pontevedra establecimiento o representante, también sería competente el Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra. Sin embargo, hemos optado a lo largo de todo el documento, para la simplificación del análisis, entender que la empresa está exclusivamente establecida en A Coruña.

<sup>34</sup> SAP de Barcelona de 28 de junio de 2002 (JUR 2004\14073).

<sup>35</sup> SAP de Barcelona, de 4 de junio de 1998 (AC 1998\1182)

<sup>36</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 72/2010 de 4 de marzo, FJ noveno (RJ 2010/1454) y SAP de Barcelona de 28 de junio de 2002 (JUR 2004\14073).

inexistencia de unos derechos de exclusión (“en lugar de”) o bien más allá de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusión”.

“Entre las dos leyes existe una recíproca tensión, dado que, por un lado, la utilización de un signo constituye una actuación en el mercado y tiene un fin concurrencial y, por otro lado, el riesgo de confusión del consumidor -cuya protección no está ausente en la Ley de Marcas- constituye, a la vez, el núcleo de la infracción del derecho sobre la marca y de algunos ilícitos concurrenciales”. “Si la protección de los derechos exclusivos de propiedad industrial y la protección del mercado y de todos los que participan en él frente a la competencia desleal forman (...) dos círculos concéntricos (...) es a la LM a la que corresponde evidentemente determinar el régimen jurídico de los signos registrados.” Según la Audiencia, “la LM es, al fin, la Ley especial en esa materia y la que regula la misma a la luz de dos principios esenciales: el de la necesidad de registro (...) y el de la especialidad”.<sup>37</sup>

Por otro lado, en el Auto de la AP de Barcelona núm. 262/2001 de 21 de noviembre (AC 2004\287), “el demandante había invocado la LM y la LCD de manera indiscriminada”. En su FJ octavo, el auto establece que **“no es la voluntad de las partes litigantes, sino la materia objeto del conflicto, lo que ha de determinar la aplicación de una u otra norma. Si la Ley que establece el régimen jurídico de los signos es la de marcas, es ella la que deberá ser aplicada cuando los titulares del derecho subjetivo sobre las mismas reclamen la tutela judicial como tales.** Incluso, así habrá de ser con carácter exclusivo, pues es a ella, no a la LCD, a la que corresponde determinar cuándo y cómo la marca, el nombre comercial y el rótulo merecen ser protegidos. En consecuencia, el que el titular de un signo invoque, al buscar su protección, a la vez la LM y la LCD, no habrá de impedir dar al conflicto el tratamiento que corresponda según la primera. Y si solo invocara la segunda, tampoco debe haber inconveniente, en tanto no sufra la congruencia por alteración de la causa petendi, en aplicar la de Marcas, según la regla *iura novit curia*”. “En definitiva, la invocación de la LCD cuando lo que se persigue es exclusivamente proteger una marca, y a pesar de que el comportamiento ciertamente tuviera encaje en uno de los tipos de la LCD, “resulta estéril”<sup>38</sup>

En conclusión, este auto prioriza la aplicación de la LM pero “no cierra del todo la puerta a la aplicación complementaria de la LCD en ciertas ocasiones”. Y estas ocasiones se producen cuando la LM “deja flancos sin protección que son verdaderamente importantes para un orden concurrencial transparente y para mantener unas ofertas claras en el mercado” que quedan al amparo de la LCD. El TS ha señalado que la LCD se aplica cuando no existan “derechos de exclusiva o más allá de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusiva”<sup>39</sup>

**Segundo.- La marca.** El artículo 4 de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de Marcas establece que la marca es *“todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de las otras”*. En concreto, podrán ser: *“las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirvan para identificar a las personas; las imágenes, figuras, símbolos y dibujos; las letras, las cifras y sus combinaciones; las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación; los sonoros;*

---

<sup>37</sup> García Pérez, R. (2012). Nuevas relaciones entre la Ley de Marca y la Ley de Competencia Desleal. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2012. Recuperado el 10 de junio de 2016 <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/>

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> En el caso concreto, si erróneamente el actor invocara la aplicación de la LCD, debería de hacerlo por la vía de los artículos 6 y 12.

*cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores*". Es la Propiedad Industrial la que otorga este derecho exclusivo sobre determinadas creaciones inmateriales.

La garantía de la marca, "radica en que los productos o servicios designados por ella han sido fabricados o prestados por una empresa, que se hace responsable de su calidad. Su esencia es la función diferenciadora, que identifica el producto o servicio de una empresa y sus cualidades; la constituyen **los signos de representación gráfica** susceptibles de cumplir aquella función; su aspecto fundamental es evitar el riesgo de confusión, ya que es esencial en la marca su finalidad de distinguir productos y servicios en el mercado, de forma que el consumidor medio no los confunda con otros y los asocie inequívocamente a un determinado origen empresarial".<sup>40</sup> Es decir, la función esencial de la marca es garantizar al consumidor último el origen del producto o servicio designado por la marca, marca que "debe constituir la garantía de que todos los productos o servicios designados con ella han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad"<sup>41</sup>. Sólo de este modo la marca permitirá que el consumidor que adquiere el producto o el servicio que la marca designa efectúe, al realizar una adquisición posterior, la misma elección si la experiencia resulta positiva o una elección distinta en el caso de que fuera negativa.

En el caso concreto, se nos indica que la empresa "Zumos Irenata S.A." tiene inscrita la forma tridimensional del producto. Pero, **¿cuál es el concepto legal sobre lo que se denomina marca tridimensional?** Ya en 1929 el Estatuto de la Propiedad Industrial admitió que una marca pudiese consistir en una representación tridimensional. Posteriormente, se consolidó en la LM de 1998 y en la LM actual que dispone que entre los signos susceptibles de constituir una marca se encuentran "*las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación*". "Por ello, una marca tridimensional consiste en un signo que tiene un volumen". En el caso concreto, lo registrado en la hoja de inscripción de la marca no es solo la Torre de Hércules sino el objeto en sí, el envase con sus colores y su relieve<sup>42</sup>. **El análisis marcario no debe realizarse considerando el envase tridimensional como un elemento desnudo o aislado sino como un signo identificador con el conjunto de otros elementos.** La STS, Sala de lo Civil, núm. 392/2005 de 17 de mayo (RJ 2005\4004) FJ tercero señala que "no se trata, pues de resolver acerca de si la referida botella (no registrada como elemento aislado) puede o no ser utilizada en el mercado para envasar otros productos que no sean cava o vinos espumosos (en el caso concreto zumos), o incluso éstos, rompiendo la unidad identificadora de la marca, sino de decidir sobre si la firma demandada, competidora de la actora en el mercado por la similitud de sus productos, puede, fuera del registro del envase que se singulariza con el registro marcario, utilizarlo, también, sin violación del derecho exclusivo a su uso por la titular de la marca". Además, en el FJ cuarto, señala que "no puede ignorarse que la marca puede ser mixta o compuesta, mediante la articulación de una "combinación" de los "signos" o "medios"".

---

<sup>40</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 620/2003 de 19 de junio, FJ primero (RJ 2003\4246).

<sup>41</sup> STJCE, Pleno, de 29 de septiembre de 1998 (TJCE 1998\220)

<sup>42</sup> STS, Sala de lo Civil, núm. 1028/2008 de 22 de noviembre (RJ 2009/413), que entiende que el bolígrafo comercializado bajo la marca BIC es una marca tridimensional registrada del propio objeto en sí y no como la sentencia recurrida que limitaba la protección a la ubicación de la palabra BIC con su dibujo y forma dentro de un bolígrafo, pero no el envase en sí, siendo lo protegido la marca y no el conjunto del bolígrafo.



Además, el registro de la marca otorga a su titular una serie de derechos. En este sentido, el artículo 34 LM<sup>43</sup> establece los derechos conferidos al titular de la marca. Así, en su apartado primero, establece que “*el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico*”. Este artículo tan sólo señala una de las notas características de los derechos de propiedad industrial, la exclusividad del derecho subjetivo legalmente atribuido al titular.

Del mencionado artículo, podemos extraer que es un aspecto fundamental de la marca que no cree confusión, ya que la finalidad de la misma es distinguir productos y servicios en el mercado, de forma que el consumidor medio no los confunda con otros y las asocie inequívocamente a un determinado origen empresarial. Pero, además de atender al consumidor, el riesgo de confusión, visto desde el punto de vista del titular de la marca, trata de impedir el riesgo de confusión en perjuicio de dicho titular. El riesgo de confusión se produce cuando “el público puede creer que los productos o servicios proceden de la misma empresa o de empresas vinculadas económicamente”<sup>44</sup>. A continuación, abordaremos este tema en mayor profundidad.

**Tercero. Inscripción de la marca.** El registro de la marca no es obligatorio, sin embargo, es aconsejable ya que sólo así nacerá el derecho de exclusiva sobre los mismos. La LM, regula en su título II una serie de prohibiciones o motivos de denegación de marcas (artículo 5 a 10 LM)<sup>45</sup>. La ley prevé prohibiciones tanto de carácter absoluto como relativo respecto a la posibilidad de inscribir marcas. Las prohibiciones absolutas “impiden la protección de signos que, en atención a su naturaleza y propiedad intrínsecas, carecen de carácter lícito en cuanto que no sirven a la finalidad que les habría de ser propia”. En este caso no es necesario ningún tipo de comparación con registros derechos anteriores ya que se derivan directamente de la ley. Sin embargo, las prohibiciones relativas tienen por objeto evitar el registro de signos incompatibles con derechos anteriores vigentes. Esto es, con carácter general puede sostenerse que así como las prohibiciones absolutas encuentran su fundamento en la tutela de intereses de carácter general, las prohibiciones relativas responden a la necesidad de proteger, básicamente, los intereses privados de los titulares de signos que están en disposición de entrar en conflicto con la marca que irrumpe posteriormente al registro y al tráfico económico”<sup>46</sup>. Es decir, no puedo inscribir cualquier tipo de marca.

## **1. Prohibiciones absolutas**

---

<sup>43</sup> Art. 34.2 LM: “*El titular de la marca registrada podrá prohibir que los 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*”.

<sup>44</sup> Muñoz, J. (2010). El riesgo de confusión en el derecho de marcas. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 29/2010 2 parte *Justicia Deportiva*. Recuperado el 4 de junio de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>

<sup>45</sup> En esta línea también los arts. 7 y 8 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo de 26 de febrero sobre la marca comunitaria

<sup>46</sup> SJM, núm. 1 de Valencia, de 6 de marzo de 2015 (AS 2015/1751)

### i. “Zumos Irenata S.A.”

Entendemos que “Zumos Irenata S.A” inscribió su marca en 1930 pero, en la actualidad, carece de interés el procedimiento y requisitos que tuvo que cumplimentar en dicha época. Por ello, analizaremos que sucedería si, a día de hoy, dicha empresa quisiese proceder a **inscribir la Torre de Hércules** como parte de su marca. Para ello, vamos a analizar las prohibiciones absolutas recogidas en el artículo 5.1 de la LM en sus apartados c) g) e i) – por considerar que son las que más relevancia tienen en el caso concreto- y aplicar, de forma análoga al caso, lo dispuesto en la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1088/2013 de 11 de septiembre, FJ segundo y tercero, (JUR 2013\311936).

El artículo 5.1. c), señala que no podrán registrarse como marca “*los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar (...) la procedencia geográfica*”. Esta prohibición no concurre pues la marca no se compone exclusivamente de la Torre de Hércules, que indicaría la denominación geográfica de A Coruña, sino que se adhieren a la Torre de Hércules el denominativo “Zumos Irenata” y el colorido característico del envase.<sup>47</sup>

Además, no se vulnera la prohibición establecida en el artículo 5.1.g de la Ley de Marcas. Este artículo, prohíbe el registro como marca de los signos que puedan inducir al público a error, por ejemplo sobre la naturaleza o **procedencia geográfica** del producto o servicio. Dicho artículo “será aplicable si la posibilidad de error que se traslada al consumidor resulta objetivamente de una discordancia entre lo que indica o sugiere el distintivo y las características de los productos a los que pretende aplicarse”. La Torre de Hércules induce al público a entender que la procedencia del producto es A Coruña, tal y como sucede en la realidad.

Por último, el apartado i) establece que no se pueden registrar como marca “*los que reproduzcan o imiten el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de España, sus Comunidades Autónomas, sus municipios, provincias u otras entidades locales, a menos que medie la debida autorización.*” En el escudo de A Coruña aparece representada la Torre de Hércules. Por ello, a no ser que “Zumos Irenata S.A.” contase con la oportuna autorización no podía haber registrado la marca mixta mencionada, por incurrir en dicha causa de nulidad absoluta. En este sentido, podemos observar como otras empresas han inscrito y, por lo tanto, entendemos que han sido concesionarias de la correspondiente autorización, su marca compuesta por un denominativo con gráfico, siendo ese gráfico la Torre de Hércules. Es el caso por ejemplo de “Pedras de Hércules bombón artesán” o de “Mudanzas Hércules”. Por ello, presuponemos que si a otras entidades se les concedió la autorización, lo mismo sucedería con “Zumos Irenata S.A.”. Sin embargo, debemos señalar que la concesión de la autorización no excluye la existencia de otras prohibiciones de registro.

### ii. “Zumfruit S.A.”

La empresa “Zumfruit S.A.” se enfrenta a las mismas prohibiciones absolutas arriba mencionadas. En relación al artículo 5.1. c), la marca no se compone exclusivamente de la Torre de Hércules, indicativa de la denominación geográfica de A Coruña, sino que se adhieren a la Torre el denominativo “Zumos Irenata” y el colorido característico del

---

<sup>47</sup> La mencionada sentencia entiende que “no concurre la prohibición (...) pues la marca no se compone exclusivamente de la denominación geográfica Madrid sino que une a la denominación de la capital otra palabra, Cool”.

envase.

Asimismo, en relación al apartado g), “Zumfruit S.A.” incurriría en dicha prohibición si la procedencia del producto fuese distinta de A Coruña. Pero, en el caso concreto, nada se nos indica sobre la procedencia de dicha empresa.

Por último, por lo que respecta al apartado i) es preciso que dicha empresa solicite la autorización correspondiente.

## **2. Prohibiciones relativas**

“Para poder ser registrado, el signo elegido debe estar disponible”, excluyéndose así los “signos que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con otro signo previamente solicitado o registrado para productos, servicios o actividades idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado (art. 6 LM). Es interesante señalar que la capacidad diferenciadora del signo, a priori, queda ceñida a determinadas categorías de productos o servicios. “Es decir, un signo puede estar registrado dentro de un mismo territorio como marca por titulares distintos para categorías diversas de productos”.<sup>48</sup>

Las prohibiciones relativas vienen reguladas en el artículo 6 LM. En este artículo encontramos dos tipos de prohibición:

### **i. No pueden registrarse como marcas los signos “*que sean idénticos a una marca anterior*”<sup>49</sup> que designe productos o servicios idénticos”.**

En este caso no se requiere la concurrencia del riesgo de confusión. En este sentido, la STJCE de 20 de marzo de 2003 (asunto C.291/00) estableció que un signo es idéntico a la marca cuando reproduce, sin modificaciones ni adiciones, todos los elementos que constituyen la marca o cuando, considerado en su conjunto, contiene diferencias tan insignificantes que pueden pasar desapercibidas a los ojos de un consumidor medio”. Respecto al posible conflicto entre “Zumos Irenata” y “Zumfruit” entendemos que los signos no son iguales ya que al menos, en torno al elemento denominativo difieren por lo que las diferencias son relevantes para el consumidor medio.<sup>50</sup>

### **ii. No pueden registrarse como marcas los signos “*que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que***

---

<sup>48</sup> De Miguel Asensio P.A (Enero de 2015). Derechos de Propiedad industrial. Op.Cit.

<sup>49</sup> Art. 6.2 LM: Por marcas anteriores se entenderá: a) Las marcas registradas cuya solicitud de registro tenga una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud objeto de examen, y que pertenezcan a las siguientes categorías: i) marcas españolas; ii) marcas que hayan sido objeto de un registro internacional que surta efectos en España; iii) marcas comunitarias; b) Las marcas comunitarias registradas que (...), reivindiquen válidamente la antigüedad de una de las marcas mencionadas anteriormente, aun cuando esta última marca haya sido objeto de renuncia o se haya extinguido; c) las solicitudes de marca a las que hacen referencia las letras a) y b), si son finalmente registradas; d) las marcas no registradas que (...) sean «notoriamente conocidas» en España (...).

<sup>50</sup> ¿Podría “Zumos Irenata S.A.” inscribir el denominativo “Irenata”? Acudimos a la página web de la OEPM y no obtenemos ningún resultado en la búsqueda de la denominación “Irenata” ni en marcas nacionales, ni internacionales ni de la UE con efectos en España con esta misma denominación. ¿Qué sucede con la Torre de Hércules? Hay otras empresas que la emplean como parte de su marca sin embargo, ofrecen otro tipo de servicios o productos. Por todo ello, y atendiendo a la información a la que tenemos acceso, a priori, la empresa no incurriría en esta prohibición. ¿Qué sucedería con “Zumfruit”? En este caso hay una empresa que tiene inscrito el mismo denominativo para la clase 30, 32 y 33, entre las cuales se encuentra la clase en la que se debería inscribir la actora. Sin embargo, la marca de la actora no se limita al denominativo “Zumfruit” sino que va acompañada de una forma tridimensional, unos colores y un elemento gráfico por lo que consideramos que no se encuadra en este apartado.

*designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior”.*<sup>51</sup>

Vamos a centrarnos en el posible conflicto entre la marca inscrita por “Zumos Irenata S.A.” y la pretendida inscripción por “Zumfruit S.A.”. Superada la doble identidad entre los signos del anterior apartado, para analizar si nos encontramos en este segundo apartado es preciso examinar la **existencia o no de un riesgo de confusión el cual depende de una apreciación global consistente en analizar varios factores interdependientes**,<sup>52</sup> a saber:

### **I. Semejanza entre signos**

Para analizar dicha semejanza, se debe comparar globalmente las similitudes visuales, gráficas, fonéticas o conceptuales de las marcas enfrentadas. El grado de similitud fonético no se reduce exclusivamente a la denominación sino que también hay que valorar que el elemento gráfico puede provocar una identificación verbal evidente e idéntica o similar a la denominación que compone la otra marca.<sup>53</sup> “Respecto a la semejanza conceptual pueden darse tres supuestos: de carácter denominativo –cuando se refieren al mismo concepto-; de carácter gráfico – cuando se representan por medio de figuras o dibujos el mismo concepto-; de carácter mixto -una de las marcas alude denominativamente al mismo concepto que representa la otra de forma gráfica.”<sup>54</sup>

En el caso de ambas marcas, entendemos que nos encontramos ante marcas mixtas o combinadas que son aquellas que están compuestas por una denominación –Zumos Irenata y Zumfruit respectivamente- y por un elemento figurativo o gráfico –aunque también están los colores nos centraremos principalmente en la Torre de Hércules-. Para analizar ambas marcas debemos observar cuál es el elemento dominante.

Se suele considerar que el elemento dominante de una marca mixta es el componente denominativo<sup>55</sup> de la misma pero, ello no tiene porqué ser siempre así. Así por ejemplo, será dominante el elemento gráfico cuando sea notorio o de acusada originalidad. La jurisprudencia ha señalado que, **“sólo puede considerarse similar a otra marca compuesta, si éste constituye el elemento dominante en la impresión de conjunto producida por la marca compuesta.** Tal es el caso cuando este componente puede dominar por sí solo la imagen de esta marca que el público guarda en la memoria, de modo que el resto de los componentes de la marca son insignificantes dentro de la impresión de conjunto producida por ésta. Este enfoque no implica tomar en consideración únicamente un componente de una marca compuesta y compararlo con otra marca. Al contrario, tal comparación debe llevarse a cabo examinando las marcas consideradas cada una en su conjunto. No obstante, ello no excluye que la impresión de conjunto producida en la memoria del público destinatario por una marca compuesta

---

<sup>51</sup> En el anterior pie de página analizábamos la posible colisión en torno al denominativo “Zumfruit” como parte de la marca a inscribir. En cualquier caso, esta colisión de derechos se encontraría protegida por el artículo 6.1 b) LM. Señalar que, hay varios registros del denominativo “renata”. Algunas están relacionada con productos completamente distintos, por lo que, en todo caso, se podría intentar acudir a la vía proporcionada para las marcas notorias y renombradas. Pero, además, hay otra inscripción que conllevaría a mayores conflictos ya que está inscrita para la clase 33 (bebidas alcohólicas).

<sup>52</sup> SAP de Barcelona, núm. 5/2016 de 12 de enero, apartado 22 (AC 2016\261).

<sup>53</sup> OEPM. Prohibiciones relativas. Recuperado el 11 de mayo de 2016 de <http://www.oepm.es/>

<sup>54</sup> SJM núm. 1 de Valencia, de 6 de marzo de 2015, FJ quinto (AC 2015\1751)

<sup>55</sup> La regla general del denominativo como elemento dominante se debe a que normalmente, los consumidores señalan los productos por su denominación y no gráficamente, centrandó su atención en el primero –porque la palabra es generalmente el modo más simple de designar un producto- y considerando al elemento gráfico como un elemento decorativo o incluso ornamental.

pueda, en determinadas circunstancias, estar dominada por varios de sus componentes”<sup>56</sup>. Entendemos que el elemento dominante en el caso concreto es la Torre de Hércules.

## II. Similitud de los productos o servicios

Para que se dé el riesgo de confusión que verifica que el titular puede ejercer su derecho de *ius prohibendi* regulado en el artículo 6 no es suficiente con la similitud de las marcas sino que también es preciso que el producto o servicios que realicen las empresas sea idéntico o similar –cuestión distinta es el de las marcas notorias-. Para analizar dicha similitud “procede tener en cuenta todos los factores pertinentes que caracterizan la relación entre los productos o servicios. Estos factores incluyen, en particular, su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario.”<sup>57</sup>

En el supuesto concreto, nos encontramos que según la Clasificación de Niza, ambas deberían inscribir su producto en la clase<sup>58</sup> 32 “cervezas; aguas minerales y otras bebidas sin alcohol; bebidas a base de frutas y **zumos de frutas**; siropes y otras preparaciones para elaborar bebidas”. Sin embargo, la coincidencia en una clase no determina necesariamente la similitud de los productos y viceversa pero, igualmente es hecho a tener en cuenta. Asimismo, entendemos que la finalidad de los productos en ambos casos es la misma ya que sirven para satisfacer las mismas necesidades, siendo el público destinatario el mismo, el público en general. Además, el TS<sup>59</sup> ha declarado reiteradamente que uno de los elementos transcendentales es la coincidencia de los canales de distribución. En este sentido, los productos pueden considerarse similares cuando se venden a través del mismo canal de distribución. Dicha identidad es un indicio claro de la similitud de los productos. Entendemos que, en el caso concreto, ambas empresas emplean el mismo canal de distribución, como por ejemplo los supermercados.<sup>60</sup>

### ¿Qué tendría que hacer “Zumos Irenata” si “Zumfruit” procediese a la inscripción de la marca mixta?

El artículo 19 LM establece que “*una vez publicada la solicitud de la marca, cualquier persona que se considere perjudicada podrá oponerse al registro de la misma, invocando las prohibiciones previstas en el Título II.*” Dicha oposición se realizará ante la OEPM mediante escrito motivado y debidamente documentado *en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de publicación de la solicitud de dicha marca en el BOPF*” (art. 17 Reglamento ejecución LM). Debe tenerse en cuenta que la OEPM efectúa de oficio una búsqueda informática referida a cada solicitud de marcas a los efectos de detectar posibles incompatibilidades registrales. Ésta informara en el caso de que la búsqueda hubiera detectado alguna solicitud que pueda afectar a los derechos de la marca anterior, con la finalidad de que, si lo estima conveniente, pueda oponerse al registro de la marca solicitada.<sup>61</sup> Por ello, “Zumos Irenata” puede oponerse al registro invocando el artículo

<sup>56</sup> SAP de Murcia, núm. 694/2015 de 26 de noviembre, FJ quinto (AC 2015\1708)

<sup>57</sup> STJCE, Pleno, de 29 de septiembre de 1998 (TJCE 1998\220)

<sup>58</sup> El art. 3.4 del Reglamento de ejecución de la LM establece que “*la clasificación de productos y servicios sólo tiene un alcance administrativo, de tal manera que no podrán considerarse similares entre sí productos o servicios diversos por el hecho de que figuren en la misma clase de la Clasificación Internacional, ni disímiles porque aparezcan clasificados en diferente clase*”. Por ello, lo relevante no es si la clase de la marca se ajusta a los servicios ofrecidos ni si la actividad desarrollada se ubica en una u otra clase. La clave se sitúa en si la actividad es idéntica o similar al ámbito aplicativo de la marca, que viene fijado por lo dispuesto en la descripción registral. Siendo esta descripción la que determina su ámbito de protección (SAP de Murcia, núm. 694/2015 de 26 de noviembre, FJ quinto (AC 2015\1708).

<sup>59</sup> Como por ejemplo la STS, Sala de lo Civil, núm. 42/2004 de 28 de enero (RJ 2004\632).

<sup>60</sup> SJM I núm. 1 de Valencia de 25 de septiembre de 2015, FJ sexto (AC 2015\1748)

<sup>61</sup><http://www.oepm.es/>

6.1.b) LM A modo de ejemplo, las STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de mayo (RJ 2010\4967) y la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 682/2009 de 14 de abril (RJCA 2009\801) que versan sobre el conflicto entre Rives Pitman S.A: y DIAGEO NORTH AMERICA, INC propietario de la marca compuesta por la denominación Smirnoff y gráfico esquemático de un águila bicéfala con las alas desplegadas referente a la solicitud de registro de la primera. Se denegó a Rives la inscripción de una marca compuesta por un águila

En este caso, se consideró que concurrían los “presupuestos aplicativos de la prohibición de registro” del artículo 6.1 de la Ley de Marcas, por existir “una evidente similitud de su elemento gráfico, así como una manifiesta relación entre las áreas comerciales en las cuales despliegan sus efectos, lo que impide la pacífica convivencia de ambos signos en el mercado”. “Se pretende, pues, evitar la confusión o error que puedan causar en el mercado la semejante presentación de los productos, particularmente cuando se trate de 'similares'.” Lo mencionado por estas sentencias es totalmente de aplicación al caso concreto.

Una vez que “Zumos Irenata” presente la oposición, la OEPM informará a “Zumsfruit” la que tendrá el plazo de un mes para presentar un escrito de oposición señalando las alegaciones que considere pertinentes. ¿Podría “Zumfruit S.A.” alegar que existen otros signos distintivos que contienen la Torre de Hércules en su elemento gráfico? Es cierto que dichos registros existen como en el caso del Centro de Formación Profesional Nebrija Torre de Hércules pero este elemento gráfico va acompañado de un elemento denominativo singularizante que elimina cualquier riesgo de confusión entre los consumidores.

**Cuarto.- Acciones por violación del Derecho de Marca consistente en la utilización de un signo confundible en el mercado por un tercero sin su consentimiento.** Como ya se mencionó anteriormente, el registro de la marca confiere a su titular un derecho exclusivo a utilizarla. En su vertiente negativa<sup>62</sup>, permite a su titular prohibir a terceros que usen su marca u otro signo idéntico o semejante sin su consentimiento (art. 34 LM).

En este sentido, el artículo 40 LM establece la regla general en materia de tutela de la posición del titular de una marca registrada frente a la conducta de terceros que quebranten el derecho de exclusiva inherente a aquella titularidad. Este artículo posibilita al titular de una marca registrada a ejercitar “*las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesiones su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia*”.

El uso de la marca infractora va a ser presumiblemente repetido en el futuro ya que su empleo es un acto continuo que se inserta en la actividad profesional. Por ello, para que la protección de la marca sea realmente eficaz debe ir encaminada a evitar que en el futuro pueda mantenerse la agresión al signo. En este sentido, el único remedio eficaz

---

<sup>62</sup> La vertiente positiva implica que el titular dispone en exclusiva: de la facultad de aplicar la marca o productos; de la facultad de poner en el comercio o introducir en el mercado productos o servicios diferenciados mediante la marca; y de la facultad de emplear la marca en publicidad concerniente a los productos o servicios diferenciados a través de la marca (SJM núm. 1 de Valencia de 25 de septiembre de 2015 (AC 2015\1748). En contrapartida, el titular tiene la obligación de usar la marca, por sí o a través de persona autorizada por él. En caso contrario, si la marca no se usa durante cinco años, los tribunales podrán declarar su caducidad a consecuencia de una acción entablada por terceros.

es la **acción de cesación**, la cual procederá cuando concurren dos presupuestos: la existencia de la violación y el riesgo de que la violación vaya a repetirse<sup>63</sup>.

Asimismo, podemos extraer del artículo 34.2, el requisito de la existencia de riesgo de confusión para que opere el *ius prohibendi*. Anteriormente comentamos que, efectivamente, concurrían los requisitos de apreciación de la confusión cuando analizamos el artículo 6.1.b)LM por lo que, amparándose en el artículo 40 LM, “Zumos Irenata S.A.” puede solicitar judicialmente que “Zumfruit S.A.” cese en el ilícito que está cometiendo.

La acción de cesación es una de las acciones civiles establecidas en el artículo 41 LM. Pero, además, dicho artículo posibilita al lesionado a la solicitud de la **indemnización de daños y perjuicios sufridos**. Dicha indemnización **comprenderá tanto las pérdidas sufridas como las ganancias dejadas de obtener** por el titular del derecho a causa de la violación del mismo. Además, también podrá solicitar la **indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca**, fundamentalmente si se realizaron productos defectuosos. Igualmente, también se podrá tener en cuenta para calcular la cuantía de la indemnización los gastos de investigación necesarios para obtener las pruebas de la comisión de la infracción (art. 43 LM)<sup>64</sup>. Pero, no todo comportamiento ilícito genera un daño por lo que hay que probar la realización del mismo y que se produjo realmente. Sin embargo, en ocasiones, la necesidad de probar se satisface “*ex re ipsa*” es decir, “por la aplicación de la lógica, sin necesidad de un esfuerzo de la parte”. En todo caso, el derecho a la indemnización está sometido a los límites que imponga la buena fe (art. 7.1 CC).<sup>6566</sup>

Por lo que respecta a las acciones penales, debemos acudir al artículo 274 CP<sup>67</sup>. Este establece que será castigado -con las penas de seis meses a doce años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses- el que, a sabiendas, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice comercialice un signo distintivo que supongan una infracción de los derechos exclusivos del titular.

---

<sup>63</sup> Sin embargo, se puede considerar que para la procedencia de la acción de cesación es necesario únicamente la actualidad de la violación que se denuncia. En todo caso, esta acción debe proyectarse hacia el futuro mediante la prohibición de que se reiteren actos idénticos sin que sea necesario la concurrencia del riesgo de repetición (SJM núm. 1 de Valencia de 25 de septiembre de 2015 (AC 2015\1748)

<sup>64</sup> Para la fijación de la indemnización se tiene en cuenta la notoriedad y prestigio de la marca –atendiendo a la gravedad y grado de difusión en el mercado- así como al número y clases de licencias concedidas en el momento de la violación. En todo caso, el titular tiene derecho, sin necesidad de prueba alguna, a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1% de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. Además, si se condena a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal puede fijar una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva. Debido a la falta de datos esenciales en el caso concreto no podremos estimar el montante de dicha indemnización (art. 43 y 44 LM).

<sup>65</sup> SJM núm. 1 de Valencia de 25 de septiembre de 2015 (AC 2015\1748)

<sup>66</sup> Además de las acciones comentadas, el art. 41 LM también prevé como acciones civiles que puede ejercitar el titular de la marca: la adopción del retiro del tráfico económico de todo aquello en que se haya materializado el ilícito así como el embargo o destrucción de los medios empleados; la destrucción o cesión con fines humanitario de los productos ilícitamente identificados con la marca; la atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados –imputándose su valor al importe de la indemnización de daños y perjuicios; y la publicación de la sentencia mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

<sup>67</sup> Los delitos deben ser juzgados conforme a la legislación penal vigente en el momento de la comisión del delito. Por ello, en este caso, debemos aplicar la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP vigente hasta el 28 de octubre de 2015. A diferencia de ello, en el Bloque Penal aplicaremos la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por ser en ese caso más favorable para el reo.

El Auto de la AP de Cádiz, núm. 43/2008 de 26 de mayo, FJ segundo (JUR 2011\26797) señala que “el bien jurídico protegido en las figuras penales sobre propiedad industrial se centra en la necesaria intervención del Estado para promocionar el fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico, lo cual se materializa favoreciendo la exclusividad en la utilización de los inventos y en el uso de los signos distintivos de la empresa (marcas), a fin de permitir la correspondiente ganancia mercantil a los que dediquen a ellos sus esfuerzos, bienes y conocimientos”. Ello se fundamenta por un lado en “proteger los intereses de los consumidores que ven favorecidas sus posibilidades de asegurar la calidad deseada en lo que adquieren, así como la libre competencia” y, por otro lado, proteger la rentabilidad económica que le corresponde al titular de los derechos.<sup>68</sup>

**Quinto.- Cuestiones procesales.** “Zumos Irenata S.A.” y “Zumfruit” podrán ser parte en el proceso si tienen la capacidad establecida en los artículos 6 y 7 LEC. Entendemos que ambas cumplen dicho requisito.

Tras el escrito de oposición y las correspondientes alegaciones por la otra parte, la OEPM dicta resolución a favor de una de las partes. A esta resolución, podrán, cualquiera de las partes, presentar recurso administrativo de alzada –con la correspondiente devolución de la tasa de oposición-. Contra éste cabe recurso contencioso-administrativo.

Por otro lado, “Zumos Irenata S.A.” también tiene a su disposición la acción de nulidad por la vía civil. Esta procederá cuando, por el motivo que fuere, la actora no se hubiese opuesto a la marca en el procedimiento administrativo o no hubiera planteado los recursos contenciosos administrativos en defensa de su marca, o no estuviera de acuerdo con lo estimado en los mismos –teniendo en cuenta que si se acude al recurso contencioso administrativo para recurrir el recurso de alzada, posteriormente no se podrá acudir a la jurisdicción civil porque se juzgaría dos veces la misma causa-. Señalar por último que, a diferencia de las acciones de nulidad absoluta que son imprescriptibles, el artículo 45 LM señala para la nulidad relativa un plazo de 5 años desde el día en que pudieron ejercitarse.

Por lo que respecta a la jurisdicción, es la jurisdicción civil la competente, conforme al artículo 9.1 y 9.2 en relación con el artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, el art. 52.1.13º de La LEC establece que “*en materia de patentes y marcas será competente el Tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia*”. Para saber cuál es el Tribunal competente, acudimos al artículo 125 de la Ley de Patentes, aplicable por remisión expresa de la Disposición Adicional Primera LM, la cual dispone que “*será competente el Juez de Primera Instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado, pudiendo ser designado uno, donde hubiera varios, por el órgano judicial*”

---

<sup>68</sup> No es preciso que el conocimiento del ilícito sea preciso, conociendo concretamente la gravedad del hecho, puesto que los ciudadanos no son expertos en las normas jurídicas. Al contrario, lo que se requiere es “el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza”. Por lo que respecta al error, no basta su alegación, sino que es preciso probarlo. En este sentido, no se puede invocar la existencia de error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico. Por ello, es suficiente con que con que “Zumfruit S.A.” tenga conciencia o sospecha de la antijuridicidad –no la seguridad absoluta-. Auto de la AP de Cádiz, núm. 43/2008 de 26 de mayo (JUR 2011\26797).



*competente*”. El domicilio del demandado, “Zumos Irenata S.A.” es A Coruña, por lo que son competentes para el conocimiento de este litigio los Juzgados de Primera Instancia de la ciudad de A Coruña. Por su parte, el artículo 249.1.4º establece que se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, las demandas presentadas en materia de propiedad industrial, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. No obstante, y en materia de publicidad, cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, se decidirán en el juicio verbal.

En virtud del art. 40 LM, está legitimado para ejercitar dichas acciones el titular del derecho que se lesione.

Por último, conforme a lo previsto en el artículo 394.1 de la LEC, las costas deben ser impuestas al demandado.

**Sexto.- Protección internacional.** El hecho de que sea el poder público el que conceda el derecho de PI supone que la utilización en exclusiva del bien quede determinada al ámbito espacial de dicho ente.” En este sentido, cuando una marca se encuentre registrada en España, no supone la protección en el extranjero. Así, se puede proceder a la inscripción de un mismo objeto en varios países, lo que llevaría a la existencia de “tantos derechos de propiedad industrial independientes cuantos territorios confieren un poder exclusivo sobre ese objeto”. En esta línea, es posible que un signo sea registrado por diferentes titulares en distintos países. Sin embargo, es importante señalar que esta medida desaparece cuando “varios Estados se integran en un mismo territorio de protección” –como es el caso de la marca de la UE<sup>69</sup>

Los tipos de propiedad industrial anteriormente mencionadas son concedidos por la OEMP y resultan de aplicación en todo el territorio nacional. Sin embargo, existen derechos de propiedad industrial concedidos por organizaciones supranacionales con efectos a nivel comunitario o internacional, adquiriendo de esta manera la marca protección en el extranjero. Es el caso, por ejemplo, de la Marca Internacional –con ella se obtiene directamente protección hasta en 92 países con una única solicitud- o de la Marca Comunitaria –mediante una solicitud se puede obtener la protección en todos los países comunitarios-.<sup>70</sup>

## II. BLOQUE LABORAL

### I. SUPUESTO DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 30 de enero de 2008, la empresa "Zumos Irenata S.A." contrató a Don Felipe Rodríguez como director general.

**Segundo.-** La sociedad constituyó con Don Felipe un pacto de no competencia por un periodo de dos años tras la finalización del vínculo laboral. Como contrapartida, D. Felipe percibió mensualmente un montante de 300 euros, previéndose específicamente que ante el incumplimiento de la obligación, debería devolver dichas cantidades.

**Tercero.-** D. Felipe, consecuencia de su mala relación con alguno de los accionistas, presenta carta de dimisión con fecha 26 de febrero de 2014 y procede 15 días después a

---

<sup>69</sup> De Miguel Asensio P.A (Enero de 2015). Derechos de Propiedad industrial. *Estudios y comentarios Legislativos (Civitas). Derecho Privado de Internet. Editorial Aranzadi, SA.* Recuperado el 4 de junio de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>

<sup>70</sup><http://www.oepm.es/>

concluir su relación laboral.

**Cuarto.-** El de 8 de agosto de 2014, D. Felipe comienza a prestar sus servicios laborales a la compañía “Zumitos S.A.” en condición de director general. El objeto de la citada sociedad es la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A. Modalidades de contratación<sup>71</sup>

**Primero.- Relación laboral ordinaria.** Una de las figuras de colaboración laboral del empresario es la opción de realizar contratos de trabajo. Si la prestación de servicios realizada puede ser considerada como relación laboral ordinaria le es de aplicación la normativa laboral común. Esta relación viene regulada en el Estatuto de los Trabajadores (a continuación E.T.) de cuyo primer artículo<sup>72</sup> se extraen las características de esta relación: la voluntariedad- requiere el consentimiento de los contratantes, excluyendo los trabajos forzosos-, la ajenidad –el trabajador entrega los frutos obtenidos por su trabajo al empresario el cual se obliga a retribuir al primero con independencia de la marcha de la empresa-, la subordinación – “*realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue*” (art.20.1 ET)- y la retribución – “*la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, (...) cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo*” (art. 26.1 ET).<sup>73</sup>

La STS, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5595), en el tercer considerando señala “que la determinación de si una relación «inter partes» tiene o no naturaleza de laboral, no depende ni de cómo la denominen ni la conciben las partes, ni de ninguna decisión o resolución administrativa, sino que tan sólo compete a los Órganos Judiciales que han de atender a su verdadero contenido”.

A modo de ejemplo podemos citar la STSJ de Aragón núm. 182/2013 de 19 de abril

---

<sup>71</sup> ¿Qué sucedería si D. Felipe formara parte del órgano de administración de la sociedad? Queda excluida de la aplicación del E.T. “*la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*” (art. 1.3.c) ¿Es compatible la relación mercantil con la relación laboral común? Si, el ejercicio de la primera no excluye la posibilidad de la existencia de la segunda. Así lo dispone la STS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2000 (ROJ: STS 7640/2000) Sin embargo, ¿puede existir simultáneamente con la empresa una relación mercantil de administración social y una laboral de alta dirección? No. Es “incompatible la condición de consejero con la de alto directivo con relación laboral especial”. Si simultáneamente se ejercen “actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, (...) ; por lo que sí existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter “ (Auto del TS, Sala de lo Social, de 24 de mayo de 2011, FJ primero y segundo (JUR 2011\236493). Atendiendo al caso concreto, presuponemos que D. Felipe no ejercía ningún cargo en la administración de la sociedad.

<sup>72</sup> Art. 1 ET: “*esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”.

<sup>73</sup> Editorial Aranzadi, SA, (Enero 2015). Relaciones laborales individuales. *Practicum. Practicum Recursos Humanos 2016* (BIB 2015/2005). Recuperado el 4 de julio de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es/>

(JUR 2013\188026) la cual cataloga la actividad que realiza un socio en una empresa como laboral ordinaria.<sup>74</sup>

¿Puede considerarse que la actividad que D. Felipe realiza para la empresa “Zumos Irenata S.A.” es una relación laboral ordinaria? Si. Entendemos que D. Felipe trabaja voluntariamente para la empresa – y de hecho, en el momento en el que cesó dicha voluntariedad D. Felipe dimitió de su puesto de trabajo-. Además, es una relación de ajenidad y de subordinación y, entendemos que también retribuida. Por todo ello podemos concluir que nos podríamos encontrar ante una relación laboral ordinaria.

**Segundo.- Alta dirección.** Atendiendo al supuesto concreto, D. Felipe Rodríguez desarrollaba la función de director general en la entidad "Zumos Irenata S.A." Hasta ahora hemos analizado el caso entendiendo que se trataba de una relación laboral regulada en el ET pero, ¿podría tratarse de una relación especial? La relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección está regulada particularmente en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. En su preámbulo se dispone que para fijar el contenido de dicha norma se atiende a la especial *"relación establecida entre el alto directivo y la Empresa contratante, caracterizada por la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes"*. Este continúa señalando que debido al perfil de este tipo de relaciones, éstas cuentan con un *amplio margen al pacto (...), como elemento de configuración del contenido de la misma, correspondiendo a la norma por su parte el fijar el esquema básico de la materia a tratar en el contrato"*

En su artículo 1.2 estipula que *“se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”*.

El artículo 2 E.T. califica esta relación como laboral de carácter especial. “Estas relaciones, si bien son laborales han presentado tradicionalmente características particulares, que han justificado su regulación por una norma específica y, en consecuencia, la exclusión de la aplicación del ET, con carácter general”–sólo se le aplicará la normativa laboral general en aquellos casos no contemplados en la norma especial-<sup>75</sup>

Por lo mencionado anteriormente, podemos señalar que, para considerar la relación de alta dirección deben cumplirse los siguientes requisitos:

- ✓ "que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo que implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de tal empresa, y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros"<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Asimismo, la citada sentencia señala que es compatible la condición de socio con el ejercicio de una relación laboral común su empresa, que adopte la forma de sociedad mercantil de capital, siempre que la participación no supere el 50% del capital social, en aras de cumplir los requisitos de ajenidad y dependencia.

<sup>75</sup> Editorial Aranzadi, SA, (Enero 2015). Relaciones laborales individuales. Óp. Cit.

<sup>76</sup> STS, Sala de lo Social, de 24 de enero de 1990, FJ primero (RJ 1990\205).

- ✓ ausencia de subordinación, es decir, autonomía y plena responsabilidad. Dicha autonomía sólo puede ser limitada por los titulares empresariales o órgano rector excluyéndose de la aplicación del RD de Alta dirección por este motivo a los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedando sometidos al ordenamiento laboral común<sup>77</sup>
- ✓ realización de actuaciones que afecten a las decisiones estratégicas del conjunto empresarial y no de las distintas unidades que la componen<sup>78</sup>
- ✓ además, otro hecho que indicaría indicios de la suscripción de un contrato de alta dirección sería que, en el contrato suscrito por las partes, se mencionase un complemento específico de alta dirección<sup>79</sup>

Por ello, aunque el trabajador ocupe puestos de dirección, si no se cumplen los anteriores requisitos no se entenderá que se trata de una relación especial.

El Auto del TS, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2014, en su FJ único (RJ 2014\221118) entiende que, en atención a las funciones y cometidos que realizaba, existe relación laboral de carácter especial en la derivada de un trabajador que presta servicios como director general comercial con poder notarial que le otorgaba “facultades de disposición, representación, de administración general, gestión general, gestión comercial y gestión asociativa, con la precisión de que las de representación tendrían carácter solidario, y las demás serían mancomunadas con otro apoderado, estableciéndose asimismo respecto de las mancomunadas un límite cuantitativo de 150.000 € por operación”.

Entendemos, a pesar de que no se nos indiquen las funciones que realiza, que **D. Felipe tenía con la empresa una relación laboral especial**. La fundamentación de esta calificación la situamos en la STS, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2007, FJ segundo (RJ 2008\1777), la cual cuando habla de trabajos de alta dirección realiza el siguiente inciso “(Gerente, Director General, etc.)”. Además, la derogada Ley de Contrato de Trabajo de 1944 señala, en su artículo 7, que el Director General, Director o Gerente de la empresa, entre otros, realizan funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo. Por ello vamos a entender que lo más habitual es que el Director general de la compañía sea considerada relación laboral de carácter especial.<sup>80</sup>

## B. Preaviso extinción contractual.

**Primero.- Formas de extinción contractual.** El Estatuto de los Trabajadores, señala en el artículo 49.1.d) que “*el contrato de trabajo se extinguirá por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar*”. Es decir, “la sola voluntad unilateral del trabajador, sin necesidad de alegación de causa, y cualquiera que sea su modalidad, basta para poner fin al contrato de trabajo”.<sup>81</sup> “A esa voluntad del trabajador como causa extintiva «ad nutum», basada en el libre y único deseo de abandonar el puesto de trabajo, se le reconoce «ex lege» eficacia plena,

<sup>77</sup> STS, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 1990, FJ tercero (RJ 1990\6998).

<sup>78</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 8494/2009 de 19 de noviembre, FJ cuarto (JUR 2010\50598).

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Sin embargo, es importante señalar que no siempre es así. Así por ejemplo, la STS, Sala de lo Social, de 4 de junio de 1999 (RJ 1999\5067) consideró que era de aplicación la legislación laboral de carácter común al director general.

<sup>81</sup> Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social num.3/2009 parte Tribuna*. Recuperado el 11 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadigital.es/accedys.udc.es/>

condicionada –en principio– al cumplimiento de un plazo de preaviso. En marcado contraste con la regla común en el derecho privado de no dejar el cumplimiento de los contratos «al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1256 CC), la legislación laboral da validez a esta fórmula extintiva sobre la base del reconocimiento constitucional de la libertad profesional del trabajador (art. 35.1 CE) y la exigencia indiscutida de la voluntariedad en la prestación de servicios (art. 1.1 ET).<sup>82</sup> En este caso, el contrato sigue vigente hasta la conclusión del periodo de preaviso.

El artículo 49.1. j) también establece como posibilidad de extinción del contrato la “*voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario*”. El trabajador puede solicitar la extinción ante “determinados incumplimientos graves o continuados que impidan o dificulten el normal desarrollo de la prestación laboral comprometida”. Dicha solicitud se realiza al Juez de lo Social y “la relación laboral ha de estar vigente, salvo excepciones, hasta la resolución judicial”<sup>83</sup>. Sin embargo, la STS, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 1986, FJ cuarto (RJ 1986\6516), establece que hay supuestos excepcionales, como por ejemplo los malos tratos de palabra o los casos en los que se afecte a su dignidad profesional o se le menosprecie o humille; en definitiva “cuando se ofrecen situaciones que por sí mismas ponen de manifiesto que resulta muy difícil la continuidad en la convivencia”. En estos casos, el trabajador puede dejar en suspenso la relación laboral hasta que se tramite y resuelva la pretensión deducida en la demanda.

Sin embargo, el abandono no es una causa de extinción de la relación laboral. Nos encontramos ante una situación de abandono cuando el trabajador “interrumpe súbitamente y sin preaviso la relación laboral”.<sup>84</sup> Una de las diferencias se encuentra en que en el primer caso estamos ante una dimisión expresa y en el caso del abandono ante una dimisión tácita.

D. Felipe pudo haberse acogido a la cláusula del artículo 49.1. j), sin embargo, entendemos que esta no era su voluntad y, por ello, a continuación analizaremos qué sucede con el plazo de preaviso.

**Segundo.- Plazo de preaviso**<sup>85</sup>. El artículo 49.1. d) establece que el contrato de trabajo

---

<sup>82</sup> De Val Tena, A.L. (2000). Extinción del contrato por dimisión del trabajador: incumplimiento del plazo de preaviso comprometido en la comunicación dirigida al empresario. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 12/2000 paraf. 46 (BIB 2000\1468). Recuperado el 5 de junio de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/>

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> STSJ de Sevilla, Sala de lo Social, núm. 2554/2008 de 17 de julio, FJ segundo (AS 2009\1898).

<sup>85</sup> ¿Qué sucedería si se tratase de un administrador? En este caso, deberíamos atender a lo establecido en la LSC. El cargo de administrador es renunciable pero el que lo ostenta debe actuar diligentemente y de buena fe. Es preciso que, en vena del adecuado desenvolvimiento de la actividad de la sociedad, ésta tenga conocimiento “de las vacantes que por cualquier causa se produzcan en su órgano de administración, a fin de posibilitar la inmediata adopción de las cautelas precisas para suplir la baja” (Resolución DGRN de 16 de diciembre de 2013). La DGRN ha ido matizando la renuncia de los administradores. Inicialmente no se podía inscribir “la renuncia de la totalidad de los administradores sociales si éstos se limitaban a notificarla a la sociedad” ya que el deber de diligencia “les obliga a continuar desempeñando el cargo hasta que se reúna la junta general que están obligados a convocar al fin de que acepte su renuncia y se provea el nombramiento de quienes les vayan a sustituir, evitando así una perjudicial paralización de la vida social”. Posteriormente, lo que se exigía era “la convocatoria formal de la junta incluyendo en el orden del día el nombramiento de nuevos administradores”, independientemente del resultado de la convocatoria. A pesar de que en virtud del artículo 171 LSC, cualquier socio podría tomar la iniciativa de solicitar una convocatoria judicial de la junta, se exige la convocatoria de la mencionada junta en aras de la no dilatación en el tiempo del conocimiento de la renuncia y su solución, perjudicando los intereses sociales. Asimismo, en la propia junta en la que se hace constar la renuncia del administrador se puede proceder al nombramiento de uno nuevo, aunque ello no estuviera previsto en el orden del día (por ello no queda sin efecto la renuncia

se extingue “por dimisión del trabajador debiendo, mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar”. La costumbre es fuente subsidiaria, sólo aplicable en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales (art. 3.4 ET). Además, los sujetos de la relación contractual podrán pactar un período de preaviso, que incluso podrá ser distinto del establecido en el convenio colectivo aplicable si fuera más favorable para el trabajador, configurándose como una condición más beneficiosa”.<sup>86</sup> La Resolución de 11 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales<sup>87</sup> regula “*las relaciones laborales de todas las empresas o centros de trabajo cuya actividad principal, y con respecto al principio de unidad de empresa, sea la fabricación de conservas vegetales, platos precocinados, zumos y congelados vegetales, cualquiera que sea la denominación y personalidad jurídica, privada o pública, de las empresas afectadas, y del personal que en ellas presten sus servicios. Se considera que integran dicha industria las fábricas, talleres y explotaciones industriales que se dedican a la preparación, o transformación de verduras, frutas, legumbres y hortalizas mediante sistema de confitura, desecación, lavado y acondicionamiento, tratamiento con gases de cualquier tipo que permita la conservación, aunque sea por breve periodo de tiempo y con necesidad de frío, u otro cualquiera de conservación, procediendo al envasado de los productos, utilizando la hojalata, cristal, madera, cartón, bolsas de plástico, bandejas u otro medio (entendiéndose comprendidos los productos de 4.ª y 5.ª gamas), así como los talleres de fabricación de envases cuando constituyan dependencias anejas a la actividad principal*” (art. 2). Por lo tanto, este convenio es aplicable a la empresa “Zumos Irenata S.A.” dedicada a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas.<sup>88</sup>

Atendiendo a dicho Convenio, su artículo 45 dispone que “*los trabajadores que deseen cesar voluntariamente al servicio de la empresa, vendrán obligados a ponerlo en conocimiento de la misma, cumpliendo, como mínimo, los siguientes plazos de preaviso: Personal técnico y administrativo: Un mes. Personal subalterno y obrero: Quince días*”. ¿Cómo debemos de calificar la actividad de D. Felipe? La Real Academia Española define al subalterno como “dicho de una persona: inferior (subordinada)”, “empleado de categoría inferior”. A tenor de ello y, teniendo en cuenta lo explicado anteriormente y la consideración dada a D. Felipe como Director General, este debe ser calificado como personal técnico y administrativo. Consecuentemente, D. Felipe debía haber comunicado a “Zumos Irenata S.A.” su dimisión con un mes de antelación.

El artículo 45 continúa estableciendo que “*de no cumplir el trabajador dicha obligación de preaviso, perderá el derecho al abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos, no estando la empresa obligada a abonar la liquidación por cese o dimisión que en su caso correspondiese al trabajador, hasta la fecha en que la empresa efectúe el próximo pago mensual a la generalidad de su personal*”.<sup>89</sup> Es decir, perdería el

---

realizada en junta aunque los socios se manifiesten negativamente a nombrar un nuevo administrador por no estar ello establecido en el orden del día) (Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2015).

<sup>86</sup> De Val Tena, A.L. (2000). Extinción del contrato por dimisión del trabajador: incumplimiento del plazo de preaviso comprometido en la comunicación dirigida al empresario. Op. Cit. que se refiere a ALBIOL MONTESINOS, I.: Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. «Dimisión del trabajador» en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.). Madrid, Edersa, t. IX, vol. 1º, 1983, pg. 175) y a STSJ de Aragón de 27 de marzo de 2000 (AS 5000,599).

<sup>87</sup> Artículo 4 Convenio Colectivo: *El presente convenio tiene vigencia desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015*

<sup>88</sup> En el siguiente apartado se analizará la clasificación de los trabajadores.

<sup>89</sup> ¿Qué sucedería si no existiese dicho Convenio y D. Felipe desarrollase la actividad de Alta Dirección? Procedemos a aplicar el Convenio Colectivo por ser más favorable para el trabajador. A diferencia del mes

derecho a 15 días trabajados, lo que atendiendo al salario establecido en el Convenio Colectivo, ascendería, aproximadamente, a un total de 626 euros.

### C. Pacto de no competencia

**Primero.- Conceptualización y finalidad del pacto de no competencia.** La Constitución Española establece como uno de los derechos de todos los ciudadanos el derecho al trabajo así como a la libre elección de profesión y oficio, con la consecuente percepción de una remuneración que satisfaga sus necesidades y las de su familia<sup>90</sup>. Este derecho también viene recogido en el Estatuto de los trabajadores<sup>91</sup>.

Es importante señalar que, en principio, es lícito que el trabajador, fuera de su horario laboral, pueda realizar cualquier actividad paralela o complementaria de la actividad principal, independientemente de que la realice por cuenta propia o ajena.<sup>92</sup> Sin embargo, esto debe respetar lo establecido en el artículo 5 ET, en virtud del cual "*los trabajadores tienen como derechos básicos cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia (...) y no concurrir con la actividad de la empresa (...)*"<sup>93</sup>. El mencionado artículo 35 CE establece como regla general la posibilidad y legalidad de la coincidencia post-contractual.<sup>94</sup> Sin embargo, en algunos casos, este **derecho al trabajo y a su libre elección**, así como la posibilidad de concurrencia del ejercicio de varias actividades, puede verse **limitado** en favor de la protección del interés económico de la empresa. Es lo que ocurre con la prohibición de concurrencia desleal, así como los **pactos de no competencia post-contractual**, de plena dedicación y de permanencia regulados en el artículo 21 ET<sup>95</sup>. En concreto, su apartado segundo establece que "*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."*

---

establecido en dicho convenio, el art. 10.1 del 1382/1985 de 1 de agosto, establece que deberá "*mediar un preaviso mínimo de tres meses*"-que podría ser ampliado hasta los seis meses si así se hubiese establecido-. En este caso, D. Felipe habría igualmente incumplido el periodo de preaviso. La diferencia es que la indemnización que le corresponde al empresario será menor –por ser la equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido (Art. 10.2)

<sup>90</sup> Artículo 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*".

<sup>91</sup> Artículo 4.1 ET: "*Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio*".

<sup>92</sup> Nieto Rojas, P. (2016). El establecimiento convencional de límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad. *Revista de Información Laboral num.4/2016 parte Art. Doctrinal*. Recuperado el 7 de mayo, de <http://aranzadi.aranzadigital.es/accedys.udc.es/>

<sup>93</sup> Este artículo adapta a la legislación laboral el artículo 1258 CC "las partes no sólo han de cumplir lo expresamente pactado, sino también todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe". Sempere Navarro, Antonio V. (2009). *Óp. Cit*.

<sup>94</sup> Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. *Óp. Cit*.

<sup>95</sup> Nieto Rojas, P. (2016). El establecimiento convencional de límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad. *Óp. Cit*.

En el caso a analizar, la empresa “Zumos Irenata S.A” llevó a cabo con D. Felipe dicho pacto.<sup>96</sup>

El pacto de no competencia post-contractual encuentra su posibilidad en el artículo 1255 CC, el cual establece que “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”. Además, en su versión laboral, el artículo 3.1.c ET dispone que “*los derechos y obligaciones concernientes a la relación individual de trabajo se regulan (...) por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo*”. Para su validez deben de cumplirse una serie de requisitos: existencia de objeto lícito, que las cláusulas no supongan condiciones más desfavorables para el trabajador y adecuación a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Es un pacto en el que existe un doble interés. Por un lado, la empresa trata de mantener los conocimientos adquiridos en la misma sin que sean trasladados a otras<sup>97</sup>, evitando “que los conocimientos e información adquiridos por el trabajador, por razón del cargo que ocupaba en la empresa, de la organización y técnicas productivas, le coloque en una situación de ventaja en el momento de competir con su anterior empleador en una empresa que produce o comercializa idénticos o similares productos y se dirige a un mismo círculo de clientes”<sup>98</sup> Por otro lado, el trabajador trata de asegurar una estabilidad económica cuando se extinga el contrato, evitando la urgencia de encontrar un nuevo puesto de trabajo.<sup>99</sup> Estamos, por lo tanto, ante un pacto que conlleva obligaciones recíprocas y bilaterales<sup>100</sup>. Es decir, con dicho pacto se busca resarcir a la empresa de los posibles daños y perjuicios que le pueda ocasionar la competencia del trabajador y, por otro lado, la abstención por parte del trabajador de realizar actuaciones que incurran en competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese.<sup>101</sup>

No se exige que dicho pacto esté formalizado de ninguna manera concreta. Lo que sí es preciso es que sea expreso, escrito o verbal<sup>102</sup>, donde se refleje el intercambio de voluntades, no bastando la mera declaración unilateral. Sin embargo, es aconsejable su formalización por escrito, en aras de la fijación de una compensación económica adecuada para el trabajador<sup>103</sup>.

Por otro lado, el pacto debe estar integrado en el contrato de trabajo, sin posibilidad de su existencia al margen del mismo. Lo que sí es preciso señalar es que no hay ninguna regla general respecto al momento en que debe realizarse este pacto. Habiendo un interés

---

<sup>96</sup> Hay que distinguir el pacto de no competencial post-contractual del uso de secretos de la empresa, que el empleado podría utilizar durante y después del contrato. A falta de pacto, el trabajador, en este caso D. Felipe, podría utilizar la experiencia y conocimientos obtenidos en “Zumos Irenata S.A.” pero, lo que nunca podría hacer es emplear los secretos inherentes a la actividad de la misma (Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. Op. Cit). Por ello, aunque no existiese el citado pacto, este no supone que D. Felipe tenga plena libertad para emplear los conocimientos adquiridos en “Zumos Irenata S.A.”

<sup>97</sup> STS, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2004, FJ tercero (RJ 2004\1727).

<sup>98</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 2250/2003 de 8 de abril, FJ segundo (AS 2003/2255).

<sup>99</sup> STS, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2004, FJ tercero (RJ 2004/1727).

<sup>100</sup> *Ibidem*

<sup>101</sup> STSJ de Cataluña, la Sala de lo Social, núm. 184/2012 de 13 de enero, FJ tercero (AS 2012\170).

<sup>102</sup> STS, Sala de lo Social, de 6 de marzo de 1991, FJ cuarto (RJ 1991/1835).

<sup>103</sup> Sempere Navarro, A. V. (2009). El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual. Óp. Cit.



comercial o industrial, puede estipularse en cualquier momento de la existencia del contrato, incluso se puede establecer como una previsión al finiquito.<sup>104</sup>

Es fundamental señalar que el RD de alta dirección también transcribe un artículo que regula el pacto de no competencia post-contractual, el artículo 8.3. En el mismo sentido que anteriormente se mencionaba el artículo 1255 CC y el 3.1.c ET, como fundamento del pacto de no competencia post-contractual, también debemos aludir, en este caso, al artículo 3.1 del RD de Alta Dirección<sup>105</sup>

Con razón de la formalización del pacto de no competencia, “Zumos Irenata S.A” abona mensualmente a D. Felipe 300 euros, obligando a éste, a la extinción del contrato, a abstenerse de prestar sus servicios profesionales a otras empresas.

**Segundo.- Duración del pacto de no competencia.** El RD que regula el personal de alta dirección, establece que **el pacto no podrá tener una duración superior a dos años**. A diferencia de lo que ocurre en el ET –que analizaremos a continuación- en este caso no se entraría a valorar si el Director General es personal técnico o no.

El ET establece que “*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*”<sup>106</sup>.

Para calificar la condición de Director General como técnico o no vamos acudir al Convenio Colectivo de conservas vegetales. En el artículo 9, realiza una clasificación del personal distinguiendo entre:

- ✓ **Personal obrero y subalterno:** anteriormente ya se ha señalado que D. Felipe no se encuentra en este grupo.
- ✓ **Personal administrativo:** jefe de primera; de segunda; jefe de ventas; oficial de primera; oficial de segunda; auxiliar; telefonista; viajante o vendedor; analista; programador. Posteriormente, en el artículo 14 define el jefe de primera como “*el empleado que, con conocimiento completo de todos los servicios administrativos, asume la responsabilidad y dirección administrativa de la empresa*”. En este artículo se nos indica que sólo se asume la dirección administrativa de la empresa por lo que no se toman actuaciones sobre la integridad de la empresa. Por lo que también descartamos que D. Felipe integre este grupo.
- ✓ **Personal técnico:** el convenio incluye en este grupo al técnico con título de grado superior; con título de grado medio; al jefe técnico de fabricación o de Gestión y al Técnico no titulado. Por ello, D. Felipe está incluido en este grupo y por lo tanto, la duración del pacto puede prolongarse hasta los dos años.

**¿Qué sucedería en el caso de que el pacto se extendiese más de los dos años?** En este caso, el pacto sería parcialmente nulo, siendo suficiente la rectificación de este punto, sin que el pacto devenga nulo.<sup>107</sup> Así lo dispone el artículo 9.1 ET: “*si resultase nulo sólo*

---

<sup>104</sup> Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. Op. Cit.

<sup>105</sup> Artículo 3.1 RD 1382/1985: “*Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación*”.

<sup>106</sup> Este artículo no se limita exclusivamente a los técnicos titulados, como si sucede en el artículo 14 ET, ya que se emplea en un sentido amplio, en contraposición a los demás trabajadores. STS, Sala de lo Social, de 28 de junio de 1990, FJ segundo (RJ 1990\5537).

<sup>107</sup> Sempere Navarro, Antonio V. (2009). El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual. Óp. Cit.

*una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante*". Este artículo consagra "el régimen común de la nulidad parcial del negocio jurídico, consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a preceptos imperativos". El pacto de no competencia cuya duración exceda de los dos años "resulta nulo en tal extensión temporal, pero válido en lo que legalmente le correspondería". En este caso, las consecuencias económicas deben ser discrecionalmente determinadas por el juez de lo social.<sup>108</sup> Es decir, es el juez el que determinaría como le afecta a la compensación percibida por el trabajador la variación en la duración del pacto –la restitución sólo debe de alcanzar a la cuarta parte de las cantidades percibidas según lo dispuesto en el artículo 1306 CC).<sup>109</sup> Subsidiariamente, el artículo 1303 CC determina la recíproca restitución de las cosas que hubiesen sido materia del contrato.

Ejemplos de sentencias que declaran dicha nulidad por exceso del pacto son la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 7045/2014 de 23 de octubre (AS 2014\3216) o la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 2258/2004 de 17 de marzo (JUR 2004\146080).

**Tercero.- Compensación económica adecuada.** La legislación no establece cuándo se entiende que una compensación económica es adecuada o no. Por ello, son los Tribunales los que con sus pronunciamientos van estipulando su conveniencia.

Si el pacto no comporta una compensación económica se tendrá por no puesto ya que la compensación a favor del trabajador es un requisito imprescindible para su validez<sup>110</sup>. Se trata de un elemento consustancial y no accesorio<sup>111</sup>. En este caso, sí que había una compensación económica ya que el trabajador percibía mensualmente 300 euros.

Por lo que se refiere al momento de fijación de la compensación es necesario que el montante se establezca en el momento de suscripción del pacto, sin que sea posible realizarlo en un momento posterior<sup>112</sup> ya que en el momento de suscripción del pacto deben de estar fijadas todas las consecuencias impuestas para la validez del mismo es decir, que además de la fijación de la compensación también deben estar concretadas las consecuencias económicas de su incumplimiento.<sup>113</sup> Atendiendo al supuesto de hecho, ambas cosas estaban establecidas en el momento de la suscripción del contrato ya que, además de los mencionados 300 euros se estableció que ante el incumplimiento debería devolver las cantidades percibidas.

El montante de la compensación deberá valorarse en función de los respectivos sacrificios que deban realizar las partes y será el Juez de lo Social el que valorará si esta es adecuada

---

<sup>108</sup> "Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano de la jurisdicción social que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones" (Art. 9 ET).

<sup>109</sup> STS, Sala de lo Social, de 10 de febrero de 2009, FJ segundo y tercero (RJ 2009\1445).

<sup>110</sup> Sempere Navarro, Antonio V. (2009). El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual. Óp. Cit.

<sup>111</sup> Agra Viforcós, B. (2007). Determinabilidad de la compensación adecuada por un pacto de no competencia suscrito en el documento de finiquito. *Revista Doctrinal Aranzadi Social para num.47/200713/2007 parte Presentación*. Recuperado el 12 de mayo de 2016 <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es/>

<sup>112</sup> Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. Óp. Cit.

<sup>113</sup> STSJ, Sala de lo Social, núm. 4218/2000 de 16 de mayo, FJ segundo (AS2000\1925).

o no<sup>114</sup>. La valoración deberá realizarse atendiendo tanto al interés que se protege<sup>115</sup>, a la duración del contrato de trabajo, así como a la duración del compromiso y a la indemnización. El montante de la compensación está interrelacionado con la duración del plazo de vigencia de la obligación, puesto que cuanto mayor sea éste, mayor puede ser el perjuicio causado por su incumplimiento.<sup>116</sup>

Por lo que respecta al interés protegido ya mencionamos anteriormente que se trata de una estabilidad económica para el trabajador en el período de cumplimiento del pacto. Entendemos que como no se nos dice nada de la duración del contrato éste es indefinido. La duración del compromiso son dos años y la indemnización establecida es la devolución de lo percibido. D. Felipe percibió trescientos euros mensuales durante siete años. Esto supone una cantidad de **25.200 euros**. Además, acudiendo al Convenio Colectivo que regula la actividad de “Zumos Irenata S.A.” el salario base de D. Felipe en el año 2014 fue de 18.790,8 euros – ello sin tener en cuenta el incremento del 2.5% cada año por antigüedad, el plus de penosidad y peligrosidad, el plus de nocturnidad, las pagas extraordinarias, el premio de permanencia, los traslados y desplazamientos y las dietas y gastos de viaje-.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 7045/2014 de 23 de octubre (AS 2014\3216) entendió adecuada la compensación dada al trabajador –contratado por tiempo indefinido- que percibió durante la vigencia del contrato de trabajo 19.950 euros, percibiendo 1662.5 euros mensuales de Agosto de 2012 a Julio de 2013. El pacto de no competencia tenía una duración de un año. Es importante tener en cuenta que el trabajador cobraba anualmente 48.000 euros brutos (4.000 euros al mes).

Sin embargo, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 2258/2004 de 17 de marzo (JUR 2004\146080) estima inadecuada una compensación "equivalente al 10 por 10 de la retribución percibida durante el último año" en un pacto de no competencia que, a priori era de dos años, en favor de un trabajador cuyo salario mensual ascendía a 8.884.576 pesetas. En esta línea, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 1228/2006 de 6 de febrero (AS 2006\1908) consideró que no era una compensación adecuada aquella que percibió un trabajador con contrato indefinido cuyo salario era de 30.050,34 euros brutos al año, y que había acordado un pacto de no competencia de duración de un año con la empresa por la cual ésta última abonó durante la vigencia del contrato de trabajo 250,40 euros mensuales (alcanzando en total 3005 euros).

Comparando el caso concreto con esta serie de ejemplos entendemos que la compensación que percibió D. Felipe era adecuada. Por lo que respecta al primer ejemplo, la compensación es mayor que en caso concreto pero el salario que se recibe en la sentencia de contraste también es mayor. Y, en comparación con el último ejemplo, el salario de D. Felipe era bastante inferior y sin embargo, la compensación que percibía era mayor.

---

<sup>114</sup> Sempere Navarro, A. V. (2009). El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual. Óp. Cit.

<sup>115</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 184/2012 de 13 de enero, FJ quinto (AS/2012\170).

<sup>116</sup> *Ibidem*.

El cumplimiento de dicho requisito no depende del modo en que se abone la compensación<sup>117</sup>. Así, el momento de pago de la compensación será el acordado por las partes, pudiendo recibirse:<sup>118</sup>

- ✓ A la extinción del contrato:
  - mediante una cantidad a tanto alzado
  - por medio de pagos periódicos a lo largo del tiempo de vigencia del pacto: como por ejemplo la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 733/1998 de 15 de diciembre (AS 1998\4389) que estableció el pago de 800.000 ptas. pagaderas en 24 mensualidades a razón de 75.000 ptas. Mensuales tras la extinción del contrato de trabajo.
  - o por una combinación de ambos elementos
- ✓ Durante la vigencia del contrato:
  - fijándose mensualmente una cantidad sin concretar el "quantum": en el caso concreto se procede a pagar la compensación mediante este método –al igual que en la mencionada STSJ de Cataluña núm. 1228/2006 de 6 de febrero y la núm. 7045/2014 de 23 de octubre-.
  - prefijando de antemano el “quantum” pero haciéndola efectiva mensualmente
- ✓ Abonándose la compensación una parte durante la vigencia del contrato y otra una vez que se produce la extinción del mismo, STS, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 1991 (RJ 1991\792) en la cual se abona durante la vigencia del contrato 7.000.000 pesetas y a su extinción 13.000.000 pesetas.

Por ello, es completamente lícito que la empresa haya optado por abonar a D. Felipe la compensación mensualmente.

Asimismo, la compensación no tiene por qué ser abonada en moneda de curso legal, sino que también podrían entregarse otro tipo de bienes susceptibles de valoración económica<sup>119</sup>.

**Cuarto.- Interés efectivo.** Este requisito se ve cumplido si coincide el objeto social de las mercantiles **siendo intrascendente que las funciones desempeñadas por el trabajador sean o no exactamente las mismas**<sup>120</sup>. En este sentido, la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 461/2008 de 27 de mayo (JUR 2008/284204) dispone que **es suficiente para corroborar el incumplimiento de la obligación pactada por parte del trabajador la comparación de las actividades económicas** de las empresas. Si “operan alrededor de los mismos clientes potenciales ofertando bienes y servicios equivalentes” la obligación pactada se habrá incumplido. En otras ocasiones, dicho tribunal “presume el interés industrial efectivo sobre la base de criterios de razonabilidad objetiva, exigiendo para romper dicha presunción una actividad probatoria persuasiva por parte del trabajador”. Sin embargo, la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 718/2008 de 12 de noviembre (AS 2008/3044) no consideró la concurrencia de interés efectivo

---

<sup>117</sup> Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. Óp. Cit.

<sup>118</sup> STSJ, Sala de lo Social, Barcelona, núm.3626/2004 del 17 de marzo de 2004, FJ tercero (ROJ: STSJ CAT 3626/2004).

<sup>119</sup> Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. Óp. Cit.

<sup>120</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 986/2005 de 20 de diciembre de 2005, FJ cuarto (JUR 2006/64665).

fundamentándose en: el trabajador no recibió formación a cargo de la empresa; los clientes, precios y clientes están publicados en su página web; el objeto social de la posterior empleador es mucho más amplio<sup>121</sup>. Para comprobar si el objeto social de ambas empresas es el mismo acudirémos a sus respectivos estatutos. En todo caso, el supuesto nos indica que ambas empresas tienen por finalidad la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas, por lo que parece que se puede intuir que “Zumos Irenata S.A.” tenía interés efectivo. Asimismo, es preciso que la posterior empleadora “se pueda aprovechar de la formación recibida por el trabajador en la primera empresa, efectuando en su nuevo trabajo una actividad específicamente competitiva”<sup>122</sup>.

**Quinto.- Incumplimiento de la obligación** El TS, unificando doctrina, en la Sentencia del 15 de enero de 2009 (RJ 2009/653) establece la imposibilidad de que la empresa se reserve una cláusula contractual de renuncia unilateral ya que “contraviene la disciplina jurídica de los negocios jurídicos bilaterales, generadores de derechos y obligaciones para ambas partes que los conciertan” y, por tanto, debe considerarse nula. En el momento de aplicación del pacto, el empresario no puede alegar su inaplicación fundamentándose en la inexistencia de interés efectivo ya que contravendría lo estipulado en el artículo 1256 CC<sup>123</sup>.<sup>124</sup> Es decir, una vez acordada la cláusula de no competencia, ambas partes tienen la obligación de cumplirla.

“Dicha cláusula tiene naturaleza indemnizatoria; su incumplimiento por alguna de las partes, da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, extinguiéndose el pacto por aplicación de lo dispuesto en el art. 1101 del CC; éstos, de acuerdo con el art. 1167 del CC se concretaron en los previstos o que se hayan podido prever al constituirse la obligación y que sean consecuencias necesarias de su falta de cumplimiento”.<sup>125</sup>

Es importante señalar que la falta de pago por el empresario no libera al trabajador, si no que le habilita para reclamar la deuda.<sup>126</sup>

Ante el incumplimiento del trabajador, nos encontramos ante dos posibles situaciones:

- a. Que la cláusula sea válida, para lo cual debe cumplir los requisitos establecidos legalmente: si, por ejemplo no existe interés efectivo, la cláusula no es válida –el exceso de duración ya comentamos anteriormente que es una situación de nulidad parcial-. La empresa tiene el derecho a solicitar la devolución de lo abonado, teniendo el trabajador que enfrentarse a la indemnización en los términos que hubiesen pactado o incluso a otras indemnizaciones. Así, por ejemplo, en la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 733/1998 de 15 de diciembre (AS 1998\4389), además del pago de una indemnización por el incumplimiento –que puede consistir en la devolución de lo abonado-, se aprecia que el incumplimiento genera

---

<sup>121</sup> Urbistondo Otegui, C. (2009). Doctrina del TSJ de Madrid sobre el pacto de no competencia postcontractual. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 6/2009 para Fichas de Jurisprudencia. Recuperado el 7 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/>

<sup>122</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 426/1999 de 7 de septiembre, FJ segundo (AS 1999\3215).

<sup>123</sup> Artículo 1256 CE: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

<sup>124</sup> Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. Óp. Cit.

<sup>125</sup> STS, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 1990, FJ quinto (RJ 1990/7042).

<sup>126</sup> Nogueira Guastavino, M. (1998): El pacto laboral de no competencia postcontractual, Madrid (McGraw-Hill), p. 141.

una indemnización por daños y perjuicios a la empresa, que también deben ser resarcidos, por la cantidad que la empresa dejó de facturar.

- b. Que la cláusula sea nula en cuyo caso, en virtud del principio de prohibición de enriquecimiento injusto, el trabajador solo tendrá que devolver lo percibido sin tener que hacer frente a ningún tipo la indemnización.<sup>127</sup>

Por otro lado, debemos señalar que la indemnización en caso de incumplimiento por parte del trabajador puede ser pactada entre el trabajador y la empresa siempre y cuando dicha cláusula respete el principio de buena fe y no sea una cláusula abusiva<sup>128</sup>.

A modo de ejemplo, la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, núm. 285/2015 de 29 de junio (JUR 2015\293132) consideró excesivo, ante el incumplimiento del pacto-cuya duración era de seis meses-, que el trabajador tuviera que devolver lo percibido durante siete años -vigencia del contrato-, lo que ascendía a un total de 25.653,3 euros. El tribunal señaló que procedía la devolución de 2.186,34 euros. Por el contrario, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 7045/2014 de 23 de octubre (AS 2014\3216) señaló que, la cláusula que establecía que, en caso de incumplimiento, el actor debería devolver el doble de la compensación establecida (39.000 euros) no es abusiva y que se debe estar a lo libremente pactado por las partes.

Por todo ello, si atendemos a lo establecido libremente por las partes, consideramos procedente la devolución de lo percibido. Entendemos que el incumplimiento por parte de D. Felipe no supuso para la empresa otros perjuicios que requieran ser subsanados con una indemnización.

**Sexto.- Cuestiones procesales.** En virtud de lo dispuesto la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, corresponde a la jurisdicción social el conocimiento de esta causa. Asimismo, el artículo 14 del RD 1382/1985 establece que "*en los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y las Empresas como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en este Real Decreto serán de la competencia de los jueces y magistrados del orden jurisdiccional social*".

Por lo que se refiere a la capacidad procesal, D Felipe podrá comparecer en juicio por encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Asimismo, la capacidad procesal de "Zumos Irenata S.A." corresponde a quien legalmente la represente (art. 16 Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social).

Por lo respecta al plazo que ostenta el empresario para solicitar la devolución de lo entregado por incumplimiento del pacto de no competencia post.-contractual comienza en el momento en el que se produzca el incumplimiento y tenga conocimiento del mismo. Solo a partir de entonces (art. 1969 CC)<sup>129</sup> empieza el plazo de prescripción anual que

---

<sup>127</sup> Urbistondo Otegui, Clara (2009).Doctrina del TSJ de Madrid sobre el pacto de no competencia postcontractual. *Óp. Cit.*

<sup>128</sup> Sempere Navarro, Antonio V. (2009). El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual. *Óp. Cit.*

<sup>129</sup> Artículo 1969 C.C.: "*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*".

estipula el artículo 59.1 ET<sup>130</sup>. Si por el contrario, el legitimado no cumple este plazo, prescribirá la devolución de la reclamación completa.<sup>131</sup>

Por lo que respecta a la carga de la prueba, a la acreditación del incumplimiento por parte del trabajador corresponde a la empresa.<sup>132</sup>

### III. BLOQUE PENAL

#### I. SUPUESTO DE HECHO

**Primero.-** El 25 de febrero de 2014, Don Felipe tuvo una fuerte discusión con Arturo Gómez, uno de los socios de la empresa “Zumos Irenata S.A”. En este enfrentamiento, Arturo dio un puñetazo en la mejilla a Felipe, provocando una brecha que requirió cuatro puntos de sutura.

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- Lesiones<sup>133</sup>.** Las lesiones están reguladas en el Título III del Código Penal. La doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido en las lesiones es la salud de las personas, tanto en su vertiente física como en su vertiente psíquica<sup>134</sup>. Además, este bien jurídico está reconocido constitucionalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral, recogido en el artículo 15 CE<sup>135</sup>.<sup>136</sup>

Pero, ¿se considera lesión el ilícito de propinar un puñetazo ocasionando una brecha que requiera puntos de sutura? El **concepto de lesión** corporal aparece recogido en la STS, Sala de lo Penal, núm. 85/1998 de 9 de junio, fundamento jurídico segundo (Roj: STS 3783/1998), como: **“un daño en la sustancia corporal, una pérdida de sustancia corporal, una perturbación de las funciones del cuerpo, o una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. Pero, fuera de estos casos, también se ha entendido por lesión la producción de malestares físicos de cierta entidad, como la producción de terror o de asco.** <sup>137</sup>D. Arturo provoca un daño en la sustancia corporal de D. Felipe por lo que parece que realmente estamos ante una infracción de lesiones.

---

<sup>130</sup> Artículo 59.1 E.T.: “Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación. A estos efectos, se considerará terminado el contrato: a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo. b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita.”

<sup>131</sup> STS, Sala de lo Social, del 25 de octubre de 2010, FJ quinto (JR 2010\8456).

<sup>132</sup> STSJ de Barcelona, Sala de lo Social, núm. 8011/2005 (ROJ: STSJ CAT 839/2005).

<sup>133</sup> El art. 52 del Convenio Colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales establece que “agredir física o verbalmente a sus superiores o compañeros” es una falta muy grave que la empresa puede sancionar con la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días, con la inhabilitación por plazo no superior a cinco años para el paso a categoría superior, con la pérdida del derecho para elección del turno de vacaciones siguientes o, incluso con el despido.

<sup>134</sup> Apuntes Derecho Penal UDC, Lección 2: Lesiones. En este sentido también se pronuncia la STS, Sala de lo Penal, núm. 968/2012 de 30 de noviembre, FJ cuarto (RJ2012\11212).

<sup>135</sup> Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...).”

<sup>136</sup> Apuntes Derecho Penal UDC, Lección 2: Lesiones

<sup>137</sup> Con respecto a estos últimos fenómenos se ha entendido que sólo cabe apreciar la exigencia de incidencia corporal cuando «junto a la conmoción del equilibrio espiritual se dé también una excitación de los nervios

Hay dos **elementos** en este delito:

- ✓ **Objetivo:** “existencia de una lesión (o daño) a la víctima del hecho”<sup>138</sup>. En este caso la producción de una brecha a D. Felipe.
- ✓ **Subjetivo:** “dolo de lesionar menoscabando la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo”<sup>139</sup> D. Arturo conoce el daño que puede causar al dar un puñetazo a otra persona, por lo que en este supuesto existió dolo.

Ambos elementos del delito de lesiones se producen en el supuesto de hecho enunciado.

El sujeto pasivo y objeto material de estos delitos y faltas es todo ser humano con vida independiente. Por ello, se excluyen tanto a los muertos como quienes sólo poseen vida dependiente –aunque existe un delito de lesiones al feto-. Señalar que, aunque las autolesiones son impunes, no sucede lo mismo con las lesiones consentidas, que sí son castigadas. También se castigan expresamente los actos preparatorios (art. 151 CP)<sup>140</sup>.

**Segundo.- El tipo básico.** El tipo básico de este delito se regula en el artículo 147.1 CP, el cual dispone que *"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 (...) 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"*.

El artículo comienza diciendo *"el que, por cualquier medio o procedimiento"* lo que nos indica que estamos ante una acción típica de medios indeterminados. Por ello, podemos circunscribir en el tipo tanto comportamientos en los que se empleen medios violentos como aquellos que, sin ejercer fuerza física sobre la víctima, tienen capacidad para afectar sobre su salud.<sup>141</sup> En todo caso, D. Arturo sí que ejerce la fuerza física sobre D. Felipe, empleando para ello su puño.

Continúa señalando la necesidad de *"que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico"*. Esto es lo que lo diferencia de las faltas de lesiones y será lo que analizaremos posteriormente. La ley no define dichos términos, por lo que acudiremos a la jurisprudencia y a la doctrina:

✓ **Primera asistencia facultativa**

Se puede definir la primera asistencia como la “atención o cuidados que los profesionales de la sanidad prestan a quien los necesita. Se incluyen, pues, todos aquellos comportamientos dirigidos a eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos de la salud; también los cuidados paliativos para reducir el sufrimiento y las medidas preventivas dirigidas a impedir la aparición de menoscabos vinculados a la agresión”.<sup>142</sup> La jurisprudencia del TS establece que "la primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica. Hecha la cual, si el facultativo, entiende que no

---

sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles»”. “Por lo tanto, cabe considerar que un menoscabo transitorio de la salud mental es suficiente para configurar la gravedad requerida por el tipo del delito de lesiones”.

<sup>138</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 522/1996 de 19 de septiembre, FJ primero (RJ 1996/6744). SAP de Jaén núm. 64/2002 de 24 de septiembre, FJ primero (JUR 2002\264799).

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> Apuntes Penal Derecho UDC. Lección 2: Lesiones.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> *Ibidem*.



es preciso el sometimiento del lesionado a "tratamiento médico o quirúrgico" alguno, la calificación de las lesiones debe relegarse a categoría jurídica de falta, aunque se dispensen atenciones curativas "ad hoc" (desinfecciones, vendajes, etc.). Sólo persistirá el carácter delictivo en aquellos casos excepcionales en que la naturaleza del resultado aboque a una subsunción de los hechos en otro precepto más grave dentro del capítulo de las lesiones (v.g. pérdida de piezas dentarias o deformidad de otra naturaleza), aunque sea difícil concebir la innecesariedad de tratamiento médico en estos casos".<sup>143</sup> En este caso, si las lesiones sólo requiriesen esta primera asistencia facultativa, nos encontraríamos ante una de las faltas del artículo 617 CP, derogadas en la actualidad –serán analizadas posteriormente–.

#### ✓ Tratamiento médico o quirúrgico

La jurisprudencia ha señalado que, por tratamiento médico ha de entenderse "la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa".<sup>144</sup> El tratamiento quirúrgico es "cualquier acto de tal naturaleza -cirugía mayor o menor- que fuere necesario para curar, en su más amplio sentido".

El TS ha dispuesto que "las exigencias de tratamiento médico no pueden ser excesivas, pues de lo contrario se produciría una seria desprotección del bien jurídico que tutela este tipo penal". Además, también establece que "se debe considerar tratamiento aquél en el que se haya recurrido a medicamentos necesarios para controlar un determinado proceso posterior a una herida, siempre que el paciente pueda sufrir efectos secundarios que importan un riesgo de una perturbación no irrelevante para su salud".<sup>145</sup>

"El concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiera la intervención médica, con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesario y que no suponga nuevo seguimiento facultativo o simples vigilancias".<sup>146</sup>

Por todo ello, la STS, Sala de lo Penal, núm. 898/2002 de 22 de mayo, FJ primero, (RJ 2002/6844) concluye que el "tratamiento médico puede venir integrado por la imposición de una conducta determinada, incluso a cumplir por el propio lesionado, consistente o no en la toma de fármacos, dirigida a la curación, incluyendo en ella también la recuperación en condiciones aceptables, sin dolores excesivos y con la eliminación de riesgos, médica y estadísticamente ciertos y esperables, o de complicaciones serias, es decir, no irrelevantes para la salud del lesionado."

Señalar que el artículo 147 CP establece expresamente "*objetivamente para su sanidad*". Esto obliga a excluir "la subjetividad de su dispensa por un facultativo o de la propia víctima".<sup>147</sup> En este sentido, la STS, Sala de lo Penal, núm. 411/2009 de 17 de abril (RJ 2009\2950), entendió que la "herida con pérdida de sustancia de lóbulo de pabellón auricular izquierdo, con bordes zigzagueantes", debe ser calificada exclusivamente como primera asistencia médica, aunque posteriormente pueda repararse quirúrgicamente –ya que dicha actuación quirúrgica no es necesaria para la curación–.

---

<sup>143</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 1689/2001 de 27 de septiembre, FJ segundo (RJ 2001\8512).

<sup>144</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 747/2008 de 11 de noviembre de 2008, FJ sexto (ROJ: STS 6251/2008).

<sup>145</sup> *Ibidem*.

<sup>146</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 898/2002 de 22 de mayo de 2002, FJ primero (RJ 2002/6844).

<sup>147</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 180/2014 de 6 de marzo, FJ segundo (RJ 2014/2107).

A continuación, analizaremos si el puñetazo propinado por D. Arturo Gómez a D. Felipe podría encuadrarse en el supuesto de hecho enunciado en el citado artículo. ¿Requiere la brecha con puntos de sutura, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico?

**Tercero.- Puntos de sutura.**<sup>148</sup> Respeto al tratamiento de los puntos de sutura no hay unanimidad. Jurisprudencialmente, suelen ser tratados como tratamiento médico o quirúrgico. En este sentido, la STS, Sala de lo Penal, núm. 546/2014 de 9 de julio, FJ primero (RJ 2014/3545), y haciendo referencia a la jurisprudencia recabada por dicha Sala, señala que **existe tratamiento quirúrgico** “siempre que se actúa médicamente sobre el cuerpo del paciente de forma agresiva, como ocurre **cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura**, es decir siempre que la curación se persigue mediante la intervención directa en la anatomía de quien la necesite”. En esta línea, la SAP de Barcelona, núm. 484/2014 de 30 de junio, FJ segundo (RJ 2014\239485) señala que es tratamiento quirúrgico “la sutura (sutura) con hilo de seda o costura de los tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de heridas de cierta profundidad y que es preciso unir para que la misma cierre y la zona afectada quede, en lo posible, como estaba antes de la lesión”.

Asimismo, alega que “es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la haya encomendado a auxiliares sanitarios o se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir”.<sup>149</sup>

Por otro lado, aunque coincida temporalmente la primera actuación médica con el tratamiento médico o quirúrgico, no significa que no se traten de actuaciones distintas.<sup>150</sup> En este sentido, el TS dispone que “si la aproximación de los bordes de una herida para favorecer la soldadura de los tejidos es una operación susceptible de realizarse en un solo acto, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo, de manera que la intervención facultativa mantiene su actividad terapéutica durante todo ese periodo, en el que (la) lesión resulta tratada quirúrgicamente, aun cuando deba hablarse de cirugía menor”.<sup>151</sup>

Acogiéndonos a esta línea jurisprudencial, se concluye que, el ilícito cometido por D. Arturo, consistente en la provocación de lesiones con puntos de sutura, debe ser calificado a tenor de lo dispuesto en el artículo 147.1 CP.

---

<sup>148</sup> ¿Qué hubiese sucedido si en vez de la aplicación de puntos de sutura a D. Arturo se le aplicaran puntos stir-scrip? Los puntos de papel o stir-scrip son “pequeñas tiras autoadhesivas de esparadrappo que sirven para unir los lados de pequeñas heridas y no comportan sutura de hilo ni por ende empleo de aguja”( STS, Sala de lo Penal, núm. 546/2014 de 9 de julio, FJ segundo (RJ 2014\3545) son “puntos que se pegan y se utilizan en heridas incisas de poca profundidad y se pueden quitar por la misma persona lesionada o, incluso, se caen solos, sin necesidad de una retirada ulterior por un sanitario”(SAP de Barcelona, núm. 484/2014 de 30 de junio, FJ segundo (RJ 2014\239485). Sobre su tratamiento no hay acuerdo jurisprudencial. Por ejemplo, la SAP de Girona, núm. 476/2014 de 15 de septiembre, FJ segundo (JUR 2015/122047) señaló que “la colocación de los puntos stir-strip, supone tratamiento médico al existir un inicial pegamento tisular y posterior cura local”. El TS, en la sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 546/2014 de 9 de julio (RJ 2014/3545) estableció que “lo realizado fue un acto médico que, inmediato a la producción de la herida no se agotó en sí mismo (...) sino que prolongó sus efectos de manera estable a lo largo de tiempo: el necesario para producir la regeneración y soldadura de los tejidos dañados” por lo que “hay que afirmar que la zona traumatizada estuvo siendo tratada, es decir, mantenida médicamente”. Sin embargo, en otras ocasiones se determinó que los puntos de stir scrip no pueden ser considerados tratamiento quirúrgico, como así lo estableció la STS, Sala de lo Penal, núm. 298/2010 de 11 de marzo FJ tercero y cuarto (RJ 2010/4484).

<sup>149</sup> STS, Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 1996, FJ tercero, (RJ 1996/830).

<sup>150</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 546/2014 de 9 de julio, FJ primero (RJ 2014\3545).

<sup>151</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 321/2008 de 6 de junio, FJ primero (RJ 2008/3639).

**Cuarto.- Atenuantes y agravantes.** A pesar de lo dispuesto anteriormente, atendiendo al medio empleado o al resultado producido, podría calificarse el delito como:

✓ **Un tipo atenuado**

Regulado en el artículo 147.2 CP: se aplica cuando la lesión recogida en el artículo 147.1 recoge una menor gravedad. Un ejemplo de la aplicación del tipo atenuado lo podemos encontrar en la SAP de Barcelona, núm. 841/1997, de 28 de octubre (ARP 1997/1487). En este caso, los demandados “golpearon en repetidas ocasiones mediante puñetazos y patadas” al demandante. Consecuentemente, el demandante “sufrió contusiones múltiples y herida contusa en labio superior, precisando para su curación de la dispensa de puntos de sutura”. La AP entiende que “en atención a la entidad de la lesión sufrida, que consideramos menor (...), la dispensa de tales puntos de sutura hace rebasar la falta de lesiones para convertir el ilícito en delictivo (...) que de no acudir al supuesto de atenuación mentado resultaría en exceso gravoso y desproporcionado en relación a la entidad de la lesión sufrida”. Sin embargo, siguiendo la SAP núm. 830/2006 de 5 de octubre, FJ decimocuarto (RJ 2007/118374) no nos encontramos ante una menor gravedad, ni atendiendo al medio empleado ni al resultado producido. Ello se debe a que el empleo de los propios puños por parte del agresor, no puede considerarse como un instrumento objetivamente inadecuado para producir el resultado que se produjo. Respecto al resultado producido, nos encontramos ante un menoscabo de la integridad física que no puede adquirir la calificación del artículo 147.2 CP. Siguiendo esta línea jurisprudencial no cabe aplicar la atenuante de menor gravedad.

✓ **Un tipo agravado**

Tipificado en el artículo 148 CP. En este caso, el Juez debe valorar potestativamente el resultado causado o riesgo producido. Se trata de las acciones en las se utilizan armas, instrumentos o medios que hayan puesto en concreto peligro la vida o la salud física o psíquica del lesionado (...) <sup>152</sup> ¿Podría tener cabida en dicho artículo el empleo del puño? Se entiende por objeto peligroso "aquel que aumenta o potencia la capacidad agresiva del agente y crea un riesgo para la persona atacada con merma de sus posibilidades de defensa."<sup>153</sup> En este sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 426/2014 de 7 de octubre, FJ tercero (JUR 2015/87879), considera idónea la aplicación del artículo 148.1 CP alegando que “la acción integra unos medios o métodos concretamente peligrosos (...) dado que los acusados propinaron diversas patadas y puñetazos que dieron lugar a las lesiones”. Sin embargo, la STS, Sala de lo Penal, núm. 906/2010, de 14 de Octubre, FJ primero (RJ 2010/7846), no entiende que los puñetazos puedan encuadrarse en esta situación y señala que la aplicación de este artículo debe acreditarse en la “potencialidad lesiva superior a la del resultado efectivamente causado”. Por ello, siguiendo la línea jurisprudencial del TS, entendemos que no procedería la aplicación del tipo agravado.

---

<sup>152</sup> Además, en dicho artículo, también se recogen las acciones donde exista ensañamiento o alevosía; cuando la víctima sea menor de 12 años o incapaz; cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; o cuando la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Además, también prevén tipos agravados los arts. 149 y 150 CP, de obligada aplicación, cuando se produce la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, un sentido, impotencia o esterilidad, deformidad grave o grave enfermedad somática o psíquica; la mutilación genital y la pérdida o inutilidad de órgano o miembro no principal o deformidad no grave. Estas acciones no tienen cabida en el ilícito analizado.

<sup>153</sup> SAP de Jaén, núm. 111/2013 de 2 de mayo, FJ primero (JUR 2013/252640).

**Quinto.- De la pena.** Atendiendo al artículo 66.1.6ª CP, para la aplicación de la pena, “*cuando no concurran atenuantes ni agravantes*” los Jueces o Tribunales “*aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*”. Como ya se explicó anteriormente, no procede en la calificación del ilícito la aplicación ni de atenuantes ni de agravantes.

A modo de ejemplo de pena, en un caso similar, la SAP de Cáceres, núm. 39/2016 de 25 de febrero, antecedente de hecho primero (JUR/2016/79163), condenó al acusado “como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones, en grado de consumación y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como al pago de las costas procesales”. Asimismo, condenó al actor de los hechos “como responsable civil directo” debiendo indemnizar al perjudicado “en la cantidad de 1740 euros, más, en su caso, los correspondientes intereses legales.”<sup>154</sup>

**Sexto.- Cuestiones procesales. Legislación derogada.** ¿Qué ley aplicamos, teniendo en cuenta que la lesión producida por D. Arturo tuvo lugar el 25 de febrero de 2014?

La LO 1/2015, de 30 de marzo, modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, entrando en vigor el 28 de octubre de 2015. La nueva Ley establece, en su Disposición transitoria primera, 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*”. Por ello, a priori, atendiendo a la fecha de comisión del delito se aplicaría la ley derogada pero, a continuación analizaremos qué ley es más favorable para el reo, lo cual se realiza comparando la pena aplicable, así como la permisibilidad de imponer medidas cautelares<sup>155</sup>.

La derogada ley, prevé una pena de prisión de seis meses a tres años. Sin embargo, la LO 1/2015, permite imponer una pena de prisión de tres meses a tres años –siendo el límite inferior menor- o bien, una multa de seis a doce meses. Por ello, en este caso entendemos de aplicación la LO 1/2015. En este sentido, la SAP de Huelva, núm. 417/2015 de 26 de noviembre, FJ primero (JUR 2016/35826), consideró que procedía la aplicación de la misma “por ser más beneficiosa la regulación actual que la derogada”.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> En este caso, el acusado le había lanzado un puñetazo al demandante ocasionándole “fractura de huesos propios nasales y herida inciso contusa en dorso de la nariz que precisó para su sanidad, acontecida en 21 días, en 10 de los que permaneció incapacitado para el desempeño de sus ocupaciones habituales, de un tratamiento médico quirúrgico consistente en reducción de la fractura nasal e inmovilización mediante férula y limpieza y sutura de la herida con hilo de seda y que le restó una secuela a modo de cicatriz de 1 centímetro de longitud plana, de color rosado, que produce daño estético.”

<sup>155</sup> Una de las principales reformas del CP, es la eliminación de las infracciones constitutivas de falta. Determinadas actuaciones sancionadas con falta desaparecen del CP para tipificarse por la vía administrativa o civil. Sin embargo, otros quebrantamientos de mayor reproche punitivo pasan a ser catalogados como delitos, normalmente delitos leves que llevan aparejados una pena de multa. Consecuentemente, se suprimen las faltas de lesiones, pasando a catalogarse como delitos leves de lesiones. Así, la producción de una lesión que no lleve aparejada tratamiento médico o quirúrgico, se calificará en función de lo establecido en el artículo 147.2. No obstante, y como ya explicamos anteriormente, no nos encontramos ante una falta, si no ante un delito tipificado en el artículo 147.1.

<sup>156</sup> En este sentido también se pronuncia la SAP de León núm. 106/2016 de 18 de marzo (JUR 2016/87697).

**Séptimo.- Cuestiones procesales II.** D. Felipe, en virtud del artículo 147.4 CP, deberá interponer una denuncia –en la comisaría de policía o mediante un abogado en el juzgado competente- contra D. Arturo por la comisión de un delito de lesiones. Para ejercitar dicha acción, es necesario que D. Felipe goce de la plenitud de los derechos civiles (art. 102 LECrim).

De este delito, además de nacer una acción penal puede también nacer una acción civil, para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible (art. 100 LECrim). Asimismo, el artículo 112 LECrim establece que *“ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil”*.

Por lo que se refiere a la competencia, corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas criminales (art. 10 LECrim). Por lo que respecta a la instrucción de las causas, será *“el Juez de instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido”*. El conocimiento y fallo, cuando la sanción sea pena privativa de libertad que no exceda de cinco años o multa, independientemente de su cuantía, corresponderá al *“Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido”* (art. 14 LECrim). Aunque no sabemos dónde se ha cometido el ilícito, vamos a suponer que tuvo lugar en A Coruña –por ser el lugar del domicilio social de la empresa-. Por lo tanto, será competente el Juzgado de lo Penal de A Coruña.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 757 LECrim, el proceso se sustanciará mediante el procedimiento abreviado, ya que es el proceso establecido para *“los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años”*.

Es importante señalar que, juega un papel fundamental a lo largo de todo el proceso el parte médico que constata las lesiones sufridas.

La imposición de las costas procesales, correrán de cargo de D. Arturo, ya que éstas se entienden impuestas por ley a los criminalmente responsables (art. 123 CP).

#### IV. CONCLUSIONES

Atendiendo a la temática, para realizar el presente análisis, se ha estructurado el caso en tres bloques, a saber: bloque mercantil, bloque laboral y bloque penal.

Por lo que respecta al primero de ellos hay dos cuestiones claves a analizar. En primer lugar, la **validez de la celebración de la junta** ordinaria. Matizar en previa que la eficacia de los acuerdos tomados en la junta no puede hacerse depender de una simple cuestión de denominación, por lo que es indiferente que se hubiese convocado una junta ordinaria o extraordinaria.

Centrándonos en el examen de la validez, debemos estudiar la competencia para convocar. Esta facultad está reservada por la Ley al órgano de administración con carácter exclusivo. Los socios por sí, no pueden en caso alguno convocar válidamente la junta general de accionistas. En el caso concreto, se nos señala que son los socios los que convocan la junta. Los socios pueden formar parte del órgano de administración, por lo que, atendiendo al caso, la junta es válida si el consejo de administración está formado por ellos –aunque existen otras posibilidades que también derivarían en una legítima convocatoria-. Si D. Felipe compusiese, junto con los socios, el órgano de administración, éstos podrían convocar la junta general válidamente con el único objeto de regularizar dicho órgano. Si, por el contrario, los socios no forman parte del consejo de administración, deberían de haber acudido a la vía proporcionada por el artículo 168 LSC.

Sin embargo, el aspecto que mayor relevancia adquiere el caso es el lugar de celebración de la junta, objeto de diversas interpretaciones. Siguiendo lo establecido en la Resolución de la DGRN núm. 443/2014 de 19 de marzo, aunque los estatutos previesen la posibilidad de celebrar la junta en Pontevedra esto no sería lícito. Podrían prever, y así utilizar los legitimados para convocar la junta, otro término municipal de A Coruña, por ejemplo Culleredo pero, la ciudad de Pontevedra –a falta de otros datos del caso concreto que puedan señalar lo contrario- es un lugar completamente desconectado del centro de imputación de las relaciones de los socios con la sociedad y por lo tanto, es nula la convocatoria y, por ende, la junta que se hubiese celebrado.

Lo más propicio para la empresa hubiese sido la celebración de una junta universal y más encontrándonos en una empresa con un capital social bastante concentrado, que le permitiría su celebración en cualquier lugar. Sin embargo, los socios realizaron una junta ordinaria que, en el caso de devenir nula, no pueden subsanarse los defectos convirtiéndola en una junta universal ya que se trataba de una junta prevista y previamente convocada y no una junta espontánea y no convocada, como es la universal.

Por todo lo expuesto, cualquiera de los administradores, tercero que acredite un interés legítimo o socio podrá proceder a la impugnación de los acuerdos sociales acordados en la junta siempre que, en el momento de la junta, hubiese hecho constar su desacuerdo.

Por otro lado, el caso señala la existencia de dos empresas que entran en conflicto en torno a sus marcas. La cuestión a analizar es si **“Zumos Irenata S.A.” puede ejercitar alguna acción contra “Zumfruit S.A.”** En primer lugar, señalar que el TS se acogió a la tesis de primacía de la LM sobre la LCD, atribuyéndole a esta un carácter meramente complementario. La Ley que establece el régimen jurídico de los signos es la de marcas y, por ello, será la norma que aplicaremos para valorar si “Zumos Irenata S.A”, como titular de un derecho subjetivo, puede ampararse en la tutela judicial.

El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico. Este registro no es obligatorio, sin embargo, es aconsejable ya que sólo así nacerá el derecho de exclusiva sobre los mismos.

“Zumos Irenata S.A” podría, por un lado, oponerse al registro de la marca compuesta que quiere registrar “Zumfruit S.A.” por concurrir los presupuestos aplicativos de la prohibición de registro del artículo 6.1 b) LM al existir una evidente similitud de su elemento gráfico, así como una manifiesta relación entre las áreas comerciales en las cuales despliegan sus efectos, perteneciendo ambas a la clase 32 de la Clasificación de Niza, ofreciendo productos que satisfacen las mismas finalidades y necesidades, dirigiéndose al mismo público destinatario y empleando el mismo canal de distribución, lo que impide la pacífica convivencia de ambos signos en el mercado.

Por otro lado, el mencionado derecho de exclusiva concede al titular de una marca registrada, el derecho a prohibir que usen su marca o u otro signo idéntico o semejante sin su consentimiento. El artículo 40 LM posibilita al titular a ejercer las acciones civiles y penales correspondientes. En este sentido, el remedio más eficaz para que evitar el uso de la marca, es la acción de cesación pero, el titular también tiene derecho a otras acciones como la solicitud de una indemnización por daños y perjuicios.

Matizar que, a priori, ninguna de las marcas vulnera el artículo 5.1 c), g) e i) ya que entendemos que la marca no se compone exclusivamente de signos que indiquen la procedencia geográfica, que la procedencia de los productos es la misma a la que alude

la indicación gráfica y que, además, ambas contaron con la autorización necesaria para emplear un signo que reproduce o imita la bandera de una provincia.

En el bloque laboral analizaremos por un lado, **la validez de la cláusula de no competencia del contrato D. Felipe**. En relación a la duración del pacto, éste no podrá tener una duración superior a dos años –así lo establece el RD de Alta Dirección-. Si entendiésemos que se trata de una relación común deberíamos valorar si D. Felipe podría considerarse técnico –duración máxima de dos años- o no –duración máxima de seis meses-. Para determinarlo acudimos al Convenio Colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales, que realiza una clasificación de los trabajadores. Atendiendo al trabajo desarrollado por D. Felipe en “Zumos Irenata S.A.”, se califica como personal técnico. Por ello, es válida la duración del pacto. En caso contrario, el pacto no deviene nulo, sino parcialmente nulo, siendo suficiente la rectificación de este punto. Además, el pacto se tendrá por no puesto si, en contrapartida, la empresa no compensa económicamente a D. Felipe. Pero, además, esta compensación tiene que ser adecuada atendiendo, entre otras cosas, a los respectivos sacrificios en los que incurren las partes. Comparando el caso concreto jurisprudencialmente, y teniendo de referencia el salario anual fijado en el convenio correspondiente al personal técnico, se entiende que la compensación es adecuada. Por último, se cumple el requisito de interés efectivo puesto que ambas empresas operan alrededor de los mismos clientes potenciales ofertando bienes y servicios equivalentes.

Por otro lado, **¿qué efectos jurídicos tiene la contratación de D. Felipe por parte de la empresa “Zumitos S.A.”?** El hecho de que D. Felipe comience a trabajar en “Zumitos S.A.” antes de que transcurra el tiempo pactado, faculta a “Zumos Irenata S.A.” a reclamar la devolución de lo abonado, teniendo el trabajador que enfrentarse a la indemnización en los términos que hubiesen pactado o incluso a otras indemnizaciones, como por ejemplo, por daños y perjuicios –en caso de ser nula la cláusula, D. Felipe sólo debería devolver lo abonado sin tener que hacer frente a ningún tipo de indemnización-.

Matizar que, el mencionado Convenio Colectivo establece que los trabajadores que deseen cesar voluntariamente al servicio de la empresa deberán ponerlo en conocimiento de la misma, cumpliendo, como mínimo el plazo de un mes, establecido para el personal técnico y administrativo. Periodo que, D. Felipe no cumplió, por lo que pierde el derecho al abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos, que asciende, aproximadamente, a un total de 626 euros.

Por último, en el bloque penal analizamos **las posibles consecuencias penales de la agresión de Arturo a Felipe**, consistente en propinar a este un puñetazo que requirió para su curación cuatro puntos de sutura. En primer lugar, señalar que la legislación aplicable al caso es la LO 1/2015, de 30 de marzo, por ser la más favorable para el reo. A raíz de las lesiones sufridas por D. Felipe, éste está legitimado para interponer una demanda contra Don Arturo, la cual se sustanciará en el procedimiento abreviado. D. Arturo deberá ser declarado culpable por la comisión del delito de lesiones tipificado en el artículo 147.1 CP. Para la aplicación de dicho artículo, es preciso que la sanidad de la lesión requiera objetivamente, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Tratamiento jurídico que se aprecia siempre que se actúa médicamente sobre el cuerpo del paciente de forma agresiva, como ocurre cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura, es decir siempre que la curación se persigue mediante la intervención directa en la anatomía de quien la necesite. No hay lugar a la apreciación de atenuantes ni de agravantes.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **✓ LEGISLACIÓN**

- Constitución Española de 1978
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de 14 Marcas
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección
- Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la 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
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Código Civil
- Resolución de 11 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales.

### **IV. JURISPRUDENCIA**

- STJCE de 20 de marzo de 2003 (asunto C.291/00)
- STJCE de 29 de septiembre de 1998 (TJCE 1998\220)
- STS, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5595)
- STS, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6516)
- STS, Sala de lo Social, de 24 de enero de 1990 (RJ 1990\205)
- STS, Sala de lo Social, de 28 de junio de 1990 (RJ 1990\5537)
- STS, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 1990 (RJ 1990\6998)
- STS, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7042)
- STS, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 1991 (RJ 1991\792)
- STS, Sala de lo Social, de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991/1835)
- STS Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/830)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 522/1996 de 19 de septiembre (RJ 1996/6744)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 85/1998 de 9 de junio (Roj: STS 3783/1998)
- STS, Sala de lo Social, de 4 de junio de 1999 (RJ 1999\5067)
- STS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2000 (ROJ: STS 7640/2000)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 1689/2001, de 27 de septiembre (RJ 2001\8512)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 722/2002 de 26 de abril (RJ2002/7022)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 898/2002 de 22 de mayo (RJ 2002/6844)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 620/2003 de 19 de junio (RJ 2003\4246)
- STS, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2004 (RJ 2004\1727)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 42/2004 de 28 de enero (RJ 2004\632)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 392/2005 de 17 de mayo (RJ 2005\4004)



- STS, Sala de lo Civil, núm. 1258/2006 de 1 de diciembre (RJ 2006/8159)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 751/2007 de 21 de septiembre (RJ 2007/708)
- STS, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008\1777)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 321/2008 de 6 de junio (RJ 2008/3639)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 747/2008 de 11 de noviembre (ROJ: STS 6251/2008)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 1028/2008 de 22 de noviembre (RJ 2009/413)
- STS, Sala de lo Social, de 15 de enero de 2009 (RJ 2009/653)
- STS, Sala de lo Social, de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009\1445)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 411/2009 de 17 de abril (RJ 2009\2950)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 696/2009 de 2 de noviembre (RJ 2008\5825)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 72/2010 de 4 de marzo (RJ 2010/1454)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 298/2010 de 11 de marzo (RJ 2010/4484)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 108/2010 de 16 de marzo (RJ 2010\2397)
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de mayo (RJ 2010\4967)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 906/2010, de 14 de Octubre (RJ 2010/7846)
- STS, Sala de lo Social, del 25 de octubre de 2010 (JR 2010\8456)
- STS, Sala de lo Civil, núm. 784/2010 de 9 de diciembre (RJ 2011\291)
- Auto del TS, Sala de lo Social, de 24 de mayo de 2011 (JUR 2011\236493)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 968/2012 de 30 de noviembre (RJ2012\11212)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 180/2014 de 6 de marzo (RJ 2014/2107)
- Auto del TS, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2014 (RJ 2014\221118)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 389/2014 de 12 de mayo (RJ 2014/2807)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 546/2014 de 9 de julio (RJ 2014\3545)
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2016 (ROJ STS 1665/2016)
- SAP de Barcelona, núm. 841/1997, de 28 de octubre (ARP 1997/1487)
- SAP de Barcelona, de 4 de junio de 1998 (AC 1998\1182)
- Auto de la AP de Barcelona núm. 262/2001 de 21 de noviembre (AC 2004\287)
- SAP de Barcelona de 28 de junio de 2002 (JUR 2004\14073)
- SAP de Jaén núm. 64/2002 de 24 de septiembre (JUR 2002\264799).
- SAP núm. 830/2006 de 5 de octubre (RJ 2007/118374)
- Auto de la AP de Cádiz, núm. 43/2008 de 26 de mayo (JUR 2011\26797)
- SAP de Jaén, núm. 111/2013 de 2 de mayo (JUR 2013\252640)
- SAP de Pontevedra núm.292/2013 de 3 de julio (JUR 2013\254954)
- SAP de Barcelona, núm. 484/2014 de 30 de junio (RJ 2014\239485)
- SAP de Girona, núm. 476/2014 de 15 de septiembre (JUR 2015/122047)
- SAP de Murcia, núm. 694/2015 de 26 de noviembre (AC 2015\1708)
- SAP de Barcelona, núm. 5/2016 de 12 de enero (AC 2016\261)
- SAP de Cáceres, núm. 39/2016 de 25 de febrero (JUR/2016/79163)
- SAP de León núm. 106/2016 de 18 de marzo (JUR 2016/87697)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 733/1998 de 15 de diciembre (AS 1998\4389)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 426/1999 de 7 de septiembre, (AS 1999\3215).
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 4218/2000 de 16 de mayo, (AS2000\1925).
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 2250/2003 de 8 de abril (AS 2003/2255).
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 2258/2004 de 17 de marzo (JUR 2004\146080).
- STSJ de Barcelona, Sala de lo Social, núm. 8011/2005 (ROJ: STSJ CAT

- 839/2005).
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 986/2005 de 20 de diciembre, (JUR 2006/64665).
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 1228/2006 de 6 de febrero (AS 2006\1908)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 461/2008 de 27 de mayo (JUR 2008/284204)
- STSJ de Sevilla, Sala de lo Social, núm. 2554/2008 de 17 de julio (AS 2009\1898)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 718/2008 de 12 de noviembre (AS 2008/3044)
- STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 682/2009 de 14 de abril (RJCA 2009\801)
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 8494/2009 de 19 de noviembre (JUR 2010\50598)
- STSJ de Cataluña, la Sala de lo Social, núm. 184/2012 de 13 de enero (AS 2012\170)
- STSJ de Aragón núm. 182/2013 de 19 de abril (JUR 2013\188206)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1088/2013 de 11 de septiembre (JUR 2013\311936)
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 7045/2014 de 23 de octubre (AS 2014\3216)
- STSJ de Navarra, Sala de lo Social, núm. 285/2015 de 29 de junio (JUR 2015\293132)
- SJM de Valencia, de 6 de marzo de 2015 (AS 2015/1751)
- SJM de Valencia, de 25 de septiembre de 2015 (AC 2015\1748)
- Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 1981 (RJ 1981/2183)
- Resolución de la DGRN núm. 11857/203 de 14 de octubre (RJ 2013 \7710)
- Resolución de la DGRN de 16 de Diciembre de 2013
- Resolución de la DGRN, núm. 727 de 2013, de 19 de diciembre (RJ 2013/1155)
- Resolución de la DGRN núm. 4443/2014 de 19 de marzo (RJ 2014\2063)
- Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2015

## ✓ DOCTRINA

- Apuntes Derecho Penal UDC. Lección 2: Lesiones.
- Agra Viforcós, B. (2007). Determinabilidad de la compensación adecuada por un pacto de no competencia suscrito en el documento de finiquito. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* parafr.num.47/200713/2007 parte Presentación. Recuperado el 12 de mayo de 2016 <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/>
- De Miguel Asensio P.A (Enero de 2015). Derechos de Propiedad industrial. *Estudios y comentarios Legislativos (Civitas). Derecho Privado de Internet. Editorial Aranzadi, SA.* Recuperado el 4 de junio de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>
- De Val Tena, A.L. (2000). Extinción del contrato por dimisión del trabajador: incumplimiento del plazo de preaviso comprometido en la comunicación dirigida al empresario. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 12/2000 parafr. 46 (BIB 2000\1468). Recuperado el 5 de junio de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/>
- Editorial Aranzadi, SA, (Enero de 2013) La organización de la sociedad anónima. *Manuales universitarios. Casos y materiales de Derecho Mercantil.* Recuperado el 28 de mayo de 2016 de [http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es.](http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es)

- Editorial Aranzadi, SA, (Enero 2015). Relaciones laborales individuales. *Practicum. Practicum Recursos Humanos 2016* (BIB 2015/2005). Recuperado el 4 de julio de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es/>
- García Pérez, R. (2012). Nuevas relaciones entre la Ley de Marca y la Ley de Competencia Desleal. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2012. Recuperado el 10 de junio de 2016 <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es/>
- González R., Menéndez A. y Muñoz JM (Enero 1992). Comentarios al art. 100 LSA: facultad y obligaciones de convocar. *La junta general de accionistas [Artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)*. Recuperado el 29 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es>
- Luján Alcaraz, J. (2009). La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social num.3/2009 parte Tribuna*. Recuperado el 11 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es/>
- Muñoz, J. (2010). El riesgo de confusión en el derecho de marcas. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 29/2010 2 parte Justicia Deportiva. Recuperado el 4 de junio de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es>
- Muñoz Palma C. y Tortuero Ortiz J. (2013). Algunas cuestiones prácticas sobre la impugnación de acuerdos sociales. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2013 parte Estudio. Recuperado el 2 de junio de 2016 en <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es>
- Muñoz Palma, C. (2015). El lugar de celebración de la junta general. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2015 parte comentario. Recuperado el 29 de mayo de 2016 <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es>
- Nieto Rojas, P. (2016). El establecimiento convencional de límites a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad. *Revista de Información Laboral num.4/2016 parte Art. Doctrinal*. Recuperado el 7 de mayo, de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es/>
- Nogueira Guastavino, M. (1998): El pacto laboral de no competencia postcontractual, Madrid (McGraw-Hill)
- OEPM. Prohibiciones relativas. Recuperado el 11 de mayo de 2016 de <http://www.oepm.es/>
- Pérez Moriones, A. (2013). La necesaria constancia de la aceptación unánime de la celebración de la reunión para la válida constitución de junta universal. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2013 parte Estudio. Recuperado el 29 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es>
- Requero Fernandez, José Luis (2016). ¿Puedo registrar cualquier marca? Actualidad Jurídica Aranzadi num. 918/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2016. Recuperado el 2 de junio de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es/>
- Rodríguez Artigas, F. (2011). La junta general. *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 36/2011 1 parte Estudio. Recuperado el 28 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es>
- Urbistondo Otegui, C. (2009). Doctrina del TSJ de Madrid sobre el pacto de no competencia postcontractual. *Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 6/2009 para Fichas de Jurisprudencia*. Recuperado el 7 de mayo de 2016 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es/>

## **ANEXO**

### **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.