



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Titulación: Grado en Derecho

Trabajo de Fin de Grado

*Defensa de la
competencia e
imitación de marca*

Autora: Sara del Río Hermo

Tutor: José Antonio Portero Molina

**Trabajo de fin de grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña
para la obtención del Grado en Derecho**

ÍNDICE:

Pág.

Abreviaturas	3
Supuesto de hecho	4
Cuestiones	4
<u>Bloque 1: Dictamine acerca de la validez de la cláusula de no competencia del contrato de Felipe.</u>	
1.1. Origen y concepto del derecho de la competencia.....	5
1.2. Del pacto de no competencia post-contractual.....	10
1.3. Diferencia con otros pactos.....	12
1.4. Validez de la cláusula de no competencia.....	13
<u>Bloque 2: Analice las posibles consecuencias penales de la agresión de Arturo a Felipe.</u>	
2.1. Del delito de lesiones.....	16
2.2. Concepto de asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico.....	17
2.3. Consecuencias penales de la agresión.....	19
<u>Bloque 3: Razone sobre la validez de la celebración de la junta ordinaria.</u>	
3.1. Breves nociones acerca de la sociedad anónima.....	22
3.2. De la junta general y sus requisitos.....	23
3.3. Validez de la celebración de la junta ordinaria.....	24
<u>Bloque 4: Efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por parte de la empresa “ZUMITOS S.A.”.</u>	
4.1. El Director General de la Sociedad Anónima.....	26
4.2. El deber de no competencia.....	27
4.3. Incumplimiento del pacto de no competencia post-contractual por el trabajador.....	28
4.4. Efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por la empresa “ZUMITOS S.A.”.....	29
<u>Bloque 5: ¿Puede ejercitar “ZUMOS IRENATA S.A.” alguna acción contra “ZUMFRUIT S.A.”?</u>	
5.1. De la propiedad industrial.....	33
5.2. De la marca.....	35
5.2.1. Cuestiones básicas.....	35
5.2.2. De la marca tridimensional.....	37
5.2.3. De las prohibiciones absolutas y de las prohibiciones relativas.....	38
5.2.4. Del riesgo de confusión.....	41
5.2.5. Acciones que puede ejercitar “ZUMOS IRENATA S.A” contra “ZUMFRUIT”.....	44
Conclusiones finales	47
Fuentes	
I. Bibliografía.....	49
II. Legislación.....	50
III. Jurisprudencia.....	50

ABREVIATURAS:

AP	Audiencia Provincial
BORM	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CCo	Código de Comercio
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
E.T.	Estatuto de Trabajadores
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCU	Ley de Consumidores y Usuarios
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LM	Ley de Marcas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
RD	Real Decreto
RDAD	Real Decreto de Alta Dirección
RDL	Real Decreto Legislativo
RM	Reglamento de Marcas
S.A.	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TCE	Tratado de la Comunidad Europea (Tratado constitutivo)
TCT	Tribunal Central del Trabajo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

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

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

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

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

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

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

CUESTIONES:

Bloque 1: Dictamine acerca de la validez de la cláusula de no competencia del contrato de Felipe.

Bloque 2: Analice las posibles consecuencias penales de la agresión de Arturo a Felipe.

Bloque 3: Razone sobre la validez de la celebración de la junta ordinaria.

Bloque 4: Efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por parte de la empresa “ZUMITOS S.A.”.

Bloque 5: ¿Puede ejercitar “ZUMOS IRENATA S.A.” alguna acción contra “ZUMFRUIT S.A.”?

BLOQUE 1:

Dictamine acerca de la validez de la cláusula de no competencia del contrato de Felipe

- 1.1. Origen y concepto del derecho de la competencia**
- 1.2. Del pacto de no competencia post-contractual**
- 1.3. Diferencia con otros pactos**
- 1.4. Validez de la cláusula de no competencia**

1.1. Origen y concepto del derecho de la competencia:

El **origen** del Derecho de la competencia se remonta a la Norteamérica de finales del siglo XIX. Desde entonces, no ha hecho más que evolucionar y extenderse progresivamente al resto del mundo para convertirse, a día de hoy, en un cuerpo de normas de aplicación a nivel prácticamente universal. Es la rama del Derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios. Busca promover la competencia entre las empresas en el mercado y el fomento de la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente. El objetivo del Derecho de la competencia es promover la "competencia justa" entre las empresas. Ha tenido un efecto importante en las prácticas empresariales y la reestructuración del sector industrial en los países donde se ha adoptado. Basadas en la premisa de que el comercio libre beneficia tanto a consumidores, empresas y la economía en general, la ley prohíbe distintos tipos de restricciones comerciales y el abuso de monopolización. Para realizar este análisis acerca de la competencia, nos adelantaremos al siglo XX.

El derecho de la competencia es también conocido como el derecho *antitrust* y tiene su origen en el Derecho de los Estados Unidos. Son las peculiaridades económicas de este país las que explican que éste derecho *antitrust* naciese en Estados Unidos; pues, entre otros acontecimientos, el Estado permanecía en gran medida ajeno a la actividad económica. Esta causa se debía a que los ciudadanos estadounidenses despertaban cierta desconfianza en lo que se refiere a la injerencia del Estado en la esfera privada. Ligado a esto, el fenómeno de concentración de poder económico fue percibido por la opinión pública como un peligro para la democracia, suceso ante el cual se encontraban indefensos. Ante esto, el legislador decide actuar e interviene para limitar –o en determinados casos prohibir- la libertad de pactos entre competidores a través de la adopción de una Ley, la *Ley Sherman*. Ésta declaró ilegal <<todo contrato, asociación en forma de trust¹ o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras>>².

Paralelamente, y en relación con la Ley citada, el concepto de derecho *antitrust* consiste en el conjunto normativo orientado a proteger la competencia real y practicable. Para ello, utiliza instrumentos como la prevención y la sanción de los acuerdos o conductas que pretendan restringir la libre competencia, así como los abusos de las posiciones de monopolio. Por consiguiente, lo que esta legislación pretende es tratar de evitar la implantación de obstáculos o limitaciones por parte de los mismos agentes económicos, sancionando aquellas modalidades de competencia que constituyan conductas contrarias

¹ El término "trust" define la situación en que varias empresas que producen los mismos productos se unen formando una sola empresa.

² ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de derecho de la competencia*, 2008, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), pág. 20

a la corrección y los buenos usos mercantiles, aun cuando no la restrinja notoriamente; tal y como veremos más adelante.

A continuación, nos centraremos en el ámbito europeo. Allí, el clima socioeconómico no era tan propicio a la adopción del Derecho de la competencia, de hecho, la implantación de mismo –tras la Segunda GM- está intrínsecamente ligada al proceso de integración europea. Esto fue debido a que las empresas europeas eran de menor tamaño que las estadounidenses y por lo tanto el riesgo de cartelización o abuso era mucho menor. Como ya sabemos, en la década de los cincuenta, seis estados europeos (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos) firman los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, que constituyen la fuente originaria del Derecho comunitario. Fue a partir de entonces, con el Tratado de Roma de 1957, cuando se impulsó la integración económica y la creación del Mercado Único. Los mencionados Tratados ya establecían desde un principio, al modo del Derecho *antitrust* estadounidense al que nos hemos referido con anterioridad, normas de defensa de la competencia que prohibían tanto los acuerdos colusorios como los abusos de posición dominante.

El artículo 3 TCE establece los objetos de la Comunidad Europea entre los cuales se incluyen las normas de competencia. De este modo, dicho artículo nos dice que: “*la acción de la comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: (...) g) Un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado interior*”³. Como vemos, uno de los fines primordiales dentro de los objetivos de la Comunidad Europea, era la creación de un mercado común, sin fronteras económicas, así como normas destinadas a salvaguardar un régimen de libre competencia. Las normas de competencia, por tanto, permiten la liberación de recursos en la economía que, de otro modo, serían capturados por las empresas mediante prácticas no permitidas. Por ello, la adopción del derecho de la competencia en Europa tiene un impacto positivo.

Así mismo, las normas relativas a la libre competencia son un complemento necesario para el establecimiento de un mercado común. Ello lo vemos de manifiesto, sobre todo, en los arts. 81 y 82 TCE, pues permiten evitar la reconstrucción por parte de las empresas de las fronteras entre Estados. A grandes rasgos, el art. 81 prohíbe los acuerdos entre empresas (entendiéndose por acuerdos diversos tipos de conductas y no sólo acuerdos en el sentido literal de la palabra), las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia; y el art. 82 prohíbe la explotación por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común.

Como vemos, también en el ámbito europeo, la normativa citada en referencia a la defensa de la competencia, va dirigida enteramente a la protección de la misma y a la sanción de conductas ilícitas o que simplemente puedan causar algún tipo de perjuicio tanto a otras empresas como a los consumidores y a la economía en general, pues de lo contrario, muchos agentes económicos aprovecharían su situación en el mercado, o el impacto que hayan tenido o tengan en el mismo, para enriquecerse y convertirse en líderes, en lo que a competencia se refiere, pudiendo llevar a cabo cualquier tipo de acto o conducta. Sin embargo, la implantación de la normativa *antitrust* en Europa no fue un fenómeno exclusivo del Derecho comunitario, sino que los Estados europeos también adoptaron normas sobre defensa de la competencia en sus ordenamientos jurídicos nacionales. Aquí nos centraremos, brevemente, en el caso de España.

³ Art. 3.1.g), Versión consolidada del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, C 325/35, 24 de diciembre de 2002

España adoptó por primera vez normas *antitrust* a través de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, la cual se inspiraba en los ya citados artículos 81 y 82 TCE; pero su aplicación no fue satisfactoria. En 1986, España pasa a formar parte de las Comunidades Europeas (actual UE), por lo que su integración exige la aceptación en su totalidad del llamado <<acervo comunitario>>, es decir, el conjunto de normas componentes del Derecho comunitario. Por tanto, desde 1986 los operadores económicos activos en España están sometidos a dos ordenamientos jurídicos que contienen normas de defensa de la competencia, por un lado, el ordenamiento comunitario, y por otro, el nacional (contenido primero en la Ley 110/1963, después en la Ley 16/1989 y actualmente en la Ley 15/2007 –a la que haremos mención-). A su vez, las autoridades españolas de defensa de la competencia no se limitan a aplicar el Derecho nacional de defensa de la competencia, sino que también pueden aplicar el Derecho *antitrust* comunitario.⁴

Pues bien, con un carácter muy general, ya hemos visto como se produjo el origen del derecho de la competencia y, en particular, del derecho de defensa de la competencia o derecho *antitrust*. Como se puede observar, se trata de una de las materias más importantes en lo que al correcto funcionamiento del mercado y la economía se refiere, lo cual se pone de manifiesto ya desde el siglo XIX, aunque principalmente en Norteamérica, pero poco a poco se va extendiendo hasta Europa, tal y como se menciona al inicio de este apartado.

Una vez que sabemos cómo surge el derecho de la competencia, vamos a proceder a analizar o definir lo que sería el **concepto** de la misma. El Derecho de la competencia tiene un impacto considerable en la actividad cotidiana de las empresas. Sin embargo, a pesar de ello, todavía se trata de una materia no tan conocida como se piensa para las propias empresas y para diversos profesionales del Derecho.

La competencia consiste en el esfuerzo que realizan las empresas para conseguir una ventaja en el mercado mediante la mejora de la oferta dirigida a la clientela. Su objetivo fundamental es velar por que el comportamiento de las empresas no incida de forma negativa sobre los consumidores y sobre la economía en general. Una de las características más relevantes del mercado competitivo es que vendedores y compradores actúan independientemente los unos de los otros; por tanto, esta independencia obliga a los vendedores a buscar por ellos mismos la oferta del producto que mejor pueda satisfacer a los consumidores.

Según la teoría económica, la competencia constituye la manera más eficiente de asignar los recursos disponibles en el mercado, puesto que los vendedores deben destinar sus esfuerzos a producir los bienes más valorados por los consumidores y, además, deben hacerlo al menor coste de producción posible debido a la relación que esto tiene con el precio de venta al público. Esto pone de manifiesto que la competencia es un valor que ha de ser protegido, dado que es de ésta de quién depende que los consumidores queden satisfechos, así como la bonanza de la economía en general. Ahora bien, la competencia perfecta es un modelo económico que sólo tiene lugar cuando se dan, entre otras, las siguientes circunstancias⁵

- Que haya un número elevado de compradores y vendedores, de modo que ninguna empresa pueda por sí misma condicionar el precio del producto

⁴ ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de derecho de la competencia*, 2008, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), pág. 26

⁵ BELLO MARTÍN-CRESPO, M^a P., COSTAS COMESAÑA, J., GARCÍA CACHAFEIRO, F., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., LENCE REIJA, C., QUINTÁNS EIRAS, M^a R., RODRIGUEZ MÍGUEZ, J. A., TOBÍO RIVAS, A. M^a, *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Primera edición, 2009, Ed. Aranzadi S.A., pág 38

- Que los productos sean homogéneos para que los consumidores puedan encontrar alternativas a los mismos
- Que no existan barreras de entrada que impidan a las empresas introducirse en un determinado sector económico
- Que el mercado sea transparente, es decir, que consumidores y proveedores dispongan de la información necesaria para adoptar de forma correcta sus decisiones

Es difícil que se den todas estas circunstancias, pues, en determinadas ocasiones la desviación del modelo competitivo tiene lugar ya no sólo por las circunstancias del mercado, sino por la voluntad de las propias empresas. Éstas pueden verse tentadas a evitar la mutua competencia por medio del establecimiento de sus propias reglas, o, tratándose de un operador muy poderoso, podría intentar "quitarse de en medio" a sus competidores más pequeños. Es en este tipo de situaciones cuando el Derecho de la competencia interviene para poner fin a las conductas que ponen en peligro el funcionamiento de los mercados.

En nuestro país, al igual que en la mayoría, el Derecho de la competencia se ha desarrollado a través de dos diferentes sistemas normativos:

- En primer lugar, el sistema regulador de la libertad de competencia. Estas normas tienen como finalidad la defensa de la competencia y prohíben o someten a control los comportamientos de los operadores económicos que impidan la existencia de la competencia en el mercado.
- En segundo lugar, el sistema regulador de la competencia desleal. Estas normas se ocupan de la corrección en la realización de las actividades competitivas en el mercado

Por tanto, podemos decir que la competencia se trata de un bien tutelado y defendido por el Derecho en base a una doble vertiente: la libertad y la lealtad.

En este contexto, debemos mencionar, por un lado, la de la Ley de Defensa de la Competencia, actualmente Ley 15/2007. Esta Ley prohíbe la realización de tres tipos de conductas empresariales: los acuerdos o prácticas colusorias, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia. Dentro de los acuerdos o prácticas colusorias nos encontramos con lo siguiente, cualquier *"acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional"*⁶, así lo dispone el art. 1.1 LDC. Para que alguna de estas conductas tenga lugar es necesario que exista una colusión, que se produzca una restricción de la competencia y que ésta afecte a la totalidad o parcialidad del mercado nacional. Sin embargo, la prohibición tiene un carácter preventivo, pues no es preciso acreditar <<a posteriori>> que la práctica ha ocasionado un daño efectivo a la competencia, sino que basta con que tenga la aptitud para provocar esa distorsión o falseamiento de la misma. Es decir, una práctica podrá ser contraria al art.1 LDC si tiene el objeto o propósito de limitar la competencia, aunque no haya surtido efectos.

Se configura de esta forma, un tipo de prohibición objetiva, lo que jurídicamente se conoce como una <<infracción de resultado>>, y equipara el objeto o finalidad de la restricción con su resultado, actual o potencial. En la práctica esto significa que la infracción se considerará realizada no sólo en los casos en los que el autor de la misma tenga una intencionalidad anti competitiva -porque busca voluntaria y explícitamente el efecto restrictivo- sino también en aquellos en los que simplemente se produzca o se pueda producir este resultado anti competitivo, con independencia de que éste haya sido buscado de

⁶ Art. 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia

intento⁷. Así pues, como se deduce de la interpretación literal de este inciso del art. 1.1 LDC, no es necesario para constatar la práctica restrictiva un daño efectivo para la competencia; basta con que el acuerdo o la conducta que sea tengan aptitud de provocarlo. A estos efectos, la Disposición adicional cuarta, apartado 1 LDC dispone que: "(...) *se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*"⁸. Por tanto, el destinatario de la prohibición, será toda entidad implicada en una actividad económica, es decir toda persona ya sea física o jurídica.

En cuanto al abuso de posición dominante, el artículo 2 de la ya citada Ley nos dice que está "*prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional*"⁹, es decir, no se permite que una sola empresa acapare todo el poder de mercado. Y, en lo referente al falseamiento de la libre competencia, éste se encuentra regulado en el art. 3 LDC y nos viene a decir que no están permitidas las conductas o actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

Por otro lado, y ya para terminar con este apartado, debemos mencionar también la Ley 29/2009 de Competencia Desleal. Sin perjuicio de la libertad de concurrencia,¹⁰ la lucha por la conquista del mercado tiene que ser leal. Los empresarios tienen derecho a ampliar el ámbito de sus negocios así como el círculo de sus clientes compitiendo libremente en el mercado. Ahora bien, para ello, la ley busca que esa competencia se desarrolle de una forma debida y no de modo incorrecto en perjuicio del mercado.

La regulación de la competencia desleal, en un principio, se ajustaba a un modelo de carácter profesional, dirigido a ofrecer protección frente a la eventual deslealtad en la lucha entre empresarios¹¹. El citado modelo se consagraba en los arts. 10 bis y 10 ter del Convenio de la Unión de París de 1883 (todavía presente en algunas legislaciones) y se articulada en torno al establecimiento de una cláusula general prohibitiva. En esta cláusula, la directriz que se utilizaba para apreciar la deslealtad era considerar como desleal todo acto de competencia que fuese contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Sin embargo, la aparición de un nuevo modelo, el modelo social, amplía la noción de competencia desleal extendiéndola a cualquier tipo de abuso que se produzca en el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica dentro del mercado y a la protección de cuantos intereses concurren en él. Por tanto, cobra especial importancia la exigencia general de que el mercado debe ser especialmente tutelado para que no sea falseado por los comportamientos de los operadores económicos. Todo ello se manifiesta, a grandes rasgos, en el art. 1 de la LCD: "*esta Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal (...)*"¹²

⁷ ARRIBAS, A., BACIGALUPO, M., BAÑO, J. M^a., DÍEZ ESTELLA, F., FERNÁNDEZ FARRERES, G., FOLGUERA, J., GUTIÉRREZ, A., LORENTE, F., FRANCISCO MARCOS, MAGIDE, M., PASTOR, J. M., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., MASSAGUER, J., NAVARRO VARONA, E., PALAU, F., PAREJA, C., SALA ARQUER, J. M., SALELLES, J. R., VELASCO, C., VIDAL, P., *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, Primera edición, 2008, Ed. Civitas Ediciones S.L., pág. 53

⁸ Disposición adicional cuarta, apartado 1, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia

⁹ Art. 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia

¹⁰ Se refiere a la libre competencia: la Administración debe garantizar que ninguna empresa realice prácticas con objeto de desestabilizar a sus competidoras, y así dominar el mercado debido a su mayor tamaño y a su posible influencia sobre los poderes públicos.

¹¹ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., IGLESIAS PRADA, J. L., SÁNCHEZ ANDRES, A., VÉRGEZ M., PÉREZ DE LA CRUZ, A., ROJO, A., ALONSO SOTO, R., ARROYO, I., CORTÉS, L. J., PAZ-ARES, C., BELTRÁN, E., GARCÍA DE ENTERRÍA, J., PEINADO, J. I., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Décima edición, 2012, Ed. Aranzadi S.A.

¹² Art. 1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

1.2. Del pacto de no competencia post-contractual:

El pacto de no competencia se regula en el apartado 2 del art. 21 del Estatuto de los Trabajadores. El citado artículo nos dice lo siguiente: *"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.¹³"*

Según lo dispuesto en el mencionado artículo, para que el pacto de no competencia goce de validez y eficacia, es necesario el cumplimiento de tres requisitos: que la duración del pacto no sea superior a dos años cuando se trate de técnicos y de seis meses para el resto de trabajadores, que el empresario tenga un interés industrial o comercial efectivo para la realización del citado pacto y que se le proporcione al trabajador una compensación económica adecuada. Así mismo, el art. 8 del RD 1382/1985, relativo al personal de alta dirección, permite la validez del ya mencionado pacto en su apartado tercero, estableciendo que: *"El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello. b) Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada."¹⁴*

Por lo que a la compensación económica se refiere, ésta tiene su fundamento en la "privación de oportunidades de trabajo que tal obligación conlleva"¹⁵. Es decir, la aceptación del pacto de no competencia, conlleva una privación de oportunidades de trabajo. De tal manera, es evidente que la eficacia del pacto, una vez extinguida la relación laboral, se halla condicionada por la exigencia legal de que se satisfaga al trabajador una determinada compensación económica; pues, mediante el establecimiento de este pacto, el trabajador tiene que asegurarse una estabilidad económica una vez se extinga el contrato, evitando la urgente necesidad de encontrar un nuevo puesto de trabajo. Por tanto, no es suficiente la simple existencia de tal compensación, sino que por su cuantía y circunstancias debe ser adecuada a la renuncia de derechos que el trabajador asume, es decir, "debe ser proporcional a la duración del compromiso y a la indemnización"¹⁶. Esto debe ser así dado que el pacto de no competencia post-contractual supone una restricción de la libertad de elección de su profesión u oficio tal y como se establece en el art. 35 CE en relación con el art. 4.1.a) del E.T., el cual dispone que: *"1. 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"¹⁷.*

En lo referente al efectivo interés industrial o comercial, evidentemente, habrá que analizar el caso de cada empresa y empleado para determinar si el interés alegado por el empresario es suficientemente relevante para el establecimiento de la cláusula. Por ello, este interés debe justificar y acreditar motivadamente la celebración del pacto. Dicho interés debe estar fundado en hechos tales como, por ejemplo: que el trabajador tenga efectivamente conocimientos empresariales en relación con las técnicas organizativas o de producción de la empresa, de las relaciones personales con la clientela o

¹³ Art. 21.2 del 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

¹⁴ Art. 8.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección

¹⁵ STS (Sala de lo Civil) de 6 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8524)

¹⁶ STSJ Cataluña núm. 2255/2004 de 17 de marzo de 2004

¹⁷ Art. 4.1.a)) del 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

con los proveedores, entre otras. En este contexto, el efectivo interés industrial o comercial no es sinónimo de confidencialidad de la información manejada por el empresario, sino que su finalidad principal radica en evitar que al finalizar la relación laboral, el trabajador pueda aportar a una empresa rival los conocimientos que ha adquirido en la anterior (es decir, en la que firmó el pacto), pues ello constituiría una ventaja competitiva para la nueva empresa.

La finalidad principal de este pacto es evitar que los conocimientos e información adquiridos por el trabajador, por razón del cargo que ocupaba en la empresa, así como la adquisición de la organización y técnicas productivas de la misma, 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.¹⁸

Este pacto de no competencia, se fundamenta en el art. 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. Dicho artículo en su apartado primero se ocupa de regular, entre otras cosas, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral y, en referencia al citado apartado c), éste nos dice que *“los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan (...) c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos (...)”*¹⁹. En este sentido, la autonomía de la voluntad de los particulares ha de manifestarse dentro de ciertos límites, que son: la licitud del objeto del pacto acordado y el respeto a las disposiciones tanto legales como convencionales de carácter imperativo. Así lo dispone también el art. 1255 CC, que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que éstos tengan por convenientes, siempre y cuando no contradigan las leyes, la moral ni el orden público.

En línea con lo anterior, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un pacto bilateral que se puede formalizar entre las partes en cualquier momento, ya sea durante la celebración del contrato, durante la vigencia del mismo, o incluso una vez extinguida la relación laboral. Esta bilateralidad se pone de manifiesto en el art. 1256 CC, que establece claramente que tanto la validez como el cumplimiento de los contratos no se pueden dejar al arbitrio de uno de los contratantes. Se trata de un pacto de naturaleza sinalagmática, es decir, comporta obligaciones para ambas partes; por un lado, el trabajador se compromete y asume una limitación temporal a su derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), al que ya hemos hecho referencia anteriormente y, por otro lado, ello se ha de compensar de una manera suficiente por el empresario, que deberá demostrar un efectivo interés industrial o comercial dado que, su protección, es el origen y objeto del pacto de no competencia post-contractual.

Por último, destacar que el incumplimiento del pacto genera unos determinados efectos. En el caso de que sea el trabajador el que incumple el pacto de no competencia post-contractual, es decir, si el trabajador incumple la obligación de no competir, éste tendrá que devolver al empresario los importes de compensación que ha recibido en virtud de dicho pacto. Así mismo, el empresario podría pedir una indemnización por daños y perjuicios causados. En caso de que sea el empresario el que incumple el pacto, es decir, si el empresario no cumple con su obligación de abonar al trabajador la compensación económica acordada en virtud del pacto, esto liberará al trabajador de la obligación de no competir. Así mismo, podrá ejercitar una acción de reclamación de cantidad sometida a un plazo de prescripción

¹⁸ STSJ Cataluña núm. 2250/2003 de 8 de abril de 2003, Fdto. Jdco. 2º

¹⁹ Art. 3.1.c) del 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.

de un año a fin de que se le abone la cantidad correspondiente a dicha compensación económica adecuada. Como en el caso anterior, el trabajador podrá pedir adicionalmente una indemnización por los daños y perjuicios causados.

1.3. Diferencia con otros pactos

El artículo 5.d) E.T. incluye entre los deberes básicos de los trabajadores el de <<no concurrir con la actividad de la empresa>>²⁰. El art. 21 E.T. es el encargado de detallar dicho deber, dentro del cual cabe distinguir diferentes aspectos que veremos a continuación. Como ya he mencionado en el apartado anterior, el pacto de no competencia post-contractual se regula concretamente en el apartado 2 del art. 21 E.T., sin embargo, este artículo no se encarga exclusivamente de la regulación de este pacto, sino que existen otro tipo de pactos que no debemos confundir con el de no competencia post-contractual.

En primer lugar, se establece en el art. 21.1 E.T. la prohibición legal de la <<concurrencia desleal>> del trabajador para con su empresario. Sin embargo, el citado precepto no proscribiera todo tipo de concurrencia, sino sólo aquella que se produzca de manera ilícita o desleal, es decir, que sea contraria a los “usos honestos en materia comercial o industrial”²¹. La concurrencia desleal, por tanto, se produce no sólo cuando se compite con la empresa de forma desleal, sino también cuando se ejercen otras actividades que puedan tener incidencias negativas en la de la empresa²². Así mismo, y según diversa doctrina judicial²³, la lesividad e ilicitud de la concurrencia debe darse en actividades iguales o análogas a las que realiza el trabajador en la empresa. Además, esta concurrencia desleal puede ser, por un lado, realizada por el trabajador prestando sus servicios por cuenta de uno o más empresarios (adicionales al suyo inicial), y, por otro, puede ser que el trabajador concorra deslealmente con su empresario dedicándose por cuenta propia a la misma actividad que él. En estos casos de concurrencia desleal, no hace falta establecer ningún pacto en sí mismo, ya que se trata de una actitud por parte del empresario contraria al principio de buena fe que reside en toda relación laboral. Como se deduce de lo precedente, la prohibición de concurrencia desleal rige durante todo el período de vigencia del contrato de trabajo. Por ello, lo característico de esta conducta es el elemento intencional que delata al trabajador, es decir, la mala conducta que realiza hacia la empresa inicial que lo contrató, que además de remunerar su trabajo, le proporciona unos conocimientos específicos y experiencia laboral.

En segundo lugar, el mismo art. 21.1 E.T. establece la prohibición legal de otra modalidad de no concurrencia con la empresa. En este caso, nos referimos al pacto de <<plena dedicación>>, según el cual el trabajador se compromete a prestar en exclusiva sus servicios para el empresario; es decir, en este caso el trabajador no podría realizar otras actividades laborales ni aun siendo estas lícitas durante la vigencia del contrato. De este modo, el Estatuto de Trabajadores exige que el sacrificio económico realizado por el trabajador que renuncia a otro u otros empleos concurrentes, sea compensado económicamente por el empresario, mediante una <<compensación económica expresa>> que deberá constar en el pacto de plena dedicación. Cabe destacar que este pacto es revocable, normalmente por mutuo acuerdo, pero también existe la posibilidad de que el trabajador sea el que realice dicha

²⁰ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Trigésimo segunda edición, 2011, Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), pág. 327

²¹ *Ibidem*

²² ALBIOL MONTESINOS, L., MELLADO, C. A., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET, J. M., *Estatuto de los Trabajadores. Concordancia con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y Supremos*, 1999, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 263

²³ TCT 24 de noviembre de 1981, TCT 17 de mayo de 1985, TCT 14 de mayo de 1986, entre otras

revocación por decisión unilateral. Así lo regula el art. 21.3 E.T. estableciendo que: *“En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación”*²⁴. Como vemos, en el caso del pacto de plena dedicación –a diferencia del pacto de no competencia post-contractual-, es posible la revocación unilateral por parte del trabajador, siempre y cuando realice un preaviso de treinta días.

En tercer y último lugar, el art. 21.4 E.T. se ocupa del pacto de permanencia en la empresa. Este pacto consiste en que, una vez que el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario, ya sea para poner en marcha proyectos determinados o para realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ellos la permanencia en la empresa durante un determinado período de tiempo, que no será superior a dos años. Si el trabajador rompe el pacto antes de tiempo, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados, pues la finalidad de este pacto es garantizar que la formación recibida por el trabajador a expensas del empresario tenga beneficio en éste. Se puede decir que el fundamento de este pacto es el compromiso de permanencia al que tiene que acogerse el trabajador. De una forma más sencilla, nos encontramos ante una modalidad de pacto por la cual el trabajador renuncia, de manera temporal, a su derecho a dimitir o solicitar una excedencia voluntaria; de este modo, el trabajador se asegura de que la inversión que realiza en la formación y especialización profesional del trabajador para la realización de un proyecto o trabajo determinado no va a ser “en vano”.

Como vemos, la principal diferencia de los citados pactos, o más bien de las diferentes modalidades de no concurrir con la actividad de la empresa, con el pacto de no competencia post-contractual es que, en los tres precedentes, la prohibición legal perdura mientras el contrato de trabajo esté vigente; mientras que, en el caso del pacto de no competencia, la prohibición legal se establece para una vez que se extinga el vínculo laboral entre las partes. Por supuesto, esta no es la única diferencia que existe, pero sí la más notoria, pues todos los pactos a los que hemos hecho referencia tienen como objetivo que el trabajador no concorra con la actividad de la empresa, ya sea simplemente mediante la mala conducta del trabajador por aprovecharse de la empresa en cuestión (prohibición de concurrencia desleal), por haberse comprometido con la empresa para la plena prestación de sus servicios a ésta y no cumplir con dicho compromiso (pacto de plena dedicación), o por tratarse de un empleado que el propio empresario se encargará de formar y especializar para una determinada actividad por lo que, evidentemente, quiere asegurarse de que no se irá de la empresa en cualquier momento (pacto de permanencia).

1.4. Validez de la cláusula de no competencia

Tras un análisis, con carácter general, acerca del derecho de la competencia y del pacto de no competencia post-contractual, a continuación hablaremos del caso que se nos presenta en concreto. Don Felipe es contratado por la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.”, que se dedica a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas desde 1930, y, en virtud de esta contratación, se establece un pacto de no competencia post-contractual entre las partes (Don Felipe y ZUMOS IRENATA S.A.). El citado pacto se fija por un período de dos años tras la finalización del vínculo laboral y la compensación económica que se establece es de 300 euros mensuales. Así mismo, se dispone en dicha cláusula que el incumplimiento de la obligación por parte de Don Felipe dará lugar a que el trabajador

²⁴ Art. 21.3 del 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.

devuelva la totalidad de las cantidades satisfechas por aquel concepto. Don Felipe abandona la empresa, tras haber presentado carta de dimisión, el 26 de febrero de 2014.

En el presente caso, estamos hablando de Don Felipe, un Director General. En este sentido, el art. 2.1.a) del ET elenca entre las relaciones laborales de carácter especial la del personal de alta dirección no incluido en el art. 1.3.c) ET²⁵, por lo que aunque los requisitos del pacto de no competencia post-contractual no varían se aplique el art. 21.2 ET o el art. 8.3 RDAD²⁶ ya mencionado en el apartado 1.2, a Don Felipe le será de aplicación dicho art. 8.3 del RD 1382/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. A efectos del citado Real Decreto, se considerará 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, según el art. 1.2 del RDAD. Además, mediante interpretación del art. 1.3.c) del ET y según las SSTs 4 de marzo de 1988 y 29 de septiembre de 1988²⁷, se excluye del ámbito laboral al Director General. No obstante y en todo caso, si las partes así lo hubiesen establecido en el contrato, cabría la aplicación del art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud del art. 3.2 del citado Real Decreto. Por lo tanto, y bajo mi punto de vista, la cláusula de no competencia establecida en este supuesto goza de plena validez por todo lo siguiente:

Según el art. 1255 CC los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que crean convenientes, mas sin que éstos sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público. Este artículo pone de manifiesto la validez y legalidad de la autonomía de la voluntad, que es un principio básico del derecho contractual. Este principio se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los que son titulares y concertar negocios jurídicos, dentro de los límites ya mencionados; pues, el pacto de no competencia post-contractual no es una obligación que venga impuesta por la ley, sino que nace de la voluntad de las partes. Una vez que las partes están de acuerdo en contraer dicha cláusula, habrá que atender a los requisitos que requiere el pacto de no competencia.

En primer lugar, el puesto para el que se contrata a Don Felipe es el de Director General, por lo que el período por el que se establece el pacto, dos años, es válido, pues establece el art. 21.2 E.T. que el pacto de no competencia no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos, y de seis meses para los demás trabajadores²⁸, y el art. 8.3 RDAD que, en el ámbito de las relaciones laborales de alta dirección, el citado pacto no podrá tener una duración superior a dos años. Como se puede apreciar, ambos artículos establecen lo mismo, la única diferencia para la aplicación de uno u otro será atender al grupo profesional del trabajador. En segundo lugar, la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.” lleva dedicándose a la fabricación, envasado y distribución de zumos durante 86 años (desde 1930 hasta la actualidad -2016-), por lo que cabe presumir que ésta consta de un efectivo interés comercial y, por ello, quiere asegurarse de que, una vez que el trabajador ya no preste sus servicios en la empresa no compita con la misma aportando a una empresa rival los conocimientos que ha adquirido en “ZUMOS IRENATA S.A.” durante los dos años posteriores a la extinción del contrato. En tercer y último lugar por lo que a los requisitos se refiere, la compensación económica fijada es de 300 euros mensuales. Aunque en un principio, puede parecernos que no es una cantidad muy “adecuada” tal y

²⁵ PUIGBÓ OROMÍ, J., *La situación laboral de administradores, socios y directivos. Relación contractual, retribuciones, indemnizaciones y blindajes*, 1990, Ed. Turpial S.A., pág. 67

²⁶ TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2947/2011 de 28 de abril, Fdto. Jdco. 3º

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de marzo de 1988 (RJ 1988\1851) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 1988 (1988\7143) Fdto. Jco. 2º y 3º

²⁸ *Vid.* Nota 13

como establecen los arts. 21.2 E.T. y 8.3 RDAD, hay que destacar que la ley no ofrece una definición de “adecuada”, por lo que los Tribunales han ido progresivamente cubriendo esta laguna legal, dependiendo del caso concreto. Lo que sí es cierto, es que el establecimiento de este pacto de no competencia post-contractual, supone una restricción de la libertad de elección de profesión y oficio, regulada en el art. 35 CE, la cual se debe ver compensada mediante este requisito de “compensación económica adecuada”; pues se debe evitar al trabajador la urgente necesidad de encontrar un nuevo puesto de trabajo. En el presente caso, don Felipe ha prestado sus servicios a “ZUMOS IRENATA S.A.” durante 6 años y 26 días cobrando durante cada mes, además del salario que le correspondiese, 300 euros en concepto del pacto de no competencia. Teniendo en cuenta, por tanto, que los meses que ha trabajado en la empresa han sido 72 (sin contar los 26 días de febrero), Don Felipe ha percibido la cantidad de 21.600 euros en concepto de dicho pacto. Por consiguiente, considero que mediante la percepción de dicha cantidad, el trabajador no se verá obligado a encontrar un nuevo puesto de trabajo inmediatamente después de haber dimitido en la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.” y podrá asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido el contrato. Además, no olvidemos que dicha cláusula ha sido establecida por el consentimiento de ambas partes mediante el ya mencionado principio de autonomía de la voluntad, lo que quiere decir que el trabajador acepta como compensación económica los 300 euros mensuales.

Es importante también hacer mención a una cuestión que resulta de especial interés. Don Felipe termina su relación laboral con la empresa ZUMOS IRENATA S.A. mediante la presentación de su carta de dimisión. Podría darse el caso de que el trabajador quisiera ejercitar una acción resolutoria del pacto de no competencia, puesto que la decisión de abandonar la empresa ha sido suya. Sin embargo, esto no es así, sino que el pacto de no competencia surte todos sus efectos con independencia de cuál sea la causa de la extinción de la relación laboral, ya sea por voluntad del trabajador o del empresario, o incluso aunque nos encontremos ante una no superación del período de prueba. Así lo dispone reiterada jurisprudencia, como por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia núm. 629/2013) de 16 de septiembre, según la cual “aunque la relación laboral que medió entre las partes se extinguiera por no haber superado el actor el período de prueba, es dato acreditado e incuestionable que el controvertido pacto debería de tener eficacia durante seis meses una vez se produjera dicha extinción, sea cual fuere la causa de la misma (...)”²⁹. Por tanto, el modo en que se extinga la relación laboral entre trabajador y empresario, es completamente irrelevante a la hora de que el pacto de no competencia post-contractual surta efectos y, por tanto, sea válido.

En relación con todo lo anterior, hay que recordar que el fin principal de este pacto es evitar que los conocimientos, información y las técnicas productivas y de organización que adquiere el trabajador por razón del cargo que ocupa en la empresa, le coloquen 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. En el presente caso, Don Felipe ostenta el puesto de Director General de ZUMOS IRENATA S.A., por lo que, una vez que se extinga la relación laboral con dicha empresa, su puesto de trabajo no está directa y exclusivamente relacionado con el objeto social de la misma, sino que podría obtener un mismo puesto en una empresa dedicada a otro sector que no fuese el de fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas.

²⁹ En el mismo sentido, STS Sala de lo Social, Sección 1ª de 14 de mayo de 2009 (Recurso para la unificación de la doctrina núm. 1097/2008) RJ 2009/3001, Fdto. Jco. 1º

BLOQUE 2:

Posibles consecuencias penales de la agresión de Arturo a Don Felipe

2.1. Del delito de lesiones

2.2. Concepto de asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico

2.3. Posibles consecuencias penales de la agresión

2.1. Del delito de lesiones

Los delitos de lesiones se regulan en el Libro II, Título III del Código Penal. Frente a lo que inicialmente pudiera parecer, no todos los tipos recogidos en este Título responden al concepto de <<lesiones>> en sentido estricto, sino que junto a éstas se recogen otros tipos delictivos que, únicamente en sentido impropio, pueden merecer tal denominación. Como por ejemplo la violencia en el ámbito familiar (art. 153 CP) o la participación en riña (art. 154 CP).³⁰ Sin embargo, lo que aquí interesa son las lesiones propiamente dichas, por lo que nos centraremos en el delito de lesiones regulado en el art. 147 CP al tratarse del tipo básico, ya que nos ofrece el concepto del delito y los conceptos que precisamos saber.

El comportamiento típico del delito de lesiones contenido en el tipo básico del apartado primero del art. 147 del Código Penal, consiste en la causación, mediante cualquier medio o procedimiento, de una lesión que menoscabe la integridad corporal, la salud física o la salud mental de una persona. Para que sea de aplicación este apartado primero, es necesario que la lesión causada requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico. De este modo, la vigilancia o seguimiento por parte del facultativo del curso de la lesión, no se considera tratamiento médico.

En cuanto al bien jurídico protegido no existe un acuerdo claro en la doctrina, no obstante, partiendo de la argumentación el art. 147 CP podemos deducir que los bienes jurídicos protegidos son dos; la integridad corporal por un lado, y la salud tanto en su vertiente física como psíquica, por otro. Por <<integridad corporal>> puede entenderse, siguiendo a Díez Ripollés, “el estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómico-funcional externa e interna”³¹. De esta forma, se considerará vulnerada con un simple menoscabo de cualquier órgano, miembro o parte del cuerpo. Mientras que, la salud, es la “ausencia de enfermedad”, de manera que toda alteración temporal o permanente del funcionamiento normal de un organismo o parte del cuerpo humano que precise asistencia sanitaria o un período de recuperación es una forma de vulnerar este bien jurídico que, además, es el más defendido por la doctrina llegándose a considerar que se trata del único bien jurídico protegido.

Así mismo, en cuanto al aspecto subjetivo es necesario el dolo, que debe abarcar además de la acción típica, la producción del menoscabo de la salud que requiera objetivamente un tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad, es decir, debe abarcar tanto la acción como el resultado producido para que éste puede serle imputado al autor. Por lo que se refiere al sujeto pasivo, el tenor literal del art. 147.1 nos habla de <<el que causare a otro una lesión>>, por tanto por “otro” hay que entender todo ser humano con vida independiente.

³⁰ MORETÓN TOQUERO, M. A., *Los delitos de lesiones*, 2000, Ed. Bosch S.A, pág 7

³¹ *Ibid.* Pág 8

Este tipo se configura como un “delito de resultado material” (pues describe el objeto en el que ha de recaer la conducta) de medios indeterminados, ya que en ningún momento establece con qué, en concreto, se ha de causar la lesión, por lo que se admite cualquier medio o procedimiento que sea apto para la producción del resultado lesivo que efectivamente se ha producido³². Por consiguiente, puede comprenderse en el mismo todo medio comisivo, incluso la transmisión de enfermedades por contagio venéreo o nutricio³³. Así mismo, la jurisprudencia mantiene que estos delitos de lesiones no precisan comportamientos violentos o agresivos, admitiéndose también los medios psicológicos, pues, el precepto citado hace referencia también al menoscabo de la salud mental. De este modo, desde el punto de vista jurídico, nos encontramos ante tipos que admiten tanto los medios físicos como los morales³⁴. En este sentido, el TS se pronuncia en sentencia de 10 de febrero de 2004 en la que aprecia delito de lesiones psíquicas a consecuencia de unas detenciones ilegales³⁵.

Es de vital importancia también que, entre el comportamiento típico y el resultado, debe mediar una relación de causalidad y de imputación. De esta forma, esta relación no existirá en los supuestos en los que el comportamiento posterior de la víctima contribuya a una agravación de la lesión típicamente relevante, es decir, si la negativa de la víctima a recibir tratamiento médico hace que el resultado de la lesión sea más grave, éste no será imputado objetivamente al causante de la primera lesión.

2.2. Concepto de asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, una de las características básicas para la posible aplicación del art. 147.1 CP es, no sólo una primera asistencia facultativa, si no la existencia de tratamiento médico o quirúrgico. No obstante, es necesario aclarar cuando nos encontramos ante un tratamiento de este tipo o ante una asistencia facultativa.

Los conceptos <<asistencia facultativa>> y <<tratamiento médico>> son términos normativos que, según su sentido y alcance, los determina quien aplica la norma, pues tanto una interpretación restrictiva como una interpretación extensiva puede llevar a situaciones injustas. Según QUINTERO OLIVARES, el tratamiento médico o quirúrgico “será aquel que (...) resulta absolutamente imprescindible para lograr la curación del daño recibido³⁶”; es decir, el tratamiento médico va “más allá” que la mera asistencia facultativa. Sin embargo, ambos conceptos se condicionan y delimitan de forma mutua, de manera que no es posible enunciar uno, sin tener presente el otro; y, aunque ambos persiguen el mismo objetivo (la sanidad de la lesión), la mera asistencia facultativa no requiere la misma gravedad que el tratamiento médico o quirúrgico.

Lo anterior, se pone de manifiesto en que el prestador de la asistencia facultativa, calificado como profesional de sanidad, no tiene por qué ser un especialista médico o un graduado en medicina, sino que es suficiente con que sea personal sanitario debidamente cualificado para la realización de curas o asistencia. En este mismo sentido se pronuncia la Circular 2/1990 e la Fiscalía General del Estado: “*algunos interpretan como asistencia la prestada por alguien en posesión del título de Licenciado en Medicina; sin embargo, para estimar la existencia de una primera asistencia, los Fiscales deben tomar*

³² En este sentido SSTS 30 de enero de 1987 y 31 de mayo de 1989

³³ *Delitos contra las personas (Manuales de formación continuada, 3)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 158

³⁴ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Ed. CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S.A., Madrid, pág. 33

³⁵ STS (Sala de lo Penal) de 10 de febrero de 2004, Fdto. Jdco. 4º

³⁶ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones... Op. Cit.* Pág.160

en consideración no solamente los actos propios de un médico, sino también los de otros titulados menores, como Practicantes o ATS³⁷ que deben incluirse entre los constitutivos de asistencia facultativa”³⁸.

Pasando a un análisis más concreto de cada uno de estos conceptos, empecemos por la **asistencia facultativa**. Ante todo, no debemos confundir una “primera asistencia” con una “asistencia inmediata”. En este sentido, la primera asistencia no tiene por qué implicar un único acto médico; es decir, la necesidad de una primera asistencia facultativa para sanar una lesión supone que la curación de la misma se puede lograr con la intervención y cuidados recibidos en esta primera y única asistencia, pero ello, no excluye posteriores actuaciones de control o supervisión. No obstante, esto no puede llevarnos a confusión, pues si tiene lugar más de una asistencia facultativa por razón de la curación del menoscabo sufrido, en este caso sí estaríamos ante un tratamiento médico. Por tanto, la primera asistencia es la atención inicial prestada al lesionado sin perjuicio de que después se puedan llevar a cabo actuaciones, en exclusiva, de control o vigilancia. En la misma línea, se requiere la necesidad de la asistencia en el sentido de que no puede considerarse como asistencia facultativa aquella que se ha prestado sin que fuera objetivamente necesario para la dolencia.

Por lo que se refiere al **tratamiento médico o quirúrgico**, éste deberá ser distinto y ulterior a la primera asistencia, no se incluyen aquí los actos médicos de mera observación, vigilancia o seguimiento del lesionado controlando la evolución de las lesiones. Así mismo, deberá tener una finalidad curativa, lo cual excluye las atenciones preventivas. Por ejemplo, en cuanto a la administración de antibióticos, si su finalidad es meramente de prevención de una posible infección naciente, es decir, que todavía no existe pero se teme, esto no se considera tratamiento. Sin embargo, si lo que pretende dicha administración de antibióticos es evitar las consecuencias de un real ataque para la salud, de manera que la infección ya existe, en este caso sí estaremos hablando de tratamiento médico. En principio, la prescripción del tratamiento deberá ser llevada a cabo por un titulado en Medicina, ya que el art. 147.1 CP menciona expresamente el “tratamiento médico”; no obstante, en determinadas ocasiones podrá ser llevado a cabo por un titulado intermedio. Esto se produce cuando, a través de un informe pericial, se llegue a la conclusión de que las lesiones necesitaban un tratamiento médico para su curación y éste haya sido prestado, de igual manera que lo habría hecho el médico, por un titulado intermedio o por auxiliar clínico, con la correspondiente delegación del facultativo.

En cuanto al concepto de tratamiento quirúrgico propiamente dicho, este no reviste dificultades, puesto que quirúrgico es lo relativo a la cirugía, que consiste en la parte de la Medicina que tiene por objeto curar enfermedades por medio de operaciones hechas manualmente o con determinados instrumentos habilitados al efecto. Por tratamiento quirúrgico debe entenderse por tanto, <<cualquier acto quirúrgico, de cirugía mayor o menor, que fuere necesario para curar, en su más amplio sentido>>³⁹. No obstante lo dicho, la distinción de ambas clases de tratamiento (médico y quirúrgico) de la que habla el Código Penal, no tiene interés práctico, ya que desde el punto de vista jurídico no se deriva ninguna consecuencia de ello.

³⁷ La profesión de enfermería ha recibido diferentes nomenclaturas a lo largo de su historia en España. Hace años, se conocían como practicantes y, tras la creación de escuelas para la formación de ayudantes técnicos sanitarios, entre los años 50 y 70, se acuñó el término ATS (Ayudante Técnico Sanitario). En 1977, se crearon las Escuelas Universitarias de Enfermería, donde se forman los profesionales con una titulación universitaria de diplomatura, y pasan a denominarse D.U.E. (Diplomado Universitario en Enfermería). En la actualidad, con la aplicación del Plan Bolonia en las universidades españolas, se comienza a hablar de *enfermeros graduados*

³⁸ III. *El nuevo tratamiento de las lesiones, Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado*

³⁹ STS (Sala de lo Penal) de 3 de noviembre de 1992, Fdto. Jdco. 4º

En relación con lo precedente, reviste especial importancia el tenor literal del art. 147.1 CP cuando dice que “la lesión requiera para su sanidad además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (...)”⁴⁰, refiriéndose al carácter objetivamente necesario del mismo. Por consiguiente, haya sido prestada o no materialmente la asistencia médica, lo realmente importante es determinar si ésta era precisa o estaba indicada por las reglas de la Medicina. Más que el hecho de que realmente exista o haya existido el tratamiento médico, se deberá partir de lo dispuesto en los dictámenes periciales sobre si éste hubiera sido necesario o no, primando siempre la verdad material, que es propia de todo el ámbito jurídico-penal. De forma que, si el lesionado rehúye la atención médica cuando el tratamiento hubiera sido aconsejable, debe considerarse irrelevante que <<de facto>> no se haya seguido o producido.

En este sentido, y dado que para determinar cuándo es objetivamente necesario un tratamiento médico o quirúrgico es preciso atender a las indicaciones médicas correspondientes, éste concepto queda inevitablemente condicionado por los dictámenes médicos. Es por ello que cobra especial importancia el informe pericial, ya mencionado anteriormente, que será el encargado de manifestar si el resultado lesivo producido exige para su curación dicho tratamiento o no.

Por lo que se refiere a estos informes periciales, es necesario reclamar un exhaustivo control y rigor en la práctica, ya que de ellos puede depender que la lesión ocasionada sea o no constitutiva de delito, y subsidiariamente, que se aplique bien el tipo básico o bien el tipo atenuado. Por esta razón, es conveniente ser muy crítico a la hora de determinar si en el caso enjuiciado el tratamiento fue objetivamente necesario. Para ello, es apropiado que los médicos aclaren al Juez o Tribunal cualquier duda sobre estas cuestiones, evitándose de esta forma, la simple lectura de informes rutinarios. En caso de que las partes no soliciten la comparecencia de los facultativos, el tribunal podrá practicar diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación⁴¹. De este modo, podrá preguntarles si en el caso concreto enjuiciado estaba objetivamente indicado el tratamiento médico o quirúrgico del lesionado.

Por tanto, y tratando de sintetizar ambos conceptos, podríamos decir que la <<asistencia facultativa>> es la atención prestada con fines diagnósticos o curativos por cualquier personal de tipo sanitario (sin necesidad de que sea un médico); mientras que el <<tratamiento médico quirúrgico>> es la sujeción del lesionado a un método o sistema de actos o comportamientos destinados a obtener su curación, de manera que la existencia de dicho tratamiento es imprescindible para la curación de la lesión.

2.3. Posibles consecuencias penales de la agresión

En el presente caso, Don Felipe tuvo una fuerte discusión con Arturo Gómez, uno de los socios y, en este enfrentamiento, Arturo propició un puñetazo en la mejilla a Felipe provocándole así una brecha que **requirió** cuatro puntos de sutura. Para determinar las posibles consecuencias penales, es de vital importancia analizar los hechos ocurridos.

En primer lugar, debemos indicar quien es el autor del delito. En el Código Penal español se sigue el sistema binario diferenciador de autoría y participación, de manera que existen dos categorías de intervención criminal: las formas de intervención principales y autónomas (autoría) y las formas de intervención secundarias y dependientes (participación). En este caso, nos interesa el concepto de autoría y, en este sentido, el art. 27 CP dispone que “*son responsables criminalmente de los delitos los*

⁴⁰ Art. 147.1 CP

⁴¹ Art. 729.2º Ley de Enjuiciamiento Criminal

autores y los cómplices”. Por consiguiente, los autores en sentido estricto son definidos como aquellos que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento; se trata de los responsables directos, principales e independientes de la infracción penal. Por ello, Arturo Gómez es autor único inmediato, es decir, éste realiza la conducta típica por sí mismo mediante la ejecución del comportamiento típico.

En segundo lugar, habrá que encajar dicho comportamiento típico en un determinado delito, que en este caso es la causación de unas lesiones. Por ello, el delito por el que responderá Arturo Gómez será el delito de lesiones, castigado en el at. 147 CP en su apartado 1, el cual, como ya hemos mencionado en los apartados anteriores, consiste en la causación de lesiones, por cualquier medio o procedimiento, que menoscabe la integridad corporal, la salud física o la salud mental de una persona; ligado a la necesidad de que dicha lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico.

Es en este punto donde nos hallamos ante una controversia en la doctrina, puesto que algunos tribunales consideran por un lado, que los puntos de sutura requieren una primera asistencia facultativa y por otro, que deben ser considerados como un tratamiento médico quirúrgico. Por ello, el problema de los puntos de sutura es uno de los más conflictivos en cuanto a su calificación, pues dependiendo del material utilizado pueden ser necesarias dos intervenciones, una para ponerlos y otra para quitarlos, o una sola (los conocidos actualmente como esparadrapo de sutura), y esto es algo que se deja a la discrecionalidad del médico, aunque también hay que tener en cuenta el tipo de lesión.

No obstante, existe reiterada jurisprudencia que considera que los puntos de sutura deben tener la condición de tratamiento médico quirúrgico. Aclara la STS 3 de Junio de 1994 que <<cualquier operación que necesite cirugía reparadora y que suponga la necesidad de aplicar puntos de sutura, es y constituye un tratamiento quirúrgico (...)>>⁴². En este mismo sentido, se pronuncian otras tres sentencias de las Audiencias Provinciales, por un lado, de Barcelona, que establece que <<no pueden, por menos, de integrarse ambos ataques y lesiones como realizadores del delito de lesiones que se describe en el artículo 147 CP del Código Penal, al haber precisado para la curación en ambos casos de la cirugía menor que representan los puntos de sutura aplicados a las heridas padecidas>>⁴³. Por otro lado, de Asturias que dice que <<quien propinó el puñetazo causante de la herida que precisó la aplicación de puntos de sutura debe responder de un delito de lesiones (...). La acción lesiva imputable al acusado terminó, ciertamente, con una primera asistencia facultativa, pero también que se aplicaran puntos de sutura en la ceja, lo que implica tratamiento quirúrgico, y por lo tanto, que estemos ante el delito de lesiones del art. 147 CP>>⁴⁴; y, por otro lado, otra de Barcelona, que se pronuncia sobre unas lesiones consistentes en policontusiones y herida en el labio que para su sanidad requirió <<tratamiento quirúrgico consistente en puntos de sutura>>⁴⁵. Así mismo, establece la jurisprudencia del TS que por el tratamiento quirúrgico ha de entenderse <<cualquier acto quirúrgico, de cirugía mayor o menor, que fuere necesario para curar, en su más amplio sentido>>⁴⁶.

Por tanto, es generalizada la consideración de los puntos de sutura como una cirugía menor, y en este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de noviembre del 2000 dice que: <<la acción quirúrgica exigirá siempre que se haya efectuado un tratamiento reparador del cuerpo para restaurar o corregir

⁴² STS (Sala de lo Penal) núm 1147/1994 de 3 de junio, Fdto. Jdco. 2º

⁴³ AP de Barcelona (Sección 8ª) sentencia núm. 378/2015 de 8 de mayo, Fdto. Jdco. 4º

⁴⁴ AP de Asturias (Sección 8ª) sentencia núm. 206/2015 de 15 de octubre, Fdto. Jdco. 4º

⁴⁵ AP de Barcelona (Sección 9ª) sentencia núm. 902/2015 de 20 de noviembre, Hechos probados (único)

⁴⁶ Vid. Nota 36

cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la agresión>>⁴⁷. Con lo cual, cualquier intervención que necesite cirugía reparadora y que suponga la necesidad de aplicar puntos de sutura, es y constituye un tratamiento quirúrgico.

Es por todo ello que considero que le sea de aplicación a Arturo Gómez el art. 147.1 CP. Dicho precepto establece tras la reforma de 2015, concretamente por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, que el que cometa este delito será castigado con la pena de prisión de tres meses a tres años, o multa de seis a doce meses. Es de aplicación el Código Penal vigente, y no el que lo estaba en el momento de los hechos (2014), puesto que la reforma realizada en 2015 en el citado precepto es favorable al reo. De este modo, aunque en el ámbito penal rige el principio de irretroactividad, el art. 2 CP dispone que *“tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo”*. Así mismo, Don Felipe podría reclamar una indemnización por los daños de las lesiones causadas, atendiendo a la gravedad de la lesión o a los días de curación que la misma ha supuesto, entre otros motivos. En este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que varios agredidos han sido víctimas de un delito de lesiones, en varios casos además, consistiendo éstas en puntos de sutura que requirieron tratamiento médico quirúrgico, se pone de relieve que todos ellos reclaman una indemnización por los daños causados⁴⁸.

Por tanto, las posibles consecuencias penales derivadas del delito de lesiones cometido por Arturo Gómez son: la aplicación de la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, así como una indemnización por los daños causados a Don Felipe a causa de las lesiones. Cabe mencionar que existe la posibilidad de la suspensión de la pena, para el caso de que Arturo Gómez hubiese sido condenado a la pena privativa de libertad establecida en el art. 147.1 CP, siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos:

- Que el delito de lesiones en que ha incurrido Arturo sea el primero que haya cometido, es decir, que no tenga antecedentes penales (sin tener en cuenta los antecedentes por delitos imprudentes o leves, así como los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo)
- Que la pena impuesta no supere los dos años de prisión
- Que haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito

La suspensión queda supeditada al arbitrio del juez y, tendría una duración de dos a cinco años en el presente caso, en virtud del art. 81 CP párrafo primero. Así mismo, el Juez o Tribunal podría condicionar a Arturo al cumplimiento de algunas de las prohibiciones y deberes regulados en el art. 83 CP (aunque a la vista de los hechos no sería totalmente necesario); así como a alguna de las prestaciones o medidas establecidas en el art. 84 CP, entre las que destacan el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

⁴⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 1722/2000 de 9 de noviembre, Fdto. Jdco. 6º. En el mismo sentido, STS (Sala de lo Penal) núm. 1890/2001 de 19 de octubre, Fdto. Jdco. 10º

⁴⁸ AP de Barcelona (Sección 8ª) sentencia núm. 378/2015 de 8 de mayo, Antecedentes de hecho 1º, 2º y 3º

BLOQUE 3:

Razone sobre la validez de la celebración de la junta ordinaria

3.1. Breves nociones acerca de la sociedad anónima

3.2. De la junta general y sus requisitos

3.3. Validez de la celebración de la junta ordinaria

3.1. Breves nociones acerca de la sociedad anónima

El art. 1 LSC define la sociedad anónima como aquella sociedad, cuyo capital está dividido en acciones, que se integra por las aportaciones realizadas por los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. Así mismo, cualquiera que sea el objeto de la misma, ésta tendrá carácter mercantil, tal y como dispone el art. 2 LSC. Por lo tanto, la sociedad anónima es una sociedad de carácter mercantil en la que el capital, dividido en títulos negociables denominados acciones, está integrado por aportaciones de los socios, quienes únicamente serán responsables de las deudas sociales hasta el límite de sus respectivas aportaciones siempre y cuando la sociedad haya sido previamente inscrita en el Registro Mercantil y adquiera con ello su personalidad jurídica, propia e independiente de la de sus socios⁴⁹. En la denominación de la sociedad anónima deberá figurar necesariamente la indicación «Sociedad Anónima» o su abreviatura «S.A.», según el art. 6.2 LSC, y esta tiene como finalidad su identificación dentro del tráfico mercantil, distinguiéndola de otras sociedades. En cuanto al domicilio de una Sociedad Anónima., este se entenderá ubicado allí donde se halle el centro de su efectiva administración y dirección o donde radique su principal establecimiento o explotación, que en el presente caso es A Coruña.

Por lo que se refiere al capital social de las Sociedades Anónimas, debe dividirse en acciones. Cada acción es una parte alícuota del capital y representa la parte de la titularidad del capital social que corresponde al propietario de la acción, limitando su responsabilidad como socio, al importe nominal de la acción o acciones de las que sea propietario y otorgándole un conjunto de derechos y deberes. En este caso el valor nominal de la acción es de 30 euros. El art 4.2 LSC establece el capital social mínimo que deberá tener una S.A. que es la cantidad de 60.000 euros, no obstante, en el caso que nos ocupa el capital social de “ZUMOS IRENATA S.A.” asciende a 90.000 euros. En cuanto a la inversión que los socios realizan en la sociedad anónima se materializa en su aportación al capital social, en el valor del dinero, bienes o derechos que entregan o se obligan a entregar a la sociedad, y en contraprestación del cual reciben acciones⁵⁰. Las aportaciones pueden ser, por su objeto, dinerarias o no dinerarias. En el presente supuesto, las acciones de la sociedad están en manos de tres accionistas, ostentando cada uno el 33,33% del capital social.

Como ya hemos mencionado, las acciones otorgan a los titulares de las mismas una serie de derechos y deberes. Uno de los derechos más importantes que poseen los accionistas es el derecho de asistencia y voto en las juntas generales, se trata de un derecho político regulado en el art. 93 en su apartado c) de la LSC, junto con el derecho a impugnar los acuerdos sociales. Los socios tienen derecho a integrar la voluntad de la sociedad participando en la toma de decisiones y, para ello, está la junta general.

⁴⁹ *Manual práctico sobre Sociedades Mercantiles*, Primera edición, 2012, Ed. LEX NOVA S.A.U., pág. 27

⁵⁰ *Ibid.* Pág. 61

3.2. De la junta general y sus requisitos

La junta general es el órgano máximo y soberano de la sociedad. Es la reunión de todos los accionistas debidamente convocados por el órgano de administración, donde se decidirán por mayoría los asuntos propios de su competencia, que vendrán recogidos en el orden del día de la convocatoria, salvo que la junta tenga el carácter de universal, en cuyo caso el orden del día se elabora y aprueba por todos los accionistas de forma unánime.

Las juntas podrán ser ordinarias o extraordinarias. La junta ordinaria es aquella que debe reunirse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para, en su caso, censurar la gestión social, aprobar las cuentas anuales del ejercicio anterior y para resolver sobre la aplicación de resultado, tal y como se establece en el art. 164.1 LSC. No obstante, lo anterior no es lo único que se puede debatir en la junta, sino que es posible que el orden del día recoja otros puntos que no estén relacionados con la gestión social ni las cuentas anuales; lo que se establece en el mencionado artículo es el contenido mínimo. Por consiguiente, serán juntas extraordinarias aquellas que se celebran fuera del plazo de los seis primeros meses del ejercicio y cuyos puntos del orden del día son ajenos a los regulados en el art. 164 LSC, es decir, todas aquellas juntas que no sean ordinarias.

En cuanto a la convocatoria, la junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada. En caso de que la sociedad no hubiese acordado la creación de su página web o todavía no estuviera debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el BORM y en uno de los diarios que mayor circulación tenga en la provincia en la que se sitúe el domicilio social. En la convocatoria se especificarán la fecha, hora y lugar de celebración de la junta, que deberá estar sito donde la sociedad tenga su domicilio social, salvo que se trate de una junta universal como veremos a continuación, así como los puntos del orden del día a tratar y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria. En caso de tratarse de una junta ordinaria, deberá ser convocada por los administradores dentro de los seis primeros meses posteriores al cierre del ejercicio; y, en caso de tratarse de una junta extraordinaria, deberán convocarla los administradores siempre que lo estimen conveniente para los intereses sociales, así como cuando lo soliciten socios que sean titulares de al menos un 5% del capital social. Por lo que se refiere a la legitimación, todos los accionistas están legitimados para asistir a la junta y, salvo que los estatutos lo dispongan, los accionistas podrán acudir a la junta sin cumplir ningún requisito previo.

Ahora bien, es importante mencionar también la junta de carácter universal. La junta universal no es un tipo particular de junta sino, mejor, una modalidad en que ésta, ya sea ordinaria o extraordinaria, puede celebrarse y adoptar válidamente sus acuerdos. La misma se regula en el art. 178 y es aquella junta en la que, estando reunidos todos los accionistas de la sociedad, aceptan por unanimidad la celebración de la junta sin necesidad de requerimiento ni convocatoria previa, pudiendo tratar cualquier asunto que estimen oportuno. Por tanto, es imprescindible que estén presentes todos los accionistas y que acepten de forma expresa la celebración de la junta.

Por lo que se refiere al domicilio de la empresa, éste es un requisito en la constitución y vida de las personas jurídicas que se debe establecer en las normas fundacionales de estos entes⁵¹, pues este les servirá para poder relacionarse tanto con sus asociados como con terceras personas. En cuanto a la elección estatutaria del domicilio, la misma no es discrecional, ya que se exige que se sitúe en el lugar en el que se establezca la sede de su órgano de representación o en el que se desarrollen principalmente sus actividades, y así lo establece el art. 9.1 LSC: “*Las sociedades de capital fijarán su domicilio*

⁵¹ BENAVIDES VELASCO, P., *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid 2004, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., págs. 52-53

dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación”.

El Código de Comercio de 1892 no contenía normas sobre la determinación ni ubicación del domicilio societario, no obstante, reconocía la existencia del mismo y resaltaba la necesidad, aunque de forma indirecta, de que las mismas contaran con su domicilio propio. El CCo de 1885 tampoco contempla en sus artículos normas acerca de la determinación del domicilio de las sociedades. Sin embargo, sí que requiere a estas para que señalen un lugar concreto como domicilio. De este modo, las distintas normas reguladoras de la organización del Registro Mercantil, han reproducido el carácter obligatorio de que en la inscripción de las compañías mercantiles conste el domicilio de las mismas.

3.3. Validez de la celebración de la junta ordinaria

Una vez analizada a grandes rasgos la junta general y la importancia del domicilio social, habrá que tener en cuenta dichas consideraciones en el presente caso para poder resolver acerca de la validez de la junta. Consecuentemente, el problema que surge en un primer momento es la celebración de la junta en Pontevedra, es decir, fuera del domicilio social de la sociedad. El domicilio social de la empresa es importante, principalmente, por dos cosas, por un lado porque determina la ubicación de la empresa y, por otro lado, porque será el lugar donde se celebre la junta general. Sin embargo, este último aspecto no siempre se cumple, es más bien de carácter general. Existe una excepción en la que la junta general se puede celebrar fuera del domicilio social de la sociedad, como ha ocurrido en el presente caso, y es el caso de la junta universal.

La junta de carácter universal se regula en el art. 178 LSC que establece que la misma quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. Además, la junta universal podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero. Esta se caracteriza, por tanto, por ser una junta no convocada y, además, requiere la presencia de todos los socios que representen la totalidad del capital social, ya sea dicha presencia personal o por representación. Así mismo, todos los asistentes deben estar de acuerdo en que se celebre la junta y ponerse de acuerdo sobre los puntos del día. En la junta universal se podrá tratar cualquier clase de asunto y podrá celebrarse en cualquier lugar de España, en este caso, o en el extranjero.

Para que la junta universal sea válida, es necesario que se cumplan todos los requisitos mencionados. Así, existe jurisprudencia que ha declarado la nulidad de los asuntos acordados en una junta por no gozar esta de carácter universal al no cumplirse todos los requisitos. La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de septiembre de 2012⁵² declara la nulidad de una junta celebrada en un lugar distinto del domicilio social sin tener el carácter de junta universal, al no cumplirse los requisitos anteriores. En este sentido, al no tener la junta el carácter universal, los socios realmente no tenían libertad de acordar en esa reunión y en ese lugar lo que quisiesen. Otra sentencia que también versa sobre el tema de la junta universal, es la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia de 24 de febrero de 2006 en la que un socio demanda a la sociedad para que se declare la nulidad de acuerdos adoptados en una junta que para éste no tenía carácter universal, mientras que para la sociedad sí. De este modo, el Juzgado menciona la doctrina enunciada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 8 de noviembre de 2003 que dispone que <<no cabe identificar una junta a la que asisten todos los legitimados para hacerlo atendiendo a la convocatoria, reunión que habrá de

⁵² AP de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia núm. 469/2012 de 17 de septiembre, Fdto Jdco. 1º y 3º

ajustarse a las exigencias de una fecha, hora, lugar, orden del día, etc, con una junta universal sujeta para su validez a exigencias (...) que no se reducen tan sólo a la presencia de todo el capital, sino que exige un acuerdo unánime de reunirse en junta fijando los asuntos a tratar>>⁵³. Así lo afirma también la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de enero de 2009 cuando establece que <<salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio, mandato cuya inobservancia provoca la nulidad de la junta, salvo en el caso de junta universal, conforme a reiterados pronunciamientos jurisprudenciales>>⁵⁴

En el supuesto que nos ocupa “ZUMOS IRENATA S.A.” es una sociedad de capital que tiene su domicilio social en A Coruña y cuenta con tres accionistas, cada uno de los cuales, como ya se mencionó con anterioridad, ostenta el 33,33% del capital social. Tal y como se establece en el supuesto de hecho, los socios deciden convocar una junta ordinaria para analizar la situación de la empresa tras la dimisión del Director General, así como para acordar cómo continuar la marcha de la sociedad. Como vemos, no concurre una convocatoria previa, no obstante, todos los socios están presentes en la junta, de manera que queda representada la totalidad del capital social. Así mismo, dichos socios aceptan unánimemente la celebración de la junta y todos están de acuerdo en que los asuntos a tratar sean el análisis de la situación de la empresa tras la dimisión de Don Felipe y cómo continuar la marcha de la misma. A estos efectos, la junta universal permite tratar cualquier clase de asunto. Como ya se ha dicho, la junta se celebra fuera de A Coruña, domicilio social de “ZUMOS IRENATA S.A.”, sin embargo, se cumplen los requisitos del apartado 1 del art 178 LSC para que la junta goce de carácter universal, por lo que la misma se puede celebrar en cualquier lugar del territorio nacional o internacional, tal y como establece el mismo artículo en su apartado 2, y en este caso se ha celebrado en Pontevedra.

Por lo tanto, y analizadas las circunstancias, la junta ordinaria celebrada es completamente válida, tratándose de una junta universal.

⁵³ Sentencia núm. 50/2006 de 24 de febrero del Juzgado de lo Mercantil de Valencia, Fdto. Jdco. 2º

⁵⁴ AP de Zaragoza (Sección 5ª) Sentencia núm. 33/2009 de 16 de enero, Fdto. Jdco. 2º. En el mismo sentido, STS 25/11/1967, STS 23/11/1970, STS 17/12/1997.

BLOQUE 4:

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

4.1. El Director General de la Sociedad Anónima

4.2. El deber de no competencia

4.3. Incumplimiento del pacto de no competencia post-contractual

4.4. Efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por la empresa “ZUMITOS S.A.”

Esta cuestión está especialmente relacionada con la ya resuelta en el Bloque 1 a la que haré referencia en determinadas ocasiones, referente a la validez de la cláusula de no competencia post-contractual, pues a continuación analizaremos si la misma ha sido o no objeto de cumplimiento. Pero antes de nada, habrá que tener en cuenta otros aspectos que veremos a continuación.

4.1. El Director General de la Sociedad Anónima

El Director General es para el legislador español una persona que, aunque no forma parte del órgano de administración, desempeña en la empresa funciones de <<alta dirección>>, es por ello que se rige por el Real Decreto 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, como ya se ha puesto de manifiesto en el Bloque 1 del presente trabajo. En este sentido, hay que mencionar dos características típicas del Director General, y para ello habrá que acudir a dos criterios de índole diversa: uno de carácter funcional y otro de carácter estructural⁵⁵.

Con respecto al criterio funcional, habrá que atender a las funciones que le son asignadas al Director General. Para ello, hay que acudir el art. 1.2 del RDAD, en el que se establece la consideración y funciones del personal de alta dirección⁵⁶. En este sentido, cabe destacar, en primer lugar, el poder de decisión, pues el citado art. 1.2 RDAD habla del ejercicio de <<poderes inherentes a la titularidad jurídica>>. De este modo, ha de entenderse que las funciones de la alta dirección se incardinan en el ámbito de las facultades que le corresponden al Director General, y esto es, en las facultades de gestión empresarial, es decir, las relativas a la explotación de la empresa que constituye el objeto social; consiste en participar e intervenir en la dirección y gobierno de la empresa mediante el ejercicio de un poder de decisión en el ámbito de la gestión y dirección de la empresa. En segundo lugar, haremos referencia a la extensión del poder pues, el art. 1.2 RDAD exige que tales poderes se refieran a los <<objetivos generales>> de la empresa. Tal y como sostiene la doctrina más difundida en el ámbito mercantil, con este término se está exigiendo que los poderes se refieran a todo el giro o tráfico de la empresa, a la actividad que constituye el objeto social⁵⁷.

Con respecto al criterio estructural, la doctrina está de acuerdo en admitir que el Director General es una figura que se inserta en el escalón gerencial de la empresa y en el esquema organizativo de la misma, pero no en la organización societaria. Ahora bien, no se trata de cualquier tipo de dirigente que ejerza funciones de gestión, sino que además de ello, deberá ejecutarlas en la cúspide de la

⁵⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El Director General de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, Primera edición, 2009, Ed. La ley, pág. 27

⁵⁶ Véase apartado 1.4 en su párrafo segundo (Bloque 1) del presente trabajo

⁵⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El Director General... Op. Cit.* pág. 55

organización empresarial, en el nivel más alto de la empresa, de modo que su autonomía de decisión solo está condicionada por las instrucciones del órgano administrativo de la entidad.

4.2. El deber de no competencia

La prohibición de competencia constituye técnicamente una prohibición para ser Director General, mediante esta se pretenden evitar los comportamientos del Director General que puedan poner en peligro de daño el interés social, en beneficio del titular del interés de la actividad. La prohibición de competencia es necesaria porque, en ausencia de ella, se le permitiría al Director General realizar en interés propio o ajeno una actividad idéntica a la que constituye el objeto social. Por ello, en cada decisión empresarial que tuviese que adoptar en condición de tal, se vería en la tesitura de elegir entre su propio interés o el de un tercero en su caso, y el interés social. De este modo, existe un claro riesgo de que el Director General no optase por el interés social, desviando la clientela de la sociedad y sus relaciones con terceros en su beneficio o el de un tercero. Junto a todo esto, es importante poner de relieve que en la base de la prohibición de competencia hay que añadir la existencia de la prevención contra el peligro de que el Director General utilice las informaciones confidenciales de la sociedad para hacerse con una posición competitiva privilegiada ya en perjuicio de la misma, o para procurársela a terceros; pues no cabe duda de que está en posesión de informaciones decisivas relativas a la sociedad. Esto se debe a que el Director General es quien ejecuta en el día a día la política estratégica diseñada por el órgano de administración y quien dirige el aparato organizativo de la empresa con ese propósito.

Todo lo anterior radica en la especial peligrosidad que para la sociedad comporta la competencia del administrador. En este sentido, cabe mencionar que el art. 8.1 RDAD, que es el único que se refiere a la <<obligación de no competencia>> mientras dure la relación contractual de alta dirección, no instituye en realidad obligación de no competencia alguna; su misión es disciplinar una obligación de dedicación. El precepto que realmente implanta el deber de no competencia propiamente dicho es el párrafo tercero del art. 8 RDAD, al que ya nos hemos dirigido en el Bloque 1 del trabajo y en el que nos detendremos a continuación.

Es evidente que mientras esté vigente la relación contractual, resulta contrario a los postulados de la buena fe y de la confianza prestar servicios para empresas competidoras. No obstante, cuando el pacto de no competencia resulta más indicado es para después de finalizar la relación laboral. Resulta innecesario justificar la conveniencia de este tipo de cautelas en determinados supuestos en que el conocimiento de las interioridades de la empresa puede ser aprovechado por el directivo, una vez extinguida la relación laboral, en perjuicio de su primitivo empleador⁵⁸. El poder acceder a información sensible de la empresa para la que presta servicios el Director General puede aconsejar la necesidad de pactar esta cláusula. En el caso de que no se establezca, el directivo no tiene ninguna limitación para prestar servicios a cualquier empleador. Este pacto de no competencia post-contractual, como ya se ha explicado de forma exhaustiva en el Bloque 1, no puede tener una duración superior a dos años y el empleador deberá tener un efectivo interés industrial o comercial para pactarlo, satisfaciendo al directivo con una compensación económica adecuada. Lo que nos interesa en este supuesto, es el requisito del plazo, pues Don Felipe, como Director General que fue de la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.” hasta el 26 de febrero de 2014, no podría trabajar en una empresa del mismo sector hasta pasados dos años, es decir hasta el 26 de febrero de 2016. Sin embargo, tal y como se establece en el caso, no fue así, pues el día 8 de agosto de 2014 es contratado como Director General en la

⁵⁸ PUIGBÓ OROMÍ, J., *La situación laboral de administradores, socios y directivos. Relación contractual, retribuciones, indemnizaciones y blindajes*, 1990, Ed. Turpial S.A, pág. 99

compañía “ZUMITOS S.A.”, empresa dedicada a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas. Pero a esto volveremos más adelante.

Siguiendo con el desglose del pacto de no competencia post-contractual regulado en el art. 8.3 RDAD, aquí se parte de que el Director General es libre para ejercer cualquier actividad por cuenta propia o ajena, ya sea idéntica o distinta a la que constituía el objeto social de la entidad para la cual prestaba sus servicios, salvo que se pacte expresamente esta cláusula. En este sentido, para que el Director General quede vinculado por un deber de no competir es preciso que se pacte, en virtud del citado artículo.

En el presente supuesto, la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.” al contratar a Don Felipe como Director General, consideró oportuno el establecimiento de una cláusula de no competencia post-contractual en el contrato para que Don Felipe no se aprovechara de la información confidencial de la empresa, así como de las técnicas organizativas de la misma y demás aspectos de índole interna relacionados con la mencionada sociedad. Este pacto se estableció para dos años en adelante, una vez se extinguiese el contrato y, teniendo en cuenta que Don Felipe dimite el 26 de febrero de 2014, la prohibición debería hacerse efectiva hasta el 26 de febrero de 2016; no obstante, esto no sucede así. El día 8 de agosto de 2014 la empresa “ZUMITOS S.A.” cuyo objeto social es el mismo que el de “ZUMOS IRENATA S.A.”, decide contratar a Don Felipe como Director General de la compañía. Por consiguiente, desde la extinción del contrato laboral con “ZUMOS IRENATA S.A.” hasta el nacimiento del nuevo contrato con la compañía “ZUMITOS S.A.” sólo transcurren 5 meses y 13 días, poniéndose así de manifiesto el incumplimiento del pacto de no competencia post-contractual por parte de Don Felipe.

4.3. Incumplimiento del pacto de no competencia post-contractual por el trabajador

La inserción de un trabajador en una determinada empresa a través de la celebración del contrato de trabajo es la que le proporciona a éste la ventaja competitiva y la que hace que la competencia desarrollada por el trabajador pueda ser <<diferencial>> o <<relevante>> respecto de la desarrollada por un tercero que no ha estado vinculado contractualmente con el determinado empleador⁵⁹. Por ello, existe el riesgo de que el trabajador utilice esta ventaja en beneficio propio y en detrimento del empleador, como ya hemos explicado en el apartado anterior, lo que aboca a que como contrapartida, en el marco del contrato de trabajo, el empresario disponga de mecanismos adicionales de tutela de sus intereses legítimos. Estos se concretan de modo expreso para el pacto de no competencia post-contractual, que como ya sabemos, exige un efectivo interés comercial o industrial; el empresario pretende proteger su clientela y proveedores, así como el funcionamiento interno característico de su empresa, en su caso. Por consiguiente, el mencionado pacto cobra especial interés para el empresario que, una vez se extinga el contrato con el trabajador, desea que aquel se cumpla. De este modo, el trabajador no podrá trabajar en una empresa que ostente el mismo objeto social que la anterior contratante durante el plazo de dos años.

Uno de los requisitos para la validez del pacto de no competencia post-contractual es su limitación temporal. Que el pacto tenga una duración limitada supone, por un lado, la salvaguarda de los derechos del trabajador, evitándole aquellos compromisos excesivamente onerosos que pudieran mermar su formación o desarrollo personal⁶⁰, y, por otro, constituye un mecanismo de protección del interés público en el correcto funcionamiento de la institución de la competencia. En el caso de las relaciones laborales de carácter especial del personal de alta dirección reguladas por el RDAD, como el presente

⁵⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *El pacto laboral de no competencia <<postcontractual>>*, 1998, Madrid, Ed. McGraw-Hill, pág. 50

⁶⁰ *Ibid.* Pág. 184

caso, pues hablamos de un Director General, la fijación del plazo de dos años es uniforme para el conjunto de trabajadores incluidos en este ámbito. Esto se debe al estrecho contacto que estos colectivos mantienen de manera continua con los intereses competitivos del empleador.

Pues bien, como ya hemos mencionado con anterioridad, Don Felipe ha incumplido el pacto de no competencia postcontractual que había acordado en el contrato con la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.”, pues a los 5 meses y 13 días de su dimisión comienza a trabajar en “ZUMITOS S.A.”, empresa perteneciente al mismo sector que la primera. Por tanto, el incumplimiento de este pacto tendrá sus consecuencias, no obstante, y antes de nada, explicaremos en qué consiste dicho incumplimiento.

Una vez que se ha celebrado el pacto válidamente, el trabajador debe cumplir la obligación que ha asumido. En la medida en que el trabajador incumple su obligación, al apartarse de lo pactado, habrá que atender al objeto concreto del pacto de no competencia a la hora de valorar cuándo se ha producido efectivamente un incumplimiento. El incumplimiento se producirá, bien cuando el trabajador desarrolle una actividad económica en el mercado que sea relevante para el ex-empleador, o bien cuando el trabajador realice tareas relevantes en una empresa competitiva dentro del período de tiempo para el que la abstención se había acordado. Ahora bien, ante el incumplimiento del pacto por parte del ex-trabajador, el empresario dispone de mecanismos de defensa contra dicha actividad competitiva, que veremos más adelante.

Por su parte, en aquellos casos en que el trabajador celebra un nuevo contrato de trabajo incompatible con el pacto de no competencia que le vincula a su ex-empleador, el problema consiste en determinar si dicho contrato es o no válido y si es posible o no su impugnación. Ante esto, existen dos respuestas posibles, la primera radica en estimar que el segundo contrato es un contrato celebrado en daño de tercero y que el efecto más importante que se deriva de ello es el de entender que dicho contrato es nulo por causa ilícita. La segunda opción se basa en que el nuevo contrato es válido, aunque el daño sea indemnizable. Pues bien, cualquiera que sea la opción más ajustada, no cabe duda de que, en todo caso, la dificultad inherente al cumplimiento *in natura* de la obligación de abstención del trabajador a través de la ejecución forzosa abocará normalmente a su transformación en su equivalente económico⁶¹. Se trata de reponer en la esfera jurídica del ex-empleador lo que media entre su situación real y la situación en la que se encontraría en el caso de que el trabajador hubiese cumplido el pacto.

En el plano laboral, lo habitual en materia de incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual por parte del trabajador es la reclamación judicial de daños y perjuicios a través de una acción de reclamación de cantidad, como veremos a continuación en reiterada jurisprudencia.

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

Tal y como se establece en el supuesto de hecho, el 8 de agosto de 2014, la empresa “ZUMITOS S.A.” contrata a Don Felipe como Director General de la misma. Esta contratación se produce 5 meses y 13 días después de que dicho trabajador dimitiese en la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.” con la cual había pactado una cláusula de no competencia postcontractual. En este sentido, y como hemos expuesto en el apartado anterior, habrá que ver si el contrato celebrado con la empresa posterior es válido o no, y para ello existen dos posibilidades ya nombradas. Para el presente caso utilizaremos la segunda, es decir, el contrato celebrado entre Don Felipe y “ZUMITOS S.A.” es válido, pero el daño que el primero ha causado a la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.” es indemnizable.

Pues bien, la protección más importante de la que dispone el empleador ante el incumplimiento de la obligación de abstención por parte del trabajador, es la reclamación de los daños ocasionados por la

⁶¹ *Ibid.* Págs. 237-238

falta de cumplimiento del pacto. En aplicación del art. 1124 CC, el empleador puede solicitar judicialmente una indemnización de daños y perjuicios y, dentro de esta posibilidad hay que diferenciar dos supuestos.

En primer lugar, la fijación judicial de daños, que deberá tener presente la cuantía de las cantidades percibidas por el trabajador que el empleador hubiera abonado para el cumplimiento efectivo de la obligación de no competencia, en proporción al tiempo en que no haya cumplido la misma. Así mismo, cabría la petición al trabajador de cualquier otro daño ocasionado siempre y cuando el ex-empleador demuestre, además del hecho de que los ha causado el trabajador, la realidad y cuantía del perjuicio y el nexo causal entre dicho incumplimiento y los daños. En segundo lugar, la fijación de una cláusula penal, que consiste en una estipulación que obliga al trabajador a una obligación de carácter accesorio en caso de incumplimiento de la obligación de no competencia. Efectivamente, en el caso que nos ocupa, es esta la posibilidad que nos interesa, pues la misma ha sido la fijada entre “ZUMOS IRENATA S.A.” y Don Felipe en los términos establecidos en el supuesto de hecho. En materia de obligaciones de no hacer, como el pacto de no competencia, la cláusula penal normalmente consiste en el compromiso por parte del deudor de pagar al acreedor una determinada cantidad de dinero si se incumple la obligación principal convenida. Concretamente, en los casos de pacto de no competencia postcontractual, esta cláusula suele consistir en la devolución o reintegro de las cantidades previamente satisfechas por el empleador en concepto de dicho pacto, aunque también puede consistir en una cantidad a tanto alzada ya prefijada, o una combinación de ambas.

En este caso, la cláusula penal establecida entre “ZUMOS IRENATA S.A.” y Don Felipe consiste en que “el incumplimiento de la obligación dará lugar a que el trabajador devuelva la totalidad de las cantidades satisfechas por aquel concepto”, es decir, a que Don Felipe devuelva la cantidad económica que ha recibido de la mencionada sociedad en concepto del pacto de no competencia post-contractual. Ahora bien, sea cual fuere la cuantía pactada por las partes, debe entenderse que la misma es proporcional al tiempo pactado y que, por consiguiente, en caso de incumplimiento, la devolución corresponde de manera proporcional a la cantidad recibida por los meses en que faltó a su compromiso, pues se trata de un incumplimiento parcial. De este modo, habrá que analizar las circunstancias concretas del supuesto.

Como en el presente caso la cantidad pactada en virtud del pacto de no competencia se venía abonando de manera mensual por “ZUMOS IRENATA S.A.” a Don Felipe, consistente ésta en 300 euros al mes, habrá que atender a la cantidad de dinero que Don Felipe ha percibido durante el tiempo que estuvo trabajando para dicha empresa. Tal y como se pone de manifiesto en el Bloque 1 de este trabajo, concretamente en el apartado 1.4, Don Felipe ha estado trabajando para “ZUMOS IRENATA S.A.” unos 6 años aproximadamente, es decir, 72 meses, por lo que ha percibido 21.600 euros durante la vigencia de la relación laboral en concepto del pacto de no competencia. No obstante, Don Felipe incumple la cláusula en la que había acordado con la mencionada sociedad la obligación de abstención de competencia. En efecto, pasados 5 meses y 13 días tras su dimisión en “ZUMOS IRENATA S.A.”, Don Felipe es contratado por “ZUMITOS S.A.”, es decir, comienza a trabajar para otra empresa con el mismo objeto social que la anterior contratante (fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas), incumpliendo así el pacto cuando todavía le quedaban por cumplir 19 meses y 17 días aproximadamente de la mencionada obligación de no competencia.

Por tanto, tras el incumplimiento de la obligación, y así como se establecía en el contrato entre el ex-empleador y Don Felipe, éste deberá abonador a la sociedad la totalidad de las cantidades satisfechas en concepto del pacto, que como ya hemos dicho, durante la vigencia de la relación laboral con “ZUMOS IRENATA S.A.” asciende a 21.600 euros.

En este sentido, se viene pronunciado la jurisprudencia en diversos casos similares al que se nos presenta. Por lo que se refiere a la devolución de la totalidad de las cantidades recibidas en concepto del pacto, la sentencia de 20 de septiembre de 2010 del TSJ de Asturias⁶², cuyo asunto es el incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual por parte del trabajador, establece que el incumplimiento del compromiso antes de finalizar el período de duración convenido, le obligaría al trabajador a indemnizar los daños y perjuicios causados, así como a devolver la compensación económica recibida. En este caso concreto, el pacto comenzó a surtir sus efectos en marzo de 2006 año en el que el trabajador <<percibió por este concepto la cantidad bruta de 1070,45 euros. A partir del mes de mayo del año 2007 se aumentó el porcentaje percibido hasta el 10% habiendo percibido durante ese ejercicio la cantidad de 1548,80 euros, durante el año 2008 1807,61 euros y durante el año 2009, hasta el mes de agosto, la cantidad de 1222,78 euros>>. Finalmente el Tribunal condena al demandado a abonar la cantidad de 5649,64 euros en concepto de cantidades percibidas, cantidad que resulta de la suma de los pagos mencionados anteriormente. En cuanto a la prohibición de trabajar para una empresa el mismo sector que la anterior contratante, se pronuncia la sentencia de 25 de abril de 2006 del TSJ de la Comunidad Valenciana⁶³ en la que la empresa demandante es Ferro Enamel Española S.A. cuando dice que <<por no concurrencia debemos entender que el Sr. Ernesto no podrá durante los dos años siguientes a la extinción de su contrato, prestar directa o indirectamente servicios de cualquier naturaleza, remunerados o no, en organizaciones, personas, sociedades o empresas que tengan por actividad principal o secundaria el desarrollo, fabricación o comercialización de productos que compitan o sean similares con los desarrollados o en proceso de desarrollo por Ferro Enamel Española S.A. (...) En caso de que incumpliese esta obligación de no hacer y a los efectos laborales procederá lo siguiente: El Sr. Ernesto estará obligado a reintegrar, en concepto de cláusula penal, todas las cantidades percibidas según lo pactado en el presente punto>>. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 7 de marzo de 2012 del TSJ de Cataluña⁶⁴, en el caso de una ex-trabajadora de una correduría de seguros con la que había acordado un pacto de no competencia postcontractual, en la que se ocupaba de los temas principalmente sanitarios y de accidentes; sin embargo, la trabajadora comunicó a la empresa la decisión de causar baja voluntaria y al poco tiempo comenzó a trabajar en otra correduría de seguros, ocupándose nuevamente de temas sanitarios.

Por último, y reiterándome una vez más en el Bloque 1 de este trabajo, hay que recordar que el objeto principal de este pacto es evitar que los conocimientos, información y las técnicas productivas y de organización que adquiere el trabajador por razón del cargo que ocupa en la empresa, le coloquen 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. En el presente caso, Don Felipe es contratado por la empresa “ZUMITOS S.A” que se dedica exactamente a lo mismo que “ZUMOS IRENATA S.A.”, ambas sociedades tienen por objeto la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas, por lo que Don Felipe, al haber trabajado para su anterior contratante como Director General (mismo puesto para el que se le contrata en la empresa posterior) podría poner en práctica los conocimientos adquiridos en relación con el sector al que se dedica la primera empresa y transmitir cualquier tipo de información sobre aquella a “ZUMITOS S.A.”, compitiendo así en perjuicio de “ZUMOS IRENATA S.A.”⁶⁵. Es por ello que esta última sociedad decidió establecer un pacto de no competencia postcontractual con el establecimiento de una cláusula penal para el caso de que el trabajador incumpliese el mismo.

⁶² TSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm 2311/2010 de 20 de septiembre,

⁶³ TSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1356/2006 de 25 de abril

⁶⁴ TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1800/2012 de 7 de marzo

⁶⁵ En este sentido y en un caso similar se pronuncia el TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª) en la sentencia núm 843/2010 de 29 de octubre, Fdto. Jdco. 3º

Como vemos, la inserción de una cláusula penal presenta indudables ventajas y tiene una doble función. Por un lado, su función indemnizatoria, pues permite practicar una liquidación anticipada de los daños ya que la constatación del incumplimiento es suficiente para que la pena prevista sea exigible; y, por otro lado, su función disuasoria o coercitiva, pues refuerza el cumplimiento de la obligación principal. Por tanto, y debido a que la cláusula penal en este supuesto de hecho establecía que en caso de incumplimiento el trabajador debería restituir la totalidad de las cantidades percibidas en concepto del pacto, Don Felipe deberá abonar a “ZUMOS IRENATA S.A.” la cantidad de 21.600 euros que es la cantidad que ha percibido durante la vigencia de la relación laboral con dicha sociedad, pues <<el pacto de no concurrencia como generador de obligaciones recíprocas, conlleva que si se incumple por el trabajador éste deba restituir la prestación/indemnización percibida a cambio>>⁶⁶. Así mismo, cabría la petición al trabajador de una indemnización de daños y perjuicios siempre y cuando el ex-empleador demuestre, además de que los daños han sido causados por el trabajador, la realidad y cuantía del perjuicio y el nexo causal entre dicho incumplimiento y los daños.

⁶⁶ TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia núm. 61/2012 de 30 de enero, Fdto. Jdco. 2º

BLOQUE 5:

¿Puede ejercitar ZUMOS IRENATA S.A. alguna acción contra ZUMFRUIT S.A.?

5.1. De la propiedad industrial

5.2. De la marca

5.2.1. Cuestiones básicas

5.2.2. De la marca tridimensional

5.2.3. De las prohibiciones absolutas y de las prohibiciones relativas

5.2.4. Del riesgo de confusión

5.2.5. Acciones que puede ejercitar “ZUMOS IRENATA S.A” contra “ZUMFRUIT S.A.”

5.1. De la propiedad industrial

El ordenamiento jurídico considera dignas de protección las posibilidades de aprovechamiento comercial, tanto de ideas o descubrimientos de utilidad industrial, como de los signos de identificación con que un empresario se presenta a sí mismo o presenta sus productos en el mercado (propiedad industrial). Así mismo, protege aquellas creaciones intelectuales que, si reúnen las características de originalidad y creatividad suficientes, no tienen aplicación industrial sino carácter científico, artístico o literario (propiedad intelectual). La terminología que utiliza nuestra normativa establece la diferencia entre propiedad industrial y propiedad intelectual, no obstante, los diversos países de nuestro entorno no aprecian tal diferencia, de manera que el concepto de propiedad intelectual abarca los dos ámbitos. A pesar de ello, nos centraremos en la propiedad industrial que es la que nos interesa en el presente caso, pues en nuestro ordenamiento jurídico dichos términos, aunque comparten similitudes, se consideran diferentes.

A principios de la década de los 80 del siglo XX, la propiedad industrial apenas formaba parte del contenido del Derecho mercantil, se mencionaba al lado de la propiedad literaria y artística y se encuadraba sistemáticamente en el Derecho mercantil dentro del denominado <<patrimonio de la empresa>>⁶⁷. Actualmente, la doctrina mercantilista coincide en considerar la propiedad industrial como una parte integrante del Derecho mercantil y, concretamente, dentro del sector denominado Derecho de la competencia, al que ya hemos hecho referencia al inicio de este trabajo. En relación con esto, es importante mencionar el art. 38 CE que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo que significa que, en un principio, los empresarios pueden ofrecer cualesquiera bienes y servicios en el mercado; sin embargo, para asegurar esta libertad, el ordenamiento jurídico prevé un conjunto de normas que tienen por fin principal establecer las reglas a las que se debe ajustar la actividad económica para que los empresarios compitan en un marco de libertad y lealtad, y esto es el derecho de la competencia ya analizado.

Excepcionalmente esta libertad se ve, en cierta medida, restringida, pues el propio ordenamiento jurídico regula una serie de derechos que confieren a su titular el derecho en exclusiva de explotar el objeto sobre el que recaen tales derechos. De este modo, dichos objetos sobre los que recaen los derechos en exclusiva, quedan sustraídos al principio de la libertad de empresa y, por tanto, de la libre competencia, en la medida en que los terceros no pueden explotarlos sin el consentimiento de su titular.

⁶⁷ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., OTERO LASTRES, J. M., BOTANA AGRA, M., *Manual de la propiedad industrial*, 2009, Ed. Marcial Pons, pág. 49

Esto es debido a que, mediante la concesión a sus titulares de un monopolio de explotación del logro de su esfuerzo, se estimula la investigación o la creación. Esta excepción son los derechos de propiedad industrial.

Los derechos de propiedad industrial tienen una determinada **naturaleza jurídica** que podemos sintetizar en los siguientes aspectos:

- Son <<derechos de propiedad>>, en tanto que confieren a su titular una situación de dominio o poder sobre los mismos, pero estos derechos de propiedad industrial son algo más que los simples derechos de propiedad. En efecto, estos derechos de propiedad se dotan de ciertas peculiaridades, pues a diferencia de la propiedad regulada en el Código Civil, el objeto no es una cosa, sino un bien inmaterial y la finalidad no es simplemente procurar a su titular el goce y disfrute de la misma, sino sobre todo la explotación de dicho bien inmaterial
- La naturaleza de los objetos sobre los que recaen los derechos de propiedad industrial es curiosa, pues se trata de bienes inmateriales. Estos se componen de un doble elemento: por un lado, la entidad inmaterial y por otro, el soporte sensorial que lo hace perceptible. Así mismo, los bienes inmateriales, también se dotan de ciertas peculiaridades, pues son susceptibles de una doble utilidad (la utilidad del bien inmaterial en sí derivada de la utilización en exclusiva por su titular, y la utilidad económica derivada de la comercialización de los productos que portan el correspondiente derecho de propiedad industrial), son ilimitadamente repetibles (puede ser poseído simultáneamente por numerosas personas a la vez) y gozan de ubicuidad (pueden estar en distintos lugares alejados entre sí).
- Los efectos que producen estos derechos en el mercado, se basan en que, al tratarse de derechos exclusivos –como veremos a continuación-, dicha exclusividad implica que cada uno de ellos origina un ámbito que queda reservado para su titular, de manera que éste puede explotar económicamente el objeto sobre el que recaen dichos derechos y, por consiguiente, los terceros deben abstenerse de cualquier actuación que conlleve invadir ese espacio reservado.

Son estas peculiaridades las que diferencian los derechos de propiedad industrial de los derechos de propiedad y las que hacen que estos derechos sean encuadrados dentro del ámbito del derecho de la competencia y, por tanto, en el Derecho mercantil.

Por lo que se refiere a las **características** de los derechos de propiedad industrial trataremos de sintetizar las cinco principales:

- Son derechos exclusivos y excluyentes, es decir, sólo se puede conceder un derecho de exclusiva sobre un mismo “objeto”, aunque exista otro “objeto” igual creado de manera independiente por un tercero. Una vez que se le concede a un titular la exclusividad, quedan excluidos todos los demás. Así lo establece el art. 34.1 LM al disponer que: “*el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico*”. Por ejemplo, sin el consentimiento del titular de una marca, nadie puede introducir en el mercado los productos o servicios distinguidos por la misma, pues el titular goza del derecho de exclusiva. En este sentido cabe destacar que el art. 2 LM concede el derecho de propiedad sobre la marca por el registro válidamente efectuado de la misma y que el art. 6.1.a) LM prohíbe registrar como marcas los signos que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos.
- Son derechos registrales, son derechos que nacen por medio de su inscripción en el correspondiente registro⁶⁸, es decir, nacen en virtud de un acto administrativo de concesión dictado después de seguir

⁶⁸ *Ibid.* Pág. 60

el procedimiento expresamente previsto. Sin embargo, cabe destacar que la inscripción en el registro tiene un carácter constitutivo y no declarativo⁶⁹. El registro correspondiente en España es el Registro de Marcas, cuya llevanza corresponde a la OEPM.

- Son derechos territoriales, es decir, por lo general son derechos de carácter nacional por lo que sus efectos quedan limitados al territorio del Estado que los concede.
- Son derechos temporalmente limitados, es decir, tienen una duración limitada en el tiempo. Sin embargo, hay que distinguir entre los derechos no renovables, que se conceden por un tiempo único y máximo (como la patente y el modelo de utilidad), los derechos renovables por tiempo limitado, de manera que se pueden renovar pero por un número limitado de períodos hasta un máximo de 25 años (como los diseños) y los derechos renovables ilimitadamente, como la marca y el nombre comercial, que se pueden renovar de forma indefinida por períodos sucesivos de 10 años sin que la ley fije un tope máximo.
- Son derechos con una vocación internacional, pues la inmensa mayoría de los países del mundo están obligados a reconocer en sus respectivos ordenamientos nacionales los derechos de propiedad industrial, al pertenecer al Convenio de París⁷⁰

En rasgos generales, podemos dividir los derechos de propiedad industrial en dos categorías: las creaciones industriales y los signos distintivos. Las creaciones industriales se dividen a su vez en dos tipos, que son las creaciones técnicas y las creaciones estéticas. Para proteger dichas creaciones industriales y signos distintivos, el ordenamiento jurídico español prevé las siguientes **modalidades**: la patente y el modelo de utilidad para las creaciones técnicas, el diseño industrial para las creaciones estéticas y la marca y el nombre comercial para los signos distintivos.

5.2. De la marca

5.2.1. Cuestiones básicas

El art. 4.1 LM establece la definición del concepto de marca según el cual “*se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras*”. Como vemos, para que un signo distintivo pueda ser considerado como marca, éste debe reunir dos características esenciales: debe ser susceptible de representación gráfica y debe ostentar un carácter distintivo para poder diferenciarse de los productos o servicios de otra empresa. El citado artículo en su apartado segundo, enumera una lista de signos que podrán ser constitutivos de marca, dentro de los que se encuentran, en su apartado d), las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, envases y la forma del producto o de su presentación.

⁶⁹ BARBERO, J. L., BARREDA, C., BENVIDES, J. L., BORREGO, C., CASADO, A., CERRO PRADA, B., DE ELZABURU, A., DE JAVIER, L., DE JUAN, R., DE LAS HERAS, T., DEL CORRAL, J. M., FERRÁNDIZ, J., R., GARCÍA-CABRERIZO, P., GÓMEZ MONTERO, J., GONZÁLEZ-BUENO, P., LÓPEZ CALVO, J., LÓPEZ SOTO, A., MANZANEDO, F., UNGRÍA, J., YESTE, M. T., *Comentarios a la ley y al reglamento de marcas*, Primera edición, 2003, Ed. Civitas Ediciones S.L, pág. 61

⁷⁰ El Convenio de París del año 1883 es aplicable a la propiedad industrial en su más amplia acepción, pues incluye inventos, marcas, diseños industriales, modelos de uso práctico, nombres comerciales, denominaciones geográficas y la represión de la competencia desleal. Las disposiciones sustantivas de la convención corresponden a tres categorías principales: trato nacional, derecho de prioridad y reglas comunes que todos los Estados deben aplicar.

En primer lugar, el requisito de la posibilidad de **representar gráficamente el signo** es uno de los pilares sobre los que descansa el sistema de marcas registradas y, aunque ni la Ley de Marcas, en el ámbito nacional, ni la Directiva 89/104/CEE, en el ámbito internacional, definen o concretan este requisito, éste puede ser interpretado en sentido estricto o en sentido amplio. Lo normal es que se haga en sentido estricto. En la sentencia 12 de diciembre de 2002 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la que se resuelve el caso Sieckmann, dicho Tribunal estableció los requisitos que debería reunir la representación gráfica del signo. Estos requisitos son que la representación gráfica del signo debe ser <<clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva>>. Así mismo el propio Tribunal explica cuál es la *ratio* de estos requisitos en sus apreciaciones⁷¹. Esto se debe a que la función principal del requisito de la representación gráfica es definir la propia marca a fin de determinar el objeto exacto de la protección que la marca registrada.

Para centrarnos ya en el supuesto de hecho que nos ocupa, haré mención a la representación gráfica en relación con las formas tridimensionales. En este sentido, el art. 2.4 RM nos explica que, cuando se solicite el registro de una marca tridimensional, la reproducción de la misma consistirá en una reproducción gráfica o fotográfica bidimensional, pudiendo constar de hasta seis perspectivas diferentes, siempre que se agrupen formando una única y misma reproducción. Si ésta reproducción no mostrase suficientemente los detalles de la marca, se podrá exigir al solicitante que proporcione hasta seis vistas diferentes de la marca y una descripción escrita de la misma. Así mismo, establece el art. 2.3 RM en su inciso último el carácter facultativo de realizar una descripción escrita de la marca en la solicitud. En el presente caso, la marca inscrita en el registro por la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.”, consistente en una botella de plástico naranja, con tapón rosa y la torre de Hércules en relieve y en una descripción de la misma, cumple los requisitos del Reglamento de Marcas. En el caso de ZUMFRUIT S.A., cuya marca consiste en un envase de plástico naranja, cubierto por una pegatina rosa en la cual está impresa en color negro la torre de Hércules, ésta también cumple los requisitos del RM en cuanto a la representación gráfica de la forma tridimensional. Ahora bien, habrá que ver si gozan de carácter distintivo.

En segundo lugar, el signo debe poseer un **carácter distintivo** o fuerza diferenciadora. Debe señalarse que el carácter distintivo es un concepto jurídico indeterminado, por lo que habrá que analizarlo caso por caso, teniendo en cuenta la estructura del signo (en este caso tridimensional) y las características de los correspondientes productos o servicios. Pues bien, el signo es una realidad intangible, por tanto para que los demás lo puedan percibir, es preciso que éste adquiera forma sensible, es decir, que se materialice en un envase o en el propio producto. Lo destacable en el caso de las marcas, es que el signo está relacionado con una clase determinada de productos o servicios, por lo que, el titular de la marca sólo puede impedir que el signo correspondiente se reproduzca en unión con productos o servicios pertenecientes a esa clase. Esto quiere decir que el objeto del derecho sobre la marca es un signo puesto en relación con una clase de productos o servicios⁷², que es lo que se conoce como la regla de la especialidad de la marca. Es importante poner de relieve que esta unión no se hace auténtica hasta que es aprehendida por el consumidor. De este modo, el empresario lleva a cabo la unión entre el signo y el producto al decidir que los productos que distribuye van a ofrecerse al público bajo un determinado signo. Pero la actividad del empresario es insuficiente para convertir un signo en marca, la consolidación definitiva de la marca depende, en última instancia, del público de los consumidores, que desempeñan un destacado papel en el proceso de formación de la marca. Por tanto, el carácter distintivo del signo, en relación con la clase de producto, debe poder diferenciar tal producto del de las

⁷¹ Concretamente, en sus apreciaciones 52 a 55, sentencia 12 de diciembre de 2002 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

⁷² FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre derecho de marcas*, Segunda Edición, 2004, Ed. Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), pág. 28

otras empresas. En el presente supuesto, el signo distintivo registrado como marca de “ZUMOS IRENATA S.A.”, consistente en un cuerpo de plástico naranja, tapón rosa y la torre de Hércules en relieve, relaciona ésta con una empresa dedicada a la fabricación, envasado y distribución de zumos y, además, es una marca consolidada en el mercado por su larga trayectoria (desde 1930) e identidad, por lo que cabe presumir que la misma es conocida por los consumidores por su peculiar forma, es decir, goza de carácter distintivo. En el caso de ZUMFRUIT S.A. todavía es pronto para pronunciarse, pues la empresa aparece en 2013 por lo que, aunque establece una unión con otra empresa dedicada a la fabricación, envasado y distribución de zumos, no le ha dado suficiente tiempo a consolidar su marca entre los consumidores, el envase de plástico naranja cubierto por una pegatina rosa en la que está impresa la torre de Hércules, que, por lo que parece observar, tiene una similitud palpable con respecto a la anterior. Pero a esta cuestión volveremos a hacer referencia más adelante.

En cuanto a las funciones de la marca, ésta consta de cuatro esenciales. En primer lugar, la función indicadora del origen empresarial, cuya finalidad es que la marca indique la procedencia empresarial de un determinado producto o servicio, es decir, el consumidor entiende que todos los productos fabricados o distribuidos bajo una misma marca provienen de la misma empresa. De este modo, los consumidores asocian que todos los productos distinguidos con ese signo tienen el mismo origen. En segundo lugar, la función condensadora del *goodwill* o buena reputación, es la que persiguen todos los empresarios. La marca es como un cajón donde el empresario deposita todo su esfuerzo diario y la reputación derivada de su buen hacer⁷³. Tener una buena imagen de marca es la causa de que los consumidores elijan unos productos o servicios en detrimento de los competidores. En tercer y cuarto lugar, la función publicitaria, que no tiene mayor complicación, y la función indicadora de la calidad, en el sentido de que los consumidores asocian la marca con una serie de características que son propias de los productos o servicios marcados bajo un determinado signo; es decir, cumple una función de garantía: garantiza que los productos distinguidos con la marca, tienen los mismos estándares de calidad.

Cabe mencionar, por último, que el derecho sobre la marca nace por el registro válidamente efectuado de la misma, tal y como dispone el art. 2 LM. En este sentido, el art. 34.1 LM establece que el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico, derecho de exclusividad que excluye a cualquier otro para utilizar dicha marca. No obstante, puede utilizarse una marca sin estar ésta registrada, aunque esto conlleva riesgos para el empresario.

5.2.2. De la marca tridimensional

Es indudable que gran parte de la responsabilidad de la proliferación y asentamiento de las marcas en el mercado corresponde a los consumidores⁷⁴. Por ello, merece una atención especial el entender cómo los consumidores perciben un signo concreto, porque si ese signo es percibido como marca, podremos examinar su capacidad distintiva y determinar su registrabilidad. En efecto, las marcas denominativas o gráficas son más fáciles de apreciar y de percibir por los consumidores como signos distintivos, cuando van adheridas al producto. No obstante, esta facilidad no está siempre presente en los casos de marcas con forma tridimensional, pues, cuando nos encontramos ante signos tridimensionales, no siempre entenderemos que esa forma es una marca. Para ello, es necesario atender a la percepción del consumidor. Según la LCU “*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (...)*”⁷⁵, es decir, la figura

⁷³ SEMPERE MASA, I. L., *La protección de las formas como marca tridimensional*, 2011, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 20

⁷⁴ *Ibid.* Pág 32

⁷⁵ Art. 3, párrafo primero, de la Ley de Consumidores y Usuarios

del consumidor medio es de un perfil no especializado o experto en la materia. En este sentido, es admitido que el hecho de estar ante una forma tridimensional como marca, no es lo común o lo fácil para los consumidores percibirla como tal. Por esta misma razón, es importante atender también a la valoración de la percepción de la marca por parte de esos consumidores, pues, al tratarse de una marca no convencional, es más dificultoso cerciorarse de que nos encontramos ante una marca. Por ello, este tipo de marcas no convencionales normalmente deberán tener “algo extra”.

La marca tridimensional es una forma registrada como marca, consistente en una forma en tres dimensiones que, teniendo aptitud diferenciadora, constituye un signo distintivo. La representación gráfica se hace mediante su representación bidimensional, y así lo establece el art. 2.4 RM, tal y como hemos analizado en el apartado anterior. Lo determinante es que la persona que la visualiza sea capaz de hacerse una composición mental de la misma en tres dimensiones. Algunos ejemplos de marcas tridimensionales, consistentes además en envases, son la botella de GRANINI (núm. 1919133) y las botellas de COCA COLA (núm. 004554994)⁷⁶. No obstante, estas botellas tienen una aptitud diferenciadora, característica que mencionaremos a continuación. La eventual fuerza distintiva de una marca debe apreciarse en relación con los productos o servicios que distingue, y, atendiendo a la percepción del signo por parte del consumidor como ya se ha mencionado. Por tanto, lo que realmente condiciona que una marca tenga aptitud diferenciadora es que dicho signo permita asociar el producto que distingue a un determinado origen empresarial, y diferenciarlo así de los demás. Es por todo ello, que debemos entender que las formas de los productos o de su presentación que tengan una aptitud diferenciadora, además de ser susceptibles de representación gráfica, podrán ser registrables como marca tridimensional.

En el presente caso, tanto la marca de “ZUMOS IRENATA S.A.” como la de “ZUMFRUIT S.A.”, cumplen el requisito de la representación gráfica, pues se trata de un envase en tres dimensiones. Ahora bien, por lo que se refiere a la aptitud diferenciadora, cabe apreciar la misma en el caso de “ZUMOS IRENATA S.A.”, cuya marca se caracteriza, además de por los colores naranja y rosa, por materializarse en el envase la torre de Hércules en relieve. Así mismo, y como ya he mencionado, se trata de una empresa consolidada en el mercado, y por lo tanto, reconocida por los consumidores. Por lo que se refiere a la marca de “ZUMFRUIT S.A.”, bajo mi criterio, no parece apreciarse un notable carácter distintivo en su composición, pues lo único relevante es que posee una pegatina rosa que cubre el envase, en la que se plasma la torre de Hércules.

5.2.3. De las prohibiciones absolutas y de las prohibiciones relativas

El art. 5.1 LM enumera una serie de **prohibiciones absolutas** para que un signo no pueda ser registrado como marca. No obstante, para el presente caso, nos centraremos en los apartados b) y e) del citado precepto. De acuerdo con la letra b) del art. 5.1 LM no podrán registrarse como marcas los signos que carezcan de carácter distintivo; en este sentido, un signo carecerá de carácter distintivo cuando sea incapaz de identificar el origen del producto o servicio, impidiendo por ello al consumidor del producto o servicio en cuestión, repetir su elección si la experiencia resultó positiva, o evitarla, si, por el contrario, le resultó negativa. De este modo, un signo debe tener la aptitud para distinguir un producto o servicio de una empresa, de los de las demás. Por lo que respecta al apartado e) del art. 5.1 LM, no podrán registrarse como marcas los signos constituidos exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto o por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por la forma que da un valor sustancial al producto. Como vemos, son tres las prohibiciones

⁷⁶ SEMPERE MASA, I. L., *La protección de las formas como marca tridimensional*, 2011, Ed. Tirant lo Blanch, pág.72, en la que se ven las ilustraciones de ambas botellas.

referentes a los signos que se quieran registrar como marca para el caso de que se trate de formas tridimensionales.

En primer lugar, la prohibición de la forma impuesta por la naturaleza del producto. La doctrina considera de manera unánime que la prohibición de registrar una marca que consista en la forma necesaria del producto alcanza también a aquellas que pretendan registrar la forma básica de un envoltorio o envase. Así, cuando se trate de una marca consistente en la forma de una botella, caja u otro envase, la prohibición afecta a las formas de envases corrientes, habituales u ordinarias. De este modo, la prohibición analizada impide registrar como marcas las formas básicas habitualmente utilizadas en el tráfico económico, es decir, la forma básica de un producto o la forma básica de un envoltorio o envase. No obstante, fuera de esta prohibición quedan las formas consistentes en la representación singular y arbitraria de un producto o envase. Todo parece indicar que no se aplicará con frecuencia la prohibición indicada porque raras veces se pretende registrar como marca la forma impuesta *sic et simpliciter* por la naturaleza de un propio producto⁷⁷. En este sentido, es destacable la SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 1999 en relación con esta prohibición que establece que: <<El envase traslúcido que tenga la forma o configuración usual de los utilizados para el envasado de vinos espumosos pero contengan grabados, estampados o por cualquier otro procedimiento, elementos que lo caractericen y distingan, puede ser objeto de registro de marca (...). En estos casos, no obstante, la protección registral alcanza al conjunto de la marca registrada y no al elemento genérico (envase) aisladamente considerado>>⁷⁸. En el presente caso, la empresa “ZUMOS IRENATA S.A” tiene registrada como marca, la forma tridimensional de una botella de plástico, con tapón rosa y la torre de Hércules en relieve, por lo que cabría considerar que no incurre en esta prohibición, ya que no se ha pretendido proteger como marca el envase aisladamente considerado, sino el conjunto de la marca, que se caracteriza por la torre de Hércules en relieve en el envase. En el caso de “ZUMFRUIT S.A.” lo único característico es la pegatina rosa con la torre de Hércules impresa en la misma, que cubre el envase, por lo que no parece que lo que es el envase en sí mismo contenga algún elemento que lo caracterice o distinga, bajo mi punto de vista.

En segundo lugar, la prohibición de la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico. El fin principal de esta prohibición es evitar que se proteja como marca lo que debería ser objeto de protección a través de otra modalidad registral; así, no deben registrarse como marcas aquellos signos que consistan en una forma de la que resulte alguna ventaja, prácticamente apreciable, para el uso o fabricación del producto en cuestión. De lo contrario, podrían utilizarse los mecanismos propios del sistema de marcas para conseguir un resultado inadmisibles, es decir, la obtención de un derecho de exclusiva de duración potencialmente ilimitada sobre una forma tecnológica necesaria. Lo que pretende esta prohibición es delimitar las formas protegidas por el sistema de marcas frente a las protegidas por el sistema de patentes. En este sentido, se pronuncia el TJCE en su sentencia de 18 de junio de 2002 al manifestar lo siguiente: <<Por lo que respecta, en particular, a los signos constituidos exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico (...), debe señalarse que el objetivo de esa disposición es denegar el registro de formas cuyas características esenciales respondan a una función técnica, porque la exclusividad inherente al derecho de marca obstaculizaría la posibilidad de que los competidores ofrecieran un producto que incorporase esta función (...)>>⁷⁹. En este sentido, está bastante claro que ni la marca registrada por “ZUMOS IRENATA S.A.” ni la marca de “ZUMFRUIT S.A.” incurren en esta prohibición, pues ambos son

⁷⁷ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., OTERO LASTRES, J. M., BOTANA AGRA, M., *Manual de la propiedad industrial*, 2009, Ed. Marcial Pons, pág. 550

⁷⁸ SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 1999, Fdto. Jdco. 21°

⁷⁹ Sentencia de 18 de junio de 2002 del TJCE, apreciación 79

envases, por lo que resultaría especialmente complicado que se pudiese llegar a obtener un resultado técnico con los mismos.

En tercer y último lugar por lo que a las prohibiciones absolutas nos ocupa, queda la prohibición concerniente a la forma que da un valor sustancial al producto. La finalidad de esta prohibición es evitar que puedan protegerse como marcas, determinadas formas que deberían ser protegidas por un dibujo o modelo industrial; se pretende establecer en cierto modo la frontera entre el sistema de marcas y el sistema de dibujos y modelos. Esta prohibición, por tanto, afecta singularmente a aquella clase de productos en los que la apariencia estética incide de manera directa sobre la valoración positiva del producto por parte de los consumidores, es decir, se trata de los productos que el público compra en atención a su composición o ingredientes, o bien en atención a los efectos que su uso o consumo produce. Esta prohibición se extiende también a los envases y formas de presentación de los productos cuyas características ornamentales sean especialmente atractivas para los consumidores; y, para determinar si una forma concreta esta incurso en esta prohibición habrá que indagar cual es el papel que la correspondiente forma desempeña en la realidad del mercado, de manera que, si la forma en cuestión, hace más atractivo y por tanto vendible el producto, habrá que concluir que afecta al valor sustancial (esencial) del producto. No se debe dotar al producto de un valor añadido para ser sustrato de la decisión de compra. En el presente supuesto, tampoco podemos incluir a ninguna de las dos marcas dentro de esta prohibición, pues, aunque en el caso de la marca de “ZUMOS IRENATA S.A.”, ésta contenga la torre de Hércules en relieve en el envase, esto no afecta de ningún modo al valor esencial del producto, sino que simplemente es una forma curiosa y original de distinguir su envase en el mercado; como en el caso de la botella de Granini o Coca cola antes citados.

El art. 6.1 LM enumera una serie de **prohibiciones relativas** para que un signo no pueda ser registrado como marca. Dicho precepto prevé dos supuestos de hecho que determinan la aplicación de esta prohibición. De concurrir alguno de estos supuestos de hecho, la OEPM, sólo si ha mediado oposición del titular de una marca anterior, está obligada a denegar la solicitud de registro presentada en aplicación de esta prohibición.

En primer lugar, el apartado a) del art. 6.1 LM exige identidad de marca e identidad de productos o servicios para aplicar la prohibición de registro automáticamente, no será necesario en este caso constatar si existe riesgo de confusión porque es evidente que lo hay; la solicitud de registro deberá ser denegada si el titular anterior formula la oportuna oposición. Así lo dispone también la Directiva 89/104/CEE, que formula esta prohibición en su art. 4.1.a), según el cual <<El registro de una marca será denegado o, si está registrada, podrá declararse su nulidad: a) cuando sea idéntica a una marca anterior y los productos o servicios para los que se haya solicitado o registrado la marca sean idénticos a aquellos para los cuales esté protegida la marca anterior>>.

En segundo lugar, el apartado b) del ya citado precepto se presenta más problemático en su aplicación, pues se apoya en varios conceptos jurídicos indeterminados que exigirán un detallado análisis y valoración. De este modo, su constatación no será tan automática y evidente como en el caso explicado con anterioridad. Esta letra b) condiciona la aplicación de la prohibición a la existencia de un riesgo de confusión en el público, que incluye el riesgo de asociación. Además, junto a esta condición determinante, el apartado enuncia dos factores cuya concurrencia se hace desprender, en principio, de la existencia de un riesgo de confusión⁸⁰. Estos son: semejanza de los signos en qué consisten las

⁸⁰ BARBERO, J. L., BARREDA, C., BENVÍDES, J. L., BORREGO, C., CASADO, A., CERRO PRADA, B., DE ELZABURU, A., DE JAVIER, L., DE JUAN, R., DE LAS HERAS, T., DEL CORRAL, J. M., FERRÁNDIZ, J. R., GARCÍA-CABRERIZO, P., GÓMEZ MONTERO, J., GONZÁLEZ-BUENO, P., LÓPEZ CALVO, J., LÓPEZ SOTO,

marcas y similitud de los productos o servicios a los que se destinan. Estos dos factores y la condición de la que se hace desprender la aplicación de esta prohibición, operan interrelacionados, de tal manera que si no existe semejanza entre los signos o similitud entre los productos o servicios, la prohibición no entra en aplicación, aún en el caso de que pueda considerarse que existe riesgo de confusión, pues conforme a esta norma la no concurrencia de alguno de los factores determina la inexistencia de riesgo de confusión. Se puede decir que estos tres requisitos van “de la mano”. En definitiva, para la aplicación de este precepto será necesario: semejanza de signos, similitud de productos o servicios y riesgo de confusión. En este sentido, analizaremos el mencionado riesgo de confusión a continuación, para determinar si es aplicable al supuesto de hecho que nos ocupa.

5.2.4. Del riesgo de confusión

Tras el análisis de las prohibiciones absolutas y relativas, cobra especial importancia en relación con el caso que nos atañe, el riesgo de confusión. Éste es un elemento básico en relación con las prohibiciones relativas, pues las mismas entran en juego cuando existe un riesgo de confusión entre marcas; por tanto, la aplicación de esta prohibición está condicionada por la existencia de este riesgo. Para determinar si existe riesgo de confusión entre dos marcas, hay que examinar los factores de confundibilidad que prevé la norma (art. 6.1.b) LM), pues de ellos depende la existencia del riesgo de confusión. Los dos primeros factores de confundibilidad son: la semejanza de los signos y similitud de los productos o servicios. Ahora bien, la norma prevé todavía otros dos elementos determinantes del riesgo de confusión: el riesgo de asociación y el tipo de público al que se destinen los productos o servicios que protegen la marca. Esto es debido a que el riesgo de asociación se incluye dentro del riesgo de confusión, y que quien tiene que padecer este riesgo de confusión ha de ser el público. Así lo dispone el TJCE en su sentencia de 11 de noviembre de 1997 (caso <<Sabel>>) cuando dice que: <<la apreciación del riesgo de confusión depende de numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacerse de ella con el signo utilizado o solicitado, del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados (...). El riesgo de confusión debe, pues, apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes>>. Es por ello que los cuatro factores mencionados para constatar el riesgo de confusión implican una interdependencia entre sí.

En primer lugar, analizaremos la **semejanza de los signos en qué consisten las marcas**, pues, la determinación de este factor de confundibilidad es la más difícil de apreciar en cada caso concreto, por ello, habrá que atender principalmente a la jurisprudencia del TJCE. Hasta el momento, sólo cuatro sentencias del TJCE han examinado el riesgo de confusión desde la perspectiva de la Directiva 89/104/CEE, y por tanto con valor interpretativo directo aplicable a las legislaciones internas de los Estados de la Unión⁸¹; es por ello que habrá que atender a estos criterios fijados por el citado Tribunal. La semejanza entre los signos puede ser gráfica, fonética o conceptual y, en este sentido, la apreciación de la similitud de los signos debe efectuarse globalmente, es decir, basándose en la impresión del conjunto. Así se pronuncia el TJCE en el caso <<Sabel>>, estableciendo que: <<por lo que se refiere a la similitud gráfica, fonética o conceptual de las marcas en conflicto, esta apreciación global debe basarse en la impresión de conjunto producida por las marcas, teniendo en cuenta, en particular, sus elementos distintivos y dominantes>>⁸². Una de las pautas de comportamiento importante para apreciar lo precedente es, tal y como lo dispone también el TJCE, que <<el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar>>. De este modo, a la hora de comparar las marcas, el juzgador debe ponerse en la situación del

A., MANZANEDO, F., UNGRÍA, J., YESTE, M. T., *Comentarios a la ley y al reglamento de marcas*, Primera edición, 2003, Ed. Civitas Ediciones S.L., pág. 141

⁸¹ *Ibid.* Pág. 144

⁸² Apartado 23 de la sentencia de 11 de noviembre de 1997 del TJCE

consumidor de los productos o servicios a los que se destinen las marcas en conflicto, es decir, la confrontación debe realizarse desde la perspectiva de un consumidor medio.

Otro de los criterios fijados por el TJCE es el de que las marcas de elevado carácter distintivo disfrutan de mayor protección, es decir, el riesgo de confusión es más elevado cuanto mayor resulta ser el carácter distintivo de la marca anterior. En este sentido la sentencia del TJCE de 22 de junio de 1999 (caso <<Lloyd>>) establece lo siguiente: <<Puesto que el riesgo de confusión es tanto más elevado cuanto mayor resulta ser el carácter distintivo de la marca anterior, las marcas que tienen un elevado carácter distintivo, bien intrínseco, o bien gracias a lo conocidas que son en el mercado, disfrutan de una mayor protección que las marcas cuyo carácter distintivo es menor. Por consiguiente, puede existir un riesgo de confusión, a pesar de que exista un escaso grado de similitud entre las marcas, cuando los productos o servicios cubiertos tienen una gran similitud y el carácter distintivo de la marca anterior es fuerte>>⁸³. Pues bien, continúa la mencionada sentencia diciendo que para determinar el carácter distintivo de una marca y, por tanto, evaluar si posee ese carácter distintivo elevado, el órgano jurisdiccional nacional tendrá que apreciar de manera global la mayor o menor aptitud de la marca para identificar los productos o servicios para los cuales fue registrada atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada y, por tanto, distinguir dichos productos o servicios de los de otras empresas. Al realizar la apreciación mencionada, procede tomar en consideración, en particular, y entre otros muchos datos, la duración del uso de la marca. En este sentido, cabe destacar que cuando una marca tiene su origen en la amplia difusión de la misma entre el público como consecuencia de su uso intensivo, se fortalece de manera más eficaz, dado que es el público el protagonista del proceso de consolidación de una marca como signo distintivo. En relación con la función indicadora del origen empresarial, cabe mencionar la sentencia de 29 de septiembre de 1998 (asunto C-39/97) que resolvió el destacado caso “Canon/Metro-Goldwyn-Mayer” a la hora de interpretar la Directiva 89/104/CEE, en la que el Tribunal de Justicia subrayó que: <<la función esencial de la marca consiste en garantizar al consumidor o usuario final la identidad de origen del producto o servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia (...)>>⁸⁴.

En el presente supuesto, “ZUMOS IRENATA S.A.” es una empresa consolidada en el mercado, es decir, conocida por el público, debido a su larga trayectoria e identidad. La misma lleva dedicándose a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas desde el año 1930, lo que implica que hasta el día de hoy lleva 86 años en el mercado. Esto también pone de relieve la duración del uso de la marca que, teniendo en cuenta que esta se puede renovar cada diez años, en virtud del art. 31 de la LM, en el presente caso la marca ha sido objeto de renovación ocho veces; por ello, cabe apreciar el elevado carácter distintivo de la marca registrada por la empresa en cuestión, la botella de plástico naranja con tapón rosa y la torre de Hércules en relieve. Así mismo, en cuanto a su procedencia empresarial, la misma queda totalmente determinada (cumpliendo así con la función de origen empresarial), pues su identidad, tal y como se establece en el supuesto, es la que ha conseguido que los consumidores distingan su producto del de otras empresas así como su correspondiente consolidación en el mercado.

Dicho todo lo anterior, y teniendo en cuenta que, por un lado, la marca de la empresa “ZUMFRUIT S.A.” aparece en el mercado en 2013, es decir, es evidente que la marca de “ZUMOS IRENATA S.A.”, como marca anterior, posee un carácter distintivo más fuerte; y, por otro, que la marca de “ZUMFRUIT S.A.” consiste en un envase de plástico naranja cubierto por una pegatina rosa en la que se encuentra impresa la torre de Hércules, cabría apreciar que existe semejanza de los signos en los que consisten ambas marcas, pues las dos se caracterizan por los colores naranja y rosa, y poseen, de una manera u otra, la torre de Hércules en el envase. Por consiguiente, y al apreciarlas globalmente, salta a la vista

⁸³ Apartados 20 y 21 de la sentencia de 22 de junio de 1999 del TJCE

⁸⁴ Apartado 28 de la sentencia de 29 de septiembre de 1998 del TJCE

que en su conjunto son similares y esto puede confundir al consumidor, pues recordemos que éste percibe la marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar.

En segundo lugar, analizaremos la **similitud o identidad de los productos o servicios**, aunque de primeras, cabe observar que en el supuesto que nos ocupa, este factor de confundibilidad no revestirá especial dificultad. Las marcas se registran para unos concretos productos o servicios y el derecho que ostenta el titular del registro, sólo alcanza el uso de un signo o registro de una marca en relación con dichos productos o servicios para los que está registrada, pero no para cualquier tipo de productos o servicios; esto es la regla de especialidad de la marca. Por consiguiente, pueden coexistir dos marcas idénticas pero de productos diferentes (véase <<Loewe>>, que es una marca de moda especialista en marroquinería y una marca de televisores), no obstante, esto es inconcebible si se trata del mismo tipo de productos o servicios. Aunque no existen muchos pronunciamientos sobre este factor, las consideraciones generales según la jurisprudencia del TJCE así como de nuestro Tribunal Supremo, establecen que existe similitud en los productos o servicios cuando los mismos coincidan en su naturaleza, tengan la misma finalidad, destino o utilización, se comercialicen en las mismas o relacionadas áreas comerciales o tengan idénticos destinatarios. Además, la jurisprudencia española mantiene la doctrina de que la similitud o disparidad de los productos o servicios es un factor decisivo a la hora de fijar si existe riesgo de confusión entre dos marcas⁸⁵.

En el presente supuesto, no cabe la menor duda de que existe identidad de los productos, pues tanto la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.” como la empresa “ZUMFRUIT S.A.” se dedican a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas.

En tercer lugar, el **tipo de público al que se destinan**. Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el tipo de público al que se destinan los productos o servicios que distinguen las marcas, podrá constituir un elemento decisivo para determinar la existencia o no del riesgo de confusión, pues es el público quien lo sufre. Generalmente, el público consumidor respecto del que se evalúa el riesgo de confusión es el consumidor o usuario medio de los productos o servicios. En algunos casos, los productos se dirigen a un público especializado o profesional, o también puede tratarse de productos de alto coste y de compra esporádica, en este caso, se trata de un público más concreto; no obstante, este no es el caso que nos ocupa. En este supuesto se trata de dos empresas dedicadas a la venta de zumos de frutas, por lo que se presume que es un producto que va dirigido al público en general, al consumidor medio y, en este sentido, se ha pronunciado el TJCE en su sentencia del caso <<Lloyd>>, a la que ya hemos hecho mención, estableciendo que el consumidor medio del sector no es ni el menos informado ni el más informado o atento, sino el que posee una información media y actúa con atención también media. <<A los efectos de esta apreciación global, se supone que el consumidor medio de la categoría de productos considerada, es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz>>⁸⁶.

En cuarto y último lugar, nos queda el **riesgo de asociación**. Lo primero que hay que aclarar sobre el riesgo de asociación es que éste se produce como consecuencia del riesgo de confusión, sirve para precisar su alcance, es decir, forma parte del mismo, no es una alternativa a este. Por lo que se refiere a este factor de confundibilidad, existen dos tesis básicas: la primera afirma que la figura del riesgo de asociación debe ser interpretada en el sentido propugnado por la doctrina y jurisprudencia de los países del *Benelux*, y la segunda mantiene que el riesgo de asociación es una figura íntimamente conectada con el riesgo de confusión del que constituye una simple variante. Aunque todavía no es posible formular pautas relativamente sólidas en materia de riesgo de asociación, nosotros nos guiaremos por la segunda tesis: la tesis que entronca el riesgo de asociación con el riesgo de confusión. Esta es

⁸⁵ FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre derecho de marcas*, Segunda Edición, 2004, Ed. Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), pág. 345

⁸⁶ Apartado 26 de la sentencia de 22 de junio de 1999 del TJCE

defendida primordialmente por la doctrina y jurisprudencia alemanas y se caracteriza por lo siguiente, por un lado, por el llamado riesgo de confusión mediata o indirecta, esto es, el supuesto en el que a pesar de diferenciar las marcas contrapuestas, el público puede creer de forma equivocada que ambas marcas pertenecen a una misma empresa. Por otro lado, el llamado riesgo de confusión *lato sensu*, hipótesis bajo la cual se subsumen tradicionalmente los casos en los que el público deslinda correctamente las marcas confrontadas y las empresas titulares, pero al mismo tiempo creen erróneamente que entre tales empresas existen vínculos económicos u organizativos. En este sentido, el Tribunal Federal de Patentes en su sentencia de 7 de noviembre de 1995 afirmó que el riesgo de asociación comprende los supuestos en los que el público, aunque no confunde las marcas, atribuye erróneamente a los productos un mismo origen empresarial como consecuencia de las características comunes de los signos. Así mismo, establece el art. 6 párrafo segundo de la LCD que el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación, es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica. En definitiva, el riesgo de asociación, ya el propio factor lo indica, estará presente cuando el público relacione o asocie entre sí, creyendo que existe algún tipo de relación entre ellas, las marcas confrontadas.

En el presente caso, ya sabemos en qué consiste la marca tanto de “ZUMOS IRENATA S.A.” como la de “ZUMFRUIT S.A.”, y ambas se caracterizan por los mismos colores, naranja y rosa y, además, como añadido poseen la torre de Hércules; en relieve en el envase en el caso de “ZUMOS IRENATA S.A.” e impresa en la pegatina del envase en el caso de “ZUMFRUIT S.A.”. Por consiguiente, y debido a las características comunes de los signos, considero que el público consumidor podría asociar ambas marcas entre sí, ya sea por creer que ambas pertenecen a una misma empresa, o que, aun diferenciándolas, las empresas titulares tienen algún tipo de relación económica u organizativa.

Por todo lo expuesto en este apartado, considero que en el presente supuesto existe imitación de marca. En este sentido, es importante mencionar la Ley de Competencia Desleal en su artículo 11 cuando dice que: “*La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley*”. En el presente caso, la marca de “ZUMOS IRENATA S.A.” goza del mencionado derecho de exclusiva en virtud del art. 34.1 LM al estar válidamente registrada. Además, establece este mismo artículo en su apartado 2 letra b) que el titular de la marca registrada puede prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico 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 cual incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca. Como ya hemos analizado, en este supuesto se cumplen todos los requisitos: semejanza de las marcas, identidad de los productos y riesgo de confusión, que conlleva el riesgo de asociación y, consecuentemente, esto puede inducir a error al público; por lo tanto, “ZUMOS IRENATA S.A.” goza de la facultad de prohibir a “ZUMFRUIT S.A.” la utilización de su signo distintivo.

5.2.5. Acciones que puede ejercitar “ZUMOS IRENATA S.A.” contra “ZUMFRUIT S.A.”

Tras lo analizado anteriormente hemos visto que “ZUMOS IRENATA S.A.” goza de un elevado carácter distintivo en el mercado entre sus consumidores y que su procedencia empresarial viene determinada, además de por dicha aptitud diferenciadora, por su larga trayectoria e identidad, pues el público consumidor relaciona la botella naranja con tapón rosa y la torre de Hércules en relieve con la mencionada empresa. Así mismo, “ZUMOS IRENATA S.A.” lleva 86 años en el mercado por lo que ha conseguido una buena reputación, también conocida como la función goodwill. Como ya hemos dicho, en 2013 aparece “ZUMFRUIT S.A.” con la marca consistente en un envase de plástico naranja cubierto por una pegatina rosa con la torre de Hércules impresa en la misma. Pues bien, tal y como ya he expuesto en el apartado 5.2.4 del presente trabajo, es evidente que existe una similitud importante entre las marcas y, además, ambas empresas se dedican a la fabricación, envasado y distribución de

zumos de frutas. Ello puede crear un riesgo de confusión en el público y, por consiguiente, que los consumidores asocien ambas marcas entre sí, creyendo que el envase de plástico naranja cubierto por la pegatina rosa con la torre de Hércules impresa, tiene algún tipo de relación con la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.”; o bien que, la nueva empresa que ha aparecido en el mercado, “ZUMFRUIT S.A.”, tiene una relación económica u organizativa con “ZUMOS IRENATA S.A.” como consecuencia de las características comunes de los productos. Ya llegados a la conclusión de que existe imitación de marca en el supuesto que nos ocupa, habrá que analizar qué acciones puede ejercitar “ZUMOS IRENATA S.A.” contra “ZUMFRUIT S.A.”

El art. 40 LM regula la posibilidad de que el titular de la marca ejercite ante los órganos jurisdiccionales, las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y, así mismo, exigir las medidas necesarias para su salvaguardia. En el art 41 de la misma Ley se establecen las acciones que, por la vía civil, podrá ejercitar el titular.

En primer lugar, “ZUMOS IRENATA S.A.” podrá ejercitar la acción de cesación de los actos que violen su derecho, en virtud de la letra a) del art. 41.1 LM. También se establece la misma en el art. 32.1.2º LCD que regula la acción de cesación de la conducta desleal. Esta acción está subordinada a dos requisitos objetivos: que el demandado haya realizado uno o varios actos de infracción de la marca y que exista un riesgo de repetición del acto o actos de infracción de la marca ya efectuados, es decir, que el demandado desarrolle una actividad industrial o comercial que tenga una continuidad potencialmente indefinida que, en este caso, se realiza desde 2013 por “ZUMFRUIT S.A.”. Por tanto, el *petitum* de esta acción es que cesen los actos de “ZUMFRUIT S.A.” que lesionan el derecho sobre la marca de “ZUMOS IRENATA S.A.”. Así mismo, cabe mencionar que la protección del derecho sobre la marca, exige evitar que las conductas infractoras continúen produciendo sus efectos y, por ello, junto con esta acción, se puede solicitar la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la marca. Estas se establecen, por un lado, en la letra c) del art. 41.1 LM y consisten en: que se retiren del tráfico económico los productos, envoltorios, etiquetas y medios publicitarios en los que se haya materializado la violación del derecho de marca. Por otro lado, la letra d) del mencionado artículo regula la posibilidad de la destrucción o cesión con fines humanitarios de tales productos ilícitos identificados con la marca que estén en posesión de “ZUMFRUIT S.A.”. Siempre que sea posible y así lo decida el actor, “ZUMOS IRENATA S.A.”, se optará por la cesión de los productos con fines humanitarios. A mayores, existe otra medida destinada a reforzar la orden de cesación, y es la establecida en la letra e) del art. 41.1 LM que es la publicación de sentencia favorable. Todas estas medidas tendentes a reforzar la acción de cesación son modalidades de la conocida <<acción de remoción>>, la cual se regula en el art. 32.1.3º LCD.

En segundo lugar, “ZUMOS IRENATA S.A.” podrá ejercitar la acción de daños y perjuicios sufridos, en virtud de la letra b) del art. 41.1 LM. En este sentido, cabe mencionar que la violación del derecho del titular de la marca no sólo puede generar confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios (como ocurre en el presente caso), sino también en el prestigio del signo, que en este supuesto lleva 86 años consolidado en el mercado. La regla general, es que los daños causados han de ser probados, no obstante, dicha prueba no será necesaria en los casos en los que el daño resulta una consecuencia lógica del acto ilícito. Así se pronuncia la STS de 10 de octubre de 2001⁸⁷ al establecer lo siguiente: <<la violación de un derecho, como es el de la marca con su utilización en el mercado, no puede ignorarse que produce un daño emergente y un lucro cesante que deberá cuantificarse (...). El uso comercial de un producto cuya semejanza con la marca violada produce confusión en el consumidor, implica, per se, un daño cuya cuantificación no es posible en el proceso declarativo, pero

⁸⁷ STS de 10 de octubre de 2001, Fdto. Jdco. 4º

cabe en ejecución de sentencia>>. En este sentido, el art. 32.1.6º LCD dispone que contra los actos de competencia desleal se podrá ejercitar la acción de enriquecimiento injusto cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva. Pues bien, no cabe duda de que el titular de una marca infringida puede entablar contra el infractor la acción de enriquecimiento injustificado⁸⁸, pudiendo reclamar al infractor, bien el daño emergente o bien el lucro cesante, tal y como establece la STS mencionada anteriormente. No obstante, la indemnización de daños y perjuicios sólo se podrá exigir en relación con los actos de violación realizados durante los cinco años anteriores a la fecha en que se ejercite la acción, en virtud del art. 45.2 LM; aspecto que no reviste dificultad en el presente caso, pues sólo hace tres años que ha aparecido en el mercado la empresa “ZUMFRUIT S.A.”.

En relación con lo anterior, hay que poner de relieve que las acciones civiles derivadas de la violación del derecho de marca prescriben a los 5 años desde el día en que pudieron ejercitarse, según lo establecido en el art. 45.1 LM; si bien este aspecto tampoco reviste dificultad en el supuesto que nos ocupa, pues como ya hemos mencionado, “ZUMFRUIT S.A.” aparece en el mercado en el año 2013.

Por último, cabe añadir que, en virtud del art. 41.2 LM, cuando el titular de una marca que lleve al menos cinco años registrada en el momento de presentar la demanda, ejercite frente a un tercero por medio de alguna de las acciones mencionadas los derechos conferidos por el art. 34 LM, éste deberá probar, si así lo solicita el demandado por vía de excepción, que en el curso de los cinco años anteriores a la fecha de presentación de la demanda, la marca ha sido objeto de un uso efectivo y real para los productos o servicios para los que esté registrada y en los que se basa la demanda. En este sentido, “ZUMFRUIT S.A.” dispondría, por vía de excepción, de este instrumento, que le permitiría en caso de que “ZUMOS IRENATA S.A.” no acreditase el uso de la marca, que las acciones llevadas a cabo por ésta última no surtiesen sus efectos. No obstante, en el presente caso, la empresa “ZUMOS IRENATA S.A.”, además de llevar más de cinco años registrada, lleva realizando durante años en el mercado un uso efectivo y real de la marca para sus productos, pues, según reiterada doctrina y jurisprudencia, se desprende que el uso efectivo de la marca supone la utilización de ésta en el mercado de los productos protegidos por la misma y no sólo en la empresa de que se trate. Así mismo, mediante el uso efectivo de la marca se busca identificar los productos o servicios con la misma, para lo cual la marca debe encontrarse objetivamente presente en el mercado de modo efectivo, constante en el tiempo y estable en la configuración del signo. En este caso, es evidente el uso efectivo que “ZUMOS IRENATA S.A.” realiza de su marca, pues la misma es una empresa consolidada en el mercado por su larga trayectoria e identidad.

Es por todo ello que considero que las acciones ejercitadas por “ZUMOS IRENATA S.A.” contra “ZUMFRUIT S.A.” surtirán efecto en la práctica, pues es evidente que ésta segunda empresa ha violado los derechos sobre la marca concedidos a la primera.

⁸⁸ FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre derecho de marcas*, Segunda Edición, 2004, Ed. Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.), pág. 516

~ CONCLUSIONES ~

Tras un análisis exhaustivo de las cuestiones planteadas, a continuación concluiremos de manera breve cada una de ellas.

En lo referente a la **validez de la cláusula de no competencia post-contractual**, la misma es válida por cumplir con los requisitos exigidos para ello. En el presente caso, será de aplicación el art. 8.3 RDAD ya que el sujeto acerca del que se presenta la cuestión es un Director General, por tanto queda éste englobado en las relaciones de carácter especial de alta dirección. El artículo mencionado establece, al igual que el art. 21.2 ET, los requisitos que deben de cumplirse para que el pacto de no competencia post-contractual goce de plena validez. En cuanto al requisito temporal, el pacto se establece por un período de dos años, no rebasando así el límite máximo establecido. Por lo que se refiere al efectivo interés industrial o comercial y a la compensación económica adecuada, ambos se cumplen también en el presente supuesto, pues “ZUMOS IRENATA S.A.” es una empresa consolidada en el mercado por su larga trayectoria e identidad y, para que esto continúe siendo así, la misma quiere conservar y mejorar sus intereses competitivos, destacando entre ellos la clientela y los proveedores. Para ello, ofrece a Don Felipe la compensación económica de 300 euros mensuales en concepto del pacto. Teniendo en cuenta que este ha trabajado para la mencionada empresa durante seis años, finalmente ha percibido la cantidad de 21.600 euros en concepto de dicho pacto, por lo que no se verá obligado a encontrar un nuevo empleo de manera inmediata. Además, recalcar que el acuerdo de este pacto no es obligatorio, quedando el mismo sometido al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales lo aceptan desde el principio.

En cuanto a las **consecuencias penales de la agresión** causada a Don Felipe por Arturo Gómez, el agresor responderá por el delito de lesiones regulado en el art. 147.1 CP cuya pena consiste en una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses. Además, Don Felipe podrá exigirle una indemnización por los daños causados a causa de las lesiones. Es de aplicación este artículo puesto que los puntos de sutura requieren objetivamente para su sanidad un tratamiento médico quirúrgico y, aunque esto ha sido objeto de controversias, así lo afirma reiterada doctrina y jurisprudencia. Cabe añadir que cabría, según la consideración del juez, la posible suspensión de la pena si Arturo Gómez no tuviese antecedentes penales, hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y que la pena que se le hubiese impuesto finalmente no supere los dos años de prisión.

Por lo que a **la celebración de la junta ordinaria** se refiere, la misma goza de validez tratándose de una junta universal. La junta de carácter universal no es un tipo concreto de junta, sino una modalidad de la misma, por lo que puede ser tanto ordinaria como extraordinaria. Esta se regula en el art. 178 LSC y requiere para su validez que en la misma esté presente o representado todo el capital social y que los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la junta. En el presente supuesto se encuentran en la junta todos los socios de la empresa, por lo que está presente la totalidad del capital social y todos están de acuerdo en su celebración, pues la misma se realiza para analizar la situación tras la dimisión del Director General y para acordar como continuar la marcha de la empresa. A estos efectos, poner de manifiesto que en la junta universal se puede tratar cualquier asunto y, además, podrá celebrarse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero. En este caso, aunque el domicilio social de “ZUMOS IRENATA S.A.” es en A Coruña, la junta se celebra en Pontevedra, por tanto es válida aunque se celebre fuera del domicilio social al tener carácter de junta universal.

En cuanto a los **efectos jurídicos de la contratación de Don Felipe por parte de “ZUMOS S.A.”**, esta es una cuestión que como ya se ha expuesto a lo largo del trabajo, está relacionada con el primer apartado. Esto es debido a que Don Felipe había pactado con la anterior empresa contratante (“ZUMOS

IRENATA S.A.”) una cláusula de no competencia post-contractual con efectos a contar desde el día en que se produjese la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, este dimite el día 26 de febrero de 2014 y el 8 de agosto del mismo año es contratado para el mismo puesto, Director General, en “ZUMITOS S.A.”, empresa dedicada a lo mismo que su ex-empleador. El contrato efectuado con esta nueva empresa es válido, aunque los daños causados a la anterior contratante son indemnizables. Por tanto, es evidente que Don Felipe incumple el pacto de no competencia post-contractual al no haber dejado transcurrir el plazo de dos años para el que estaba fijado. No obstante, en el contrato se había fijado una cláusula penal en virtud de la cual si Don Felipe incumplía el pacto, se vería obligado a devolver a la empresa la totalidad de las cantidades satisfechas por aquel concepto. Por ello, Don Felipe se ve obligado a devolver los 21.600 euros que ha percibido durante la vigencia de la relación laboral con “ZUMOS IRENATA S.A.” en virtud del mencionado pacto y, además, la empresa podría pedir una indemnización por daños y perjuicios siempre y cuando demuestre que los daños causados están directamente relacionados con el incumplimiento del pacto por el trabajador.

Por último, por lo que se refiere a la imitación de marca y, consecuentemente a las **posibles acciones que “ZUMOS IRENATA S.A.” podría ejercitar contra “ZUMFRUIT S.A.”**, esta es la cuestión que más se debe delimitar. Para ver si existe imitación habrá que ver si concurren los cuatro factores de confundibilidad inherentes al riesgo de confusión, pues para que este exista es necesario: semejanza o identidad de los signos, similitud o identidad de los productos o servicios y, como complemento al riesgo de confusión, el riesgo de asociación, así como el tipo de público al que se destinen los productos o servicios que protegen la marca. En el presente supuesto existe semejanza en los signos, pues ambos se caracterizan por ser cuerpos de plástico cuyos colores principales son el naranja y el rosa, y tienen a mayores como característica la torre de Hércules, “ZUMOS IRENATA S.A.” en relieve en el envase y “ZUMFRUIT S.A.” impresa en la pegatina que rodea el envase. Evidentemente existe identidad en los productos o servicios, pues ambas empresas se dedican a la fabricación, envasado y distribución de zumos de frutas y por tanto van dirigidas a un público general o consumidor medio que, como consecuencia de lo anterior, pueden incurrir en un riesgo de confusión. Por consiguiente, existe un riesgo de asociación, de manera que, atendiendo al conjunto y características comunes de ambas marcas, el consumidor las relaciona entre sí creyendo que ambas proceden de un mismo origen empresarial o bien que las empresas tienen algún tipo de relación entre sí. Es por todo ello, que concluimos con que existe imitación de marca y por tanto, “ZUMOS IRENATA S.A.” podrá ejercitar las acciones civiles reguladas en el art. 41 LM consistentes principalmente en la acción de cesación de los actos que violen su derecho y la acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos, así como la adopción de determinadas medidas para reforzar las mencionadas acciones, tales como la retirada del tráfico económico de los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca y el embargo o la destrucción de los medios principalmente destinados a cometer la infracción; la destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuera posible, a elección del actor, y a costa siempre del condenado, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el Tribunal; así como la publicación de sentencia favorable.

FUENTES:

I. BIBLIOGRAFÍA:

Bloque 1: BELLO MARTÍN-CRESPO, M^a P., COSTAS COMESAÑA, J., GARCÍA CACHAFEIRO, F., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., LENCE REIJA, C., QUINTÁNS EIRAS, M^a R., RODRIGUEZ MÍGUEZ, J. A., TOBÍO RIVAS, A. M^a, *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Primera edición, 2009, Ed. Aranzadi S.A.; ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de derecho de la competencia*, 2008, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.); ARRIBAS, A., BACIGALUPO, M., BAÑO, J. M^a, DÍEZ ESTELLA, F., FERNÁNDEZ FARRERES, G., FOLGUERA, J., GUTIÉRREZ, A., LORENTE, F., FRANCISCO MARCOS, MAGIDE, M., PASTOR, J. M., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., MASSAGUER, J., NAVARRO VARONA, E., PALAU, F., PAREJA, C., SALA ARQUER, J. M., SALELLES, J. R., VELASCO, C., VIDAL, P., *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, Primera edición, 2008, Ed. Civitas Ediciones S.L.; URÍA, R., MENÉNDEZ A., IGLESIAS PRADA, J. L., SÁNCHEZ ANDRÉS, A., VÉRGEZ, M., PÉREZ DE LA CRUZ, A., ROJO, A., ALONSO SOTO, R., ARROYO, I., CORTÉS, L. J., PAZ-ARES, C., BELTRÁN, E., GARCÍA DE ENTERRÍA, J., PEINADO, J. I., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Décima edición, 2012, Ed. Aranzadi, S.A.; ALBIOL MONTESINOS, I., MELLADO, C. A., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET, J. M., *Estatuto de los Trabajadores. Concordancia con la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y Supremo*, 1999, Ed. Tirant lo Blanch; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Trigésima segunda edición, 2011, Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.); PUIGBÓ OROMÍ, J., *La situación laboral de administradores, socios y directivos. Relación contractual, retribuciones, indemnizaciones y blindajes*, 1990, Ed. Turpial S.A.

Bloque 2: LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial. (Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Decimocuarta edición, Novena conforme al Código Penal de 1995, 2007, Ed. Dykinson S.L.; *Delitos contra las personas (Manuales de formación continuada, 3)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, 2015, Ed. Atelier; MORETÓN TOQUERO, M. A., *Los delitos de lesiones*, 2000, Ed. Bosch S.A.; GARCÍA GARCÍA-CERVIJÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Ed. CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S.A., Madrid;

Bloque 3: CARBAJO CASCÓN, F., *Los requisitos de convocatoria de junta general de la sociedad anónima*, 1996, Ed. Tecnos S.A.; ÁVILA JARRÍN, F. J., *Convocatoria judicial de la junta general en S.A. y S.L.*, 2004, Ed. Bosch, S.A.; SANCHEZ LINDE, M., *El principio de Mayoría en la Adopción de Acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima*, 2009, Ed. Aranzadi S.A.; ALCALÁ DÍAZ, M. A., ALCOVER GARAU, G., ALONSO ESPINOSA, F. J., ALONSO LEDESMA, C., BAENA BAENA, P. J., CONDE TEJÓN, A., DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, M., EMBRID IRUJO, J. M., EMPARANZA SOBEJANO, A., ESPÍN GUTIÉRREZ, C., ESTEBAN VELASCO, G., FARRANDO MIGUEL, I., FLORES DOÑA, M. S., GARCÍA-TUÑÓN, A. M., GARCIMARTÍN, F. J., LEÓN SANZ, F. J., LARGO GIL, R., LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., PERDICES HUETOS, A. B., PULGAR EZQUERRA, J., QUIJANO GONZÁLEZ, J., RECALDE CASTELLS, A., RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., SACRISTÁN REPRESA, M., SEQUEIRA MARTÍN, A., VARGAS VASSEROT, C., YANES YANES, P., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, Primera edición, 2016, Ed. Aranzadi S.A.; *Manual práctico sobre Sociedades Mercantiles*, Primera edición, 2012, Ed. Thomson Reuters; BENAVIDES VELASCO, P., *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid 2004, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.; GRACIA CRUCES, A., *Comentario de la ley de sociedades, Tomo I*, Ed. Thomson reuthers

Bloque 4: GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El Director General de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, Primera edición, 2009, Ed. La ley; PUIGBÓ OROMÍ, J., *La situación laboral de administradores, socios y directivos. Relación contractual, retribuciones, indemnizaciones y blindajes*, 1990, Ed. Turpial S.A.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *El pacto laboral de no competencia <<postcontractual>>*, 1998, Madrid

Bloque 5: FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre derecho de marcas*, Segunda Edición, 2004, Ed. Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.); TORRES MATEOS, M.A., *Propiedad Industrial*, Primera edición, 2008, Ed. Aranzadi S.A.; FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., OTERO LASTRES, J. M., BOTANA AGRA, M., *Manual de la propiedad industrial*, 2009, Ed. Marcial Pons; BARBERO, J. L., BARREDA, C., BENVIDES, J. L., BORREGO, C., CASADO, A., CERRO PRADA, B., DE ELZABURU, A., DE JAVIER, L., DE JUAN, R., DE LAS HERAS, T., DEL CORRAL, J. M., FERRÁNDIZ, J., R., GARCÍA-CABRERIZO, P., GÓMEZ MONTERO, J., GONZÁLEZ-BUENO, P., LÓPEZ CALVO, J., LÓPEZ SOTO, A., MANZANEDO, F., UNGRÍA, J., YESTE, M. T., *Comentarios a la ley y al reglamento de marcas*, Primera edición, 2003, Ed. Civitas Ediciones S.L.; SEMPERE MASA, I. L., *La protección de las formas como marca tridimensional*, 2011, Ed. Tirant lo Blanch; FERRANDIS GONZÁLEZ, S., SELAS COLORADO, A., ABAD REVENGA, J., *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2002, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.; ESTHER VILALTA, A., MÉNDEZ, R. M., *Acciones para la protección de marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento*, 2000, Ed. Bosch, S.A.

II. LEGISLACIÓN:

Bloque 1: 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; Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; Resolución de 23 de enero de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal; 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 Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia; Artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea; Constitución Española; Diario Oficial de las Comunidades Europeas

Bloque 2: Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado; Código Penal; Ley de Enjuiciamiento Criminal

Bloque 3: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Código de Comercio

Bloque 4: 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 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

Bloque 5: Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; 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; Convención de París, Constitución Española, Convenio de París de 1883 de la Propiedad Industrial; Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Directiva 89/104/CEE

III. JURISPRUDENCIA:

Bloque 1: STSJ Cataluña núm 2250/2003 de 8 de abril de 2003; STSJ Cataluña núm. 2255/2004 de 17 de marzo de 2004; STS (Sala de lo Civil) de 6 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8524); STS (Sala de lo Social), Sección 1ª de 14 de mayo de 2009 (Recurso para la unificación de la doctrina núm. 1097/2008) RJ 2009/3001; STSJ Madrid (sentencia núm. 629/2013) de 16 de septiembre; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de marzo de 1988; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 1988; TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2947/2011 de 28 de abril

Bloque 2: STS (Sala de lo Penal) de 3 de noviembre de 1992; STS 30 de enero de 1987; STS 31 de mayo de 1989; STS (Sala de lo Penal) de 10 de febrero de 2004; AP de Asturias (Sección 8ª) sentencia núm. 206/2015 de 15 de octubre; AP de Barcelona (Sección 9ª) sentencia núm. 902/2015 de 20 de noviembre; AP de Barcelona (Sección 8ª) sentencia núm. 378/2015 de 8 de mayo; STS (Sala de lo Penal) núm. 1147/1994 de 3 de junio; STS (Sala de lo Penal) núm. 1722/2000 de 9 de noviembre; STS (Sala de lo Penal) núm. 1890/2001 de 19 de octubre

Bloque 3: Sentencia núm. 50/2006 de 24 de febrero del Juzgado de lo Mercantil de Valencia; AP de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia núm. 469/2012 de 17 de septiembre; AP de Zaragoza (Sección 5ª) Sentencia núm. 33/2009 de 16 de enero; Sentencia del Tribunal Supremo 25/11/1967; Sentencia del Tribunal Supremo 23/11/1970; Sentencia del Tribunal Supremo 17/12/1997.

Bloque 4: TSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm 2311/2010 de 20 de septiembre; TSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1356/2006 de 25 de abril; TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1800/2012 de 7 de marzo; TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia núm. 61/2012 de 30 de enero; TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia núm 843/2010 de 29 de octubre

Bloque 5: Sentencia de 12 de diciembre de 2002 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 1999; Sentencia de 18 de junio de 2002 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Sentencia de 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Sentencia de 22 de junio de 1999 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; sentencia de 29 de septiembre de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Sentencia de 7 de noviembre de 1995 del Tribunal Federal de Patentes; Sentencia de 10 de octubre de 2001 del Tribunal Supremo