



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

**IMITACIÓN DE MARCA Y
DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

AUTOR:

Irene Martínez Curra

TUTOR:

Prof^a. Dra. Sonia García Vázquez

✚ ÍNDICE

✚ Índice de abreviaturas	2
✚ Validez de la cláusula de no competencia postcontractual de Felipe con la empresa Irenata S.A.	4
1. Evolución de la obligación laboral de no competencia una vez que se extingue el contrato de trabajo.....	4
2. ¿Qué se entiende por pacto de no competencia?.....	5
3. Requisitos que debe cumplir el pacto de no competencia postcontractual para su validez.	7
3.1 Efectivo interés industrial o comercial.....	7
3.2 Duración.....	9
3.3 Compensación económica.....	9
✚ Consecuencias Penales del puñetazo de Arturo a Felipe	13
1. Calificación de los hechos.....	13
2. Regulación	13
3. Tratamiento médico o primera asistencia facultativa	14
3.1 Primera asistencia facultativa.....	15
3.2 Tratamiento médico o quirúrgico.....	15
4. Calificación de los puntos de sutura	16
5. Elemento subjetivo: <i>Animus Laedendi</i> . Dolo directo o dolo eventual.....	17
6. Imputación objetiva y preterintencionalidad en el delito de lesiones.	18
7. Competencia de los Juzgados o Tribunales	19
7.1 Competencia objetiva y competencia funcional.	19
7.2 Competencia territorial	20
8. Responsabilidad Civil extracontractual	20
✚ Validez de la celebración de la junta de socios en Pontevedra	21
1. Junta general	21
1.1 Lugar de celebración de la Junta.....	22
2. Junta general ordinaria y extraordinaria.....	22
3. Junta Universal.....	23
✚ Efectos jurídicos del pacto de no competencia postcontractual.....	27
1. Contextualización del pacto de no competencia postcontractual.....	27
2. Entender que el pacto de no competencia para una vez que se extingue el contrato es válido	27

A-	Incumplimiento del empresario	28
B-	Incumplimiento por parte del trabajador, Felipe.....	28
C-	Intervención de un tercero que será el nuevo empleador de la empresa Zumitos S.A	29
3.	Entender que el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato es nulo.	30
4.	La extinción del contrato de Alta Dirección por dimisión del Alto Directivo. Necesidad de un preaviso.	31
5.	Competencia judicial para resolver los litigios en materia de competencia postcontractual.....	31
✚	¿Podrá Irenata S.A realizar acciones contra Zumfruit S.A?	33
1.	Introducción legislativa.....	33
2.	Análisis de la Ley de Marcas	34
2.1	Vertiente negativa y positiva del derecho en exclusiva del uso de la marca.	34
2.2.	Riesgo de confusión	35
3.	Marca renombrada	37
3.1	La marca renombrada en el Derecho Europeo y en el Derecho Español.....	37
4.	Análisis de acuerdo a la Ley de Competencia Desleal	38
5.	Acciones que podría ejercitar Irenata S.A contra Zumfruit S.A de acuerdo a la Ley de marcas. .	39
5.1	Acciones contra Zumfruit S.A como marca no registrada.....	39
5.2	Acciones contra Zumfruit S.A en el caso de que la marca estuviese registrada.....	41
6.	Acciones por competencia desleal	43
✚	Conclusiones	44
✚	Bibliografía	48
•	Monografías y obras colectivas:	48
•	Artículos doctrinales	48
✚	Compendio normativo.....	49
•	Derecho Interno.....	49
•	Derecho Comunitario Derivado:	49
✚	Compendio jurisprudencial	49

Índice de abreviaturas

AP: Audiencia Provincial

ADPIC: Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEE: Comunidad Económica Europea

CP: Código penal

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

ET: Estatuto de los Trabajadores

EUIPO: Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea

LCD: Ley de Competencia Desleal

LCT: Ley de Contrato de Trabajo

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LET: Ley del Estatuto de los Trabajadores

LMa: Ley de Marcas

LSC: Ley de Sociedades de Capital

OAPI: Organización Africana de la Propiedad Intelectual

OEPM: Oficina Española de Patentes y Marcas

OMBI: Organización Benelux de la Propiedad Intelectual

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

RD: Real Decreto

RDAD: Decreto de Alta Dirección

RMC: Reglamento de la Marca Comunitaria

RRM: Reglamento del Registro Mercantil.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLSA: Texto Refundido Ley de Sociedades Anónimas

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

Validez de la cláusula de no competencia postcontractual de Felipe con la empresa Irenata S.A.

Felipe es un trabajador que fue contratado por Irenata S.A el 30 de enero de 2008 como director general, estableciéndose con él un pacto de no competencia por un periodo de dos años tras la finalización del vínculo laboral y una compensación de 300 euros mensuales.

- Análisis de la validez del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato.
 - 1- Evolución del pacto de no competencia
 - 2- Contenido del pacto
 - 3- Requisitos
 - 3.1 Efectivo interés industrial o comercial
 - 3.2 Duración
 - 3.3 Compensación económica “adecuada”

1. Evolución de la obligación laboral de no competencia una vez que se extingue el contrato de trabajo.

El Código Civil ya proporcionaba cobertura jurídica para los pactos de no competencia, sin embargo fue con la Ley de Contrato de Trabajo, (en adelante LCT/31) cuando se contempla un régimen jurídico propio para esta obligación en su fase postcontractual. El artículo 86 de la citada ley, establecía ya unos plazos máximos para el mantenimiento del pacto una vez extinguido el contrato, que sería dos años para los obreros y cuatro para los empleados técnicos. Similar fue la redacción de la Ley de Contrato de Trabajo aprobada por el Real Decreto 26 de enero de 1944, en su artículo 74. La función de dicho precepto se basa en el compromiso de no competir durante un periodo mayor o menor según la categoría profesional después de extinguida la relación laboral. Su fundamento reside en el deber de fidelidad. Sin embargo, parte de la doctrina entendía que la *ratio* de la norma responde única y exclusivamente a un interés empresarial.

Es en esta ley cuando se introduce también la compensación económica al trabajador derivada del pacto. Esta compensación era decidida por el empleador y en caso de que el trabajador no estuviera conforme sería el juez el encargado de establecerla. Algunas voces doctrinales reclamaron la adecuación de los niveles entre el trabajador y el empleador y esta propuesta es la que se acogerá años más tarde en nuestro ordenamiento jurídico¹.

Con la entrada en vigor de la Constitución Española en el año 1978 comienza a cobrar importancia el reconocimiento del derecho al trabajo y así en la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (en adelante, ET), regula los pactos de no competencia postcontractual, reduciendo el margen temporal para llevarlo a cabo, siendo de 2 años para los técnicos y seis meses para los trabajos menos técnicos. La empresa debe mostrar un efectivo interés industrial² y pactar una compensación económica adecuada. Por todo ello, el cambio fundamental recoge tres rasgos esenciales:

- 1- La obligación de no competir durante un tiempo después de extinguido el contrato deja de ser un deber legal y pasa a ser un deber contractual nacida de una relación de buena fe entre las partes. El legislador deja que sea el trabajador el que voluntariamente decida si quiere restringir o no su libertad de trabajo a cambio de una compensación económica. Asimismo, la

¹ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*. Ciencias jurídica, Madrid, 1998.

² *Vid. Infra* Pág. 7

extinción del pacto de no competencia celebrado por las partes ha de ser igualmente de mutuo acuerdo sin que quepa ya el desistimiento unilateral del empleador que permitía la LCT/44.

- 2- Se establecen unos parámetros legales para que el pacto de no competencia postcontractual no pueda tener unas connotaciones abusivas. Así pues, efectivo interés industrial y compensación económica.
- 3- Se trata de un pacto accesorio que se incorpora al contrato de trabajo concertado. Esta característica es imprescindible para su licitud.

2. ¿Qué se entiende por pacto de no competencia?

El pacto de no competencia es un acuerdo que se realiza entre el empresario y el trabajador para una vez terminada la relación contractual. La finalidad del pacto es garantizar que el trabajador no competirá con su antiguo empresario una vez extinguida la relación laboral entre las partes³.

Este pacto se encuentra regulado en el artículo 21.2 del Estatuto de los trabajadores. El mismo es un supuesto excepcional que limita el principio de libertad de trabajo regulado en el artículo 35 de la Constitución⁴. Por lo tanto, es un freno a la autonomía laboral que entorpece el propio desarrollo del trabajador en el mercado, pues se pretende proteger los intereses legítimos del empleador y así que otras entidades no puedan beneficiarse de sus secretos profesionales o usurparles la clientela.

De este modo se entiende que el trabajador ha adquirido unos conocimientos y una formación por parte de la empresa que no podrá compartir con otros competidores o desarrollarlo en beneficio propio actuando por cuenta propia.

En cuanto a la forma del pacto, la validez de éste no queda condicionada legalmente a ninguna exigencia formal. En consecuencia, el pacto podrá ser tanto escrito como verbal de conformidad con el principio general de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento en los artículos 1258 CC y 8 ET⁵.

Además este pacto de no competencia no puede quedar al arbitrio de las partes. Así se expresa en el artículo 1256 del Código Civil mediante el cual se establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En esta misma línea se deriva de la naturaleza jurídica del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, regulado en el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, que es un pacto o acuerdo bilateral generador de derechos y obligaciones para ambas partes y, por tanto, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de ellas.

En el supuesto que se nos plantea se estableció una obligación recíproca de no competir y abonar la correspondiente compensación económica. El empleador no tiene la facultad unilateral de renunciar al pacto ya que iría en contra del citado precepto.

³ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 2010/2003, de 25 de marzo. En esta sentencia se resolvió una cuestión sobre la protección de las informaciones que ostenta un trabajador por pertenecer a una empresa. Ello se hace para que el empresario no sufra la competencia de quien fue su trabajador, de manera que éste no aproveche la formación, conocimiento, experiencia y trato con la clientela adquiridos durante el tiempo de prestación de servicios, a fin de desarrollar, en beneficio propio o de un tercero, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa aquélla en el sector de la economía y del mercado en que se mueve.

⁴ Se recoge en el artículo 35 de la Constitución Española como un derecho fundamental del ciudadano que todos los españoles tienen el deber y derecho a trabajar, con la libre elección del mismo con el fin de satisfacer las necesidades propias y las de su familia.

⁵ Notable diferencia con la mayor parte de los sistemas de Derecho comparado, e incluso con el apartado cuarto del artículo 21 del ET el cual necesita para su validez una forma escrita y es un requisito imprescindible.

En definitiva, se está hablando de un pacto postcontractual, es decir, que afecta al trabajador no durante la vigencia de la relación laboral, sino una vez finalice ésta, independientemente de la causas. Incluso, si la causa es un periodo de prueba no superado, el pacto persiste.⁶

Esta figura no debe confundirse con el pacto de no concurrencia el cual hace referencia a la imposibilidad de realizar prestaciones de servicios para varios empresarios o por cuenta propia cuando se considere desleal. Esta competencia desleal se tendrá en cuenta cuando el empresario demuestre que realmente se ha producido un daño por colisionar con la actividad del trabajador o se realice utilizando medios irregulares desde un punto de vista industrial. Dicho en otras palabras, será calificado como desleal aquellas conductas que tengan una coincidencia material de las actividades realizadas por ambos. Este criterio de la competencia desleal se define en la propia Ley 3/1991, de 10 de enero en su artículo cuarto: “*todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de buena fe*”.

En relación con lo dicho precedentemente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 17 de mayo de 2002, (STSJ 3898/2002 de 17 mayo) rechaza como competencia desleal la página web creada por un trabajador por entenderse que la actividad debe ser de la misma naturaleza o rama y que constituya un perjuicio para el empresario.

Cabe tener en cuenta que la presunción de ilicitud de actividades concurrentes desaparece en el momento que el empresario consiente o autoriza la misma.

La diferencia con la figura anterior es clara: el pacto de no competencia se desarrolla tras la finalización del contrato de trabajo, es decir, cuando ya está extinguido, mientras que el pacto de no concurrencia se traslada a la vigencia del contrato.

Continuando con la definición del pacto de no competencia postcontractual, cabe destacar que es limitativo de facultades y expectativas profesionales del trabajador y del que resultan obligaciones recíprocas: para el propio trabajador una abstención profesional y para el empresario la obligación de satisfacer la oportuna contraprestación en orden a compensar tal inactividad laboral mediante ingresos aseguradores de su estabilidad económica. Por lo tanto con el fin de evitar los posibles abusos, en este pacto se han establecido unos límites.

Como se ha mencionado anteriormente, Felipe firma un pacto de no competencia de una duración de dos años y una compensación económica de 300 euros mensuales. En el caso objeto de análisis se suscita la validez de este pacto. Para señalar una posible solución, es necesario hacer mención de los requisitos que el pacto de no competencia debe cumplir para así justificar la privación de libertad contractual.

El caso objeto de análisis tiene como principal a Felipe, un alto directivo de la empresa Irenata S.A. El alto directivo es un trabajador que actúa como titular del negocio o de la explotación económica, a quien se le encomienda la integridad de las facultades de gestión y dirección, o una parte importante de las más trascendentes y relevantes de dichas atribuciones, las que pueden determinar la marcha de la empresa. Alguien que ejerce los consiguientes poderes con la más alta autonomía y responsabilidad, sólo sometida a las directrices de los órganos de gobierno y administración societarios y que, en consonancia con ello, tiene depositada la máxima confianza en su gestión, rasgo que se erige en el fundamento mismo de la relación jurídica de prestación de servicios, tal y como establece el art. 2 RDAD⁷, y matiza y modula el régimen jurídico de prácticamente todas las instituciones que integran la ordenación de la relación laboral especial, en particular las que tienen que ver con la extinción de la misma. Por lo tanto la regulación de esta figura le corresponde al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto y no al Estatuto de los Trabajadores, sin embargo en el RD se

⁶ DEL REY GUANTER. S., y AGOTE EGUIZÁBAL R., *Estatuto de los Trabajadores*. Tecnos, Madrid, 3ª edición, 2015. Pág. 352-353.

⁷ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

establecen conceptos similares por lo que a lo largo del análisis se mencionaran conjuntamente⁸.

3. Requisitos que debe cumplir el pacto de no competencia postcontractual para su validez.

3.1 Efectivo interés industrial o comercial

El pacto restrictivo de la actividad competitiva del trabajador solo será lícito cuando persiga proteger un legítimo interés empresarial. Este interés regulado en el apartado segundo del artículo 21 del ET no es un interés empresarial de cualquier orden ni de carácter genérico sino que debe de ser un interés *industrial o comercial*, siendo suficiente cualquiera de ellos para estimar que concurre el requisito legal. En la doctrina se ha hecho una distinción entre el interés industrial, entendido como aquel destinado a la elaboración o fabricación del producto, y el interés comercial, entendido como las ventas o distribución del mismo. Con ello no se pretende proteger los intereses propios del empresario, sino proteger las informaciones con valor competitivo adquiridas dentro de la empresa y que no se difunda.

En esta misma línea existen los intereses informativos del empresario, es decir, aquellos conocimientos e informaciones que aportan una ventaja competitiva a la empresa que los conoce, precisamente por ser desconocidos por los competidores. Ello puede constituir un secreto profesional, reservado a un número limitado de personas.

Entre estas informaciones también merecen ser destacadas las relaciones con el personal, las administraciones públicas, entidades financieras, proyectos de contratación etc. que requieren también de protección. Es razonable que el incumplimiento del secreto profesional lleve aparejada una ventaja para los competidores y es por ello que se permite al empresario establecer un pacto de no competencia, pero siempre y cuando cumpla con este efectivo interés industrial o comercial. En esta línea se ha mostrado la jurisprudencia entendiendo que es necesario que exista una causa suficiente y reunir determinados requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de intereses.

En este sentido, Irenata S.A ha de tener un efectivo interés industrial o comercial que justifique la celebración del pacto bajo sanción de nulidad. Por lo tanto *existe un doble interés, para el empleador la no utilización de conocimientos adquiridos en otras empresas concurrentes y para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo con las limitaciones impuestas por el pacto de no competencia*⁹.

En este contexto puede considerarse que Felipe como director general de la empresa es conocedor tanto de la elaboración, fabricación o almacenaje como de la relación con la clientela. Un director, frecuentemente lleva a cabo programas de estrategia dirigidos a los consumidores y ello es gracias a la información que ostenta en la empresa, pues de no ser así no se podría llevar cabo. Además, puede deducirse que un director general de una empresa, con cierto volumen de ventas y una consolidación en el mercado es conocedor de los secretos profesionales de Irenata S.A. En definitiva, se entiende que supervisa gran parte de la empresa.

Un punto interesante en este contexto son los intereses del empresario por la formación específica al trabajador, es decir, todo aquello que ha adquirido el trabajador durante la relación laboral. Sin embargo para ello es necesario analizar si existe un interés empresarial legítimo en la formación y si ese interés es competitivo y susceptible de protección mediante el pacto no de competencia. Por lo tanto, esta formación solo se tendrá en cuenta cuando exista una especialización destinada a llevar a

⁸ En defecto de este RD se aplica el Estatuto de los Trabajadores, en aquellos supuestos de remisión expresa o pacto contractual, aplicándose como normas sustitutorias lo establecido en la legislación civil y mercantil y sus principios generales.

⁹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2831/2015 de 28 de abril. (AS 2015/1293) (FJ 3º).

cabo los proyectos de la empresa y que sea un cargo para la empresa. Así queda al margen la formación para que el trabajador se adapte a la empresa. Es lógico destacar que Felipe ha tenido un largo proceso de formación para llegar al cargo que ocupaba en la empresa y por lo tanto ha habido un interés invertido en él para que revierta en los competidores.

Tras haber hecho alusión al interés industrial y comercial, es preciso destacar como establece la ley que el interés sea “**efectivo**”. En este punto se hace referencia a los intereses competitivos del empleador con las funciones desarrolladas por el trabajador en la empresa. Un empleador, en este caso Irenata S.A, no puede sin justa causa celebrar pactos de no competencia con todos los trabajadores por el mero hecho de tener relación con los clientes, proveedores o informaciones incluso con compensación económica. De esta forma, Felipe por las funciones que realiza en la empresa puede ser susceptible de generar un riesgo objetivo de afectación de los intereses competitivos para Irenata S.A en el momento de extinción del contrato¹⁰. Por este motivo, el objeto del contrato de trabajo constituye el primer elemento a examinar, es decir, cuál es efectivamente la tarea desarrollada por el trabajador para que sea relevante para el empleador. Para el análisis de este punto es preciso tener en cuenta unos aspectos fundamentales:

- A- Entendiendo que la clientela es el interés competitivo por excelencia, esta connotación de efectividad se tendrá en cuenta en la medida en que el trabajador tenga contacto con la clientela. Como hoy en día esta determinación es cuestionable, se entenderá que este interés relacional ocasione en el empleador, una vez extinguido el contrato, una dependencia en las operaciones o ventas que éstos realicen¹¹. Dicho de otro modo, cuanta mayor frecuencia de contacto entre el trabajador y el cliente, existe un peligro mayor de afectación de los intereses empresariales por parte del trabajador en una posterior actividad competitiva y del mismo modo en sentido inverso. En este caso se suscita la duda de si Felipe como director general tiene contacto con la clientela. En el caso objeto de análisis aunque no se dice nada al respecto se puede deducir que tiene una relación aunque no sea directa. Con ello se quiere decir que es posible que se dirija con la clientela de forma directa pero lo cierto es que con las directrices que dirige a sus subordinados, ejerce una influencia indirecta sobre la clientela.
- B- Es notable destacar a los trabajadores de carácter intelectual dotados de autonomía y discrecionalidad, especialmente si se desarrolla en el específico ámbito de trabajo de gestión o directivo como es el caso de Felipe. Normalmente estos trabajadores son conocedores de los secretos de la empresa y con los intereses relacionales del mismo. Son cargos con una mayor envergadura que permiten estrechar relaciones que no se hubiesen producido de no ser por el puesto que ocupan. Dichos trabajadores son los más adecuados para establecer un pacto de no competencia postcontractual.
- C- Existen aquellos casos en lo que el pacto de no competencia se entiende por no puesto por no superar una retribución económica anual por el cargo que ocupa en la empresa¹². Se permitirá la

¹⁰ La doctrina en este punto establece que el trabajador ha tenido un contacto relevante con los intereses competitivos del empleador y cuando, por esta misma razón, el empleador tiene una cierta relación de dependencia competitiva respecto al trabajador.

¹¹ *Customer contact doctrine* o la teoría del contacto con el cliente, se tendrá en cuenta la frecuencia de contacto con la clientela, el lugar o la alta calidad del mismo.

¹² Es interesante destacar en este contexto, que existen ordenamiento jurídicos como el de Luxemburgo que tienen como no puesta las cláusulas de no competencia para un trabajador cuya ganancia anual, no supere los 275.000 francos (250.790 euros). Por su parte en Alemania será nulo si no supera anualmente cinco mil marcos alemanes (2.556,232 euros). Asimismo, la regulación belga tiene una especialidad y es que distingue por niveles. El primero de ellos, establece que no podrá celebrarse un pacto de no competencia con aquellos trabajadores cuya retribución económica sea inferior a 650.000 francos (593.000 euros), el segundo se establecerá entre los 650.000 francos y 1.300.000 francos belgas, en este caso se puede establecer dicho pacto pero bajo unas condiciones y con unos requisitos, y el tercero de ellos para retribuciones superiores a 1.300.000 francos se establece el principio general de validez de la cláusula, salvo que estén expresamente incluidas dentro de un convenio.

celebración de este pacto con serias limitaciones restrictivas, teniendo en cuenta la posición concreta que ocupa en la empresa y los intereses económicos y concurrenciales del empleador.

3.2 Duración

El pacto de no competencia postcontractual no podrá ser superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores no calificados como técnicos. El artículo 21.2 ET establece un grado diferencial entendiendo que cuanto mayor cualificación profesional del trabajador, mayor acceso a las informaciones de la empresa y a su valor competitivo, es decir, un mayor riesgo para la empresa cuando se extinga el contrato. En ocasiones la distinción es complicada, pues hay trabajadores no considerados técnicos que por el puesto que ocupan en la empresa tienen más acceso a determinadas informaciones. A lo largo del ET no existe una delimitación específica para la distinción por lo que se basa en una clasificación profesional convencional. Generalmente son cuatro los convenios colectivos: técnicos, administrativos, personal obrero y personal subalterno. En este grupo los técnicos son considerados aquellos que tienen un alto grado de responsabilidad o dirección especializada en la empresa.

Aunque este sistema parece sencillo, en ocasiones, los Tribunales han tenido que realizar una tarea ardua para la distinción y han optado por acoger una amplia concepción del mismo, entendiendo como técnicos tanto a titulados como a no titulados siempre y cuando realicen funciones directivas, de mando, de organización y control. En este punto no existe lugar a dudas del puesto técnico que ocupa Felipe en la empresa.

- Cómputo de la duración del pacto

En el Estatuto de los Trabajadores se menciona que comenzará el cómputo del plazo una vez extinguido el contrato de trabajo. Aunque el pacto de no competencia postcontractual se firme durante la vigencia del contrato, éste comenzará a tener validez una vez finalizado el mismo. Se establece por lo tanto un sentido amplio para la extinción que será en el momento en que el trabajador cese de sus funciones. Esta concepción ha sido recogida teniendo en cuenta doctrina en el derecho comparado.

3.3 Compensación económica

La eficacia *ex post* contractual una vez extinguida la relación laboral del mencionado pacto se halla inexcusablemente condicionada por la exigencia legal de que se satisfaga al trabajador la referida compensación económica. Ello es evidente dada la limitación que supone para el derecho al trabajo y la necesidad que surge para el trabajador de asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido el contrato laboral, evitando así, la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo. Además, es en el momento de suscripción del pacto de no competencia postcontractual cuando debe quedar estipulada y determinada la compensación económica adecuada a satisfacer al trabajador, sin que sea posible su fijación en un momento posterior¹³. La empresa Irenata S.A. acuerda un pacto de no competencia postcontractual indicando la retribución que recibirá Felipe una vez extinguido el contrato. Sin embargo, para saber si concurre este requisito es necesario hacer un análisis de fondo.

En la legislación no se establece cual será dicha cantidad y la jurisprudencia viene reiterando que será la más “adecuada” de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

El primer dilema que aparece en este contexto es determinar si basta con la fijación de la compensación económica o si, por el contrario, es preciso el requisito adicional de su satisfacción efectiva. De la lectura del precepto 21.2 ET, permite interpretar que la satisfacción económica debe llevarse a cabo una vez aceptada la cláusula de no competencia y por lo tanto en caso de no ser

¹³ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 4218/2000 de 16 mayo. (AS 2000\1925)

abonada, Felipe no tendría por qué cumplir con la misma una vez extinguido el contrato. Sin embargo, hacer una interpretación literal es erróneo porque tanto la doctrina como la jurisprudencia han manifestado que es necesario fijar la cuantía del pacto, pero no el abono efectivo instantáneamente. Es preciso destacar dos momentos jurídicos diferentes. El primero es la celebración del pacto, estableciendo la cantidad económica de Irenata S.A a Felipe y por parte del segundo su abstención. Si en el momento de la celebración del mismo, no se fija una cantidad el pacto será nulo y el trabajador quedará extinguido de su obligación. El segundo se ocasiona cuando el contrato se extingue, por lo que si no se satisface la obligación principal del empleador se estará ante un incumplimiento del pacto de no competencia. En este caso, el pacto no deviene nulo, sino que el trabajador solo podrá exigir las cantidades acordadas.

Otro punto susceptible de ser mencionado es la fijación de la cuantía para que se entienda válidamente realizada desde tres aspectos distintivos¹⁴:

- Desde un punto de vista subjetivo, se resuelve quienes pueden proceder a la fijación de la cuantía. Atendiendo al principio de autonomía de las partes, serán el trabajador y el empresario, quienes de mutuo acuerdo fijan la compensación económica. Ello implica la imposibilidad de realizarse unilateralmente por alguna de las partes.
- Desde un punto de vista objetivo, resuelve cuándo ha quedado delimitada y acotada la cuantía preceptiva. En este sentido, se entiende que la cuantía quedará válidamente constituida cuando se determine de forma expresa y posea identidad propia. Es común que para la determinación de la cuantía se utilice un porcentaje fijo sobre el salario que tenga el trabajador antes de la extinción del contrato de trabajo, una parte de la última remuneración percibida, o aplicar un porcentaje sobre el promedio de un periodo prefijado de salario del trabajador.
- Desde un punto de vista temporal, se acota el momento en que debería quedar fijada la compensación económica¹⁵. No existe una regulación específica para el tratamiento temporal del abono de la cuantía. Sin embargo se ha rechazado doctrinalmente, en la legislación española y en el derecho comparado por entender que debe ser entregado una vez extinguida la relación laboral. Pues, puede ocurrir que el pacto devenga nulo y que Felipe hubiese percibido cantidades por enriquecimiento injusto. En buena lógica se entiende, ya que el pacto de no competencia puede no llegar a ocasionarse nunca, además podría provocar una dificultad a la hora de determinar la cuantía.

Felipe ocupa un puesto de Directivo y Alta Dirección en la empresa regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. En el precepto octavo de esta legislación establece también que debe ser una compensación económica que le permita una estabilidad para después de extinguido el contrato, dicho en otras palabras, esta compensación económica permitirá que el directivo no necesite encontrar trabajo inmediatamente. Por ello es necesario analizar si la compensación económica es adecuada de acuerdo a la jurisprudencia, pues como bien se ha mencionado anteriormente, en la legislación no se han fijado unos criterios tasados¹⁶. Ello requiere de una amplia matización debido a que el lugar que ocupa es un puesto alto en la empresa, el cual no está fijado por convenios colectivos sino que se trata de una relación especial.

❖ Contenido de la compensación económica y la exigencia legal de que ésta sea “adecuada”

¹⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*. Ciencias jurídicas, Madrid, 1998.

¹⁵ Las compensaciones que se vienen percibiendo durante la vigencia del contrato están sujetas a IRPF y sirven de base a la cotización de Seguridad Social. En cambio, cuando se hacen efectivas tras la extinción contractual, no existiendo relación de Seguridad Social, al haberse producido la baja, no habrá obligación de cotizar; si bien seguirán teniendo consideración de rendimientos del trabajo a efectos fiscales.

¹⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Recurso de casación núm. 1079/1990 de 10 de julio de 1991. (RJ 1991, 5880). Por la autonomía que ostenta el empresario, la compensación económica no puede basarse en criterios abusivos ni primar el interés del empresario sino que se debe asegurar una estabilidad económica del trabajador.

Como se ha mencionado con anterioridad, el legislador ha dejado al arbitrio de la partes la determinación de la cuantía y no existen unos criterios reglados para ello. Las partes acuerdan una cantidad y se considera efectivamente compensada la limitación de trabajo para conceder validez al pacto suscrito. Sin embargo, existen una serie de limitaciones las cuales en general se basan en el concepto jurídico indeterminado “adecuada”. Sin duda este concepto es difícil de determinar pero es necesario tener en cuenta que se trata de alcanzar un equilibrio entre los intereses del empleador y los del trabajador en el conjunto de las obligaciones derivadas del pacto de no competencia celebrado. Por lo tanto es necesario analizar el caso concreto, atendiendo a las circunstancias, a la facilidad de empleo o al ámbito de aplicación del pacto.

La doctrina laboralista ha querido introducir una serie de requisitos para considerar la compensación económica como “adecuada”. En primer lugar, se trata de asumir que la compensación será mediante un cálculo sobre el salario base, es decir, que exista una proporcionalidad con la retribución que venía percibiendo el trabajador y la compensación económica para una vez extinguido el contrato. En segundo lugar, es necesario que se contemple la ocasión de ganancia que pierde el trabajador al celebrar el pacto de no competencia. Sin embargo esta última posición no ha sido fructífera pues se entendería que no habría acuerdo entre las partes y por lo tanto sería nulo.

La jurisprudencia considera que el régimen jurídico de los pactos de no competencia postcontractuales que se contiene en el artículo 21.2 del ET y los distintos pronunciamientos judiciales han ido dotando de contenido la escasa regulación legal. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid viene sentando respecto compensación económica adecuada unos criterios¹⁷.

- En el año 1999 se consideró compensación económica adecuada el pago mensual durante los primeros 24 meses de vigencia del contrato de una cantidad equivalente al 30% de la remuneración bruta mensual del trabajador por una obligación de 12 meses de duración¹⁸
- En el año 2002, se consideró compensación económica adecuada el mayor salario que recibe mes a mes un trabajador respecto de lo previsto por el convenio colectivo, respecto de trabajador que ocupaba un puesto de responsable comercial, con obligación de no competir durante 18 meses y la zona geográfica incluida en el pacto abarcando la UE y Suiza¹⁹.
- En el 2006 se consideró compensación económica adecuada el pago mensual durante la vigencia del contrato de una cantidad equivalente al 40% de la remuneración mensual del trabajador por una obligación de 2 años de duración (la relación laboral se prolongó durante 3 años)²⁰.
- En el año 2005 se consideró compensación económica adecuada retribuir una obligación de no competencia de 1 año mediante el pago mensual de una cantidad equivalente al 20% de la remuneración bruta mensual del trabajador atendiendo al contenido de la prohibición. En dicho caso la obligación de no competencia sólo incluía la actividad en un sector muy concreto (la venta de productos químicos para la construcción) y el TSJ consideró que el quantum de la compensación era suficiente por no restringir el derecho al trabajo de forma amplia²¹.
- Sin embargo, en el año 2008, se ha considerado insuficientemente compensada una obligación

¹⁷ URBISTONDO OTEGUI, C., Doctrina del TSJ de Madrid sobre el pacto de no competencia postcontractual, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.6/2009 Editorial Aranzadi, SA.

¹⁸ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª). Sentencia núm. 436/1999 de 14 de septiembre de 1999. (AS 1999, 3220)

¹⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª). Sentencia núm. 893/2002 de 15 de octubre de 2002. (AS 2003/1001).

²⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª). Sentencia núm. 553/2006 de 13 de septiembre de 2006. (AS 2007, 406)

²¹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª). Sentencia núm. 986/2005 de 20 de diciembre de 2005. (JUR 2006, 64665).

de no competencia post-contractual de 12 meses retribuida mes a mes durante la relación laboral con una cantidad equivalente a un 30% de la remuneración bruta mensual del trabajador. En este caso, no se consideró suficiente la compensación económica al no existir proporción real entre el sacrificio exigido al trabajador (que renuncia a trabajar durante 12 meses en cualquier puesto relacionado con la selección de personal y el sacrificio económico que le supone a la empresa el abono de una suma mensual que además se consideró integrante de la retribución anual del trabajador. El Tribunal relaciona el contenido de la obligación, y por ende la amplitud de la actividad residual que le queda al trabajador como consecuencia de la aplicación de la obligación de no competir, con el quantum que se paga mes a mes como compensación económica²².

En un contrato de alta dirección, se ha considerado compensación económica adecuada el pago del 100% del salario mensual del trabajador en el momento del despido pagadero durante los 12 meses siguientes a la extinción por una obligación de no competir durante 2 años²³.

En relación a esta sentencia, es notable destacar, que Felipe como director general de Irenata S.A, se considera persona de alta dirección por ejercer poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, con unos objetivos llevados a cabo con plena autonomía y responsabilidad²⁴. Además se puede entender que el salario mensual de Felipe no es proporcional a los 300 euros en concepto de compensación y por lo tanto no es alícuota la limitación del derecho al trabajo contemplado en la Constitución Española²⁵.

Con todo ello y pesar a cumplir el requisito de efectivo interés industrial y comercial por todas las razones expresadas anteriormente para la celebración del pacto y el establecimiento de una duración máxima de dos años, se puede considerar que la cantidad percibida por Felipe es insuficiente e inadecuada y consecuentemente la nulidad del pacto. Con ello me remito a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que resuelve un recurso de suplicación en la Sala de lo Social número 20 de Barcelona en fecha 16.09.2009. En esta sentencia una trabajadora de la empresa Kettal S.A, tiene un contrato indefinido en la misma. En el contrato además se ha establecido un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato, con una duración de dos años y un cantidad de 311 euros en concepto de compensación. El Tribunal Superior de Justicia en esta sentencia entiende que ha habido un efectivo interés industrial o comercial en el pacto, pues así ha sido demostrado por la mercantil, sin embargo la compensación económica manifiesta que no es adecuada. De esta forma y en relación al caso se puede establecer una comparación entre ambos casos y ser resuelto de la misma forma que el TSJ de Cataluña, con la nulidad del pacto.

Sin embargo, existe una doble posibilidad en este punto, pues se desconoce la cantidad que venía percibiendo Felipe. Como regla general se entiende que el alto directivo de una empresa tiene un salario muy superior a 300 euros, sin embargo existe la posibilidad de que el salario que viniese percibiendo Felipe no era muy alto y por lo tanto la compensación económica sí sería adecuada. Por lo tanto, cabe resaltar que la valoración de la compensación económica como adecuada le corresponde al juez de lo social quien atendiendo a los hechos resolverá con oportuna sentencia. En caso de ser la compensación económica adecuada el pacto será considerado válido.

²² Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1º) núm. 2559/2008 de 27 de octubre de 2008 (AS 2008/3211)

²³ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1º) núm. 404/2001 de 29 mayo de 2001 (AS 2001/2282)

²⁴ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

²⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 614/2011 de 20 de junio.

Consecuencias Penales del puñetazo de Arturo a Felipe

Hechos relevantes:

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

1. Calificación de los hechos
2. Regulación
3. Análisis del tratamiento médico o quirúrgico
4. Puntos de sutura; doctrina y jurisprudencia
5. Dolo directo o dolo eventual
6. Imputación objetiva y preterintencionalidad
7. Competencia objetiva, funcional y territorial
8. Responsabilidad extracontractual

1. Calificación de los hechos

La acción descrita puede calificarse como una acción agresiva. Arturo ha ejercido un comportamiento lesivo sobre el cuerpo de su víctima, Felipe, produciendo en el mismo un menoscabo de su integridad corporal, la brecha.

La jurisprudencia ha entendido como lesión corporal aquella perturbación de las funciones del cuerpo o una modificación de la forma de alguna de ellas²⁶. Por lo tanto, todo ello guarda relación con las lesiones reguladas en el artículo 147 del Código Penal. Dicho artículo entiende por lesión todo menoscabo, por cualquier medio o procedimiento, a la integridad corporal o a la salud física o mental de una persona. En este contexto es preciso hacer una reflexión sobre lo que es el bien jurídico protegido y tener en cuenta que el delito de lesiones ha sufrido cambios y una clara evolución. Ha ido transformándose desde la idea de integridad física hasta el concepto más amplio de salud²⁷. Se ha mantenido por lo tanto que el bien jurídico de estas infracciones abarcar situaciones como la enfermedad, también mental o la propia imagen que no quedan comprendidas por la mera idea de integridad física. Ello no solo se recoge en el CP sino también en la Constitución Española en su artículo 15²⁸. Puede por lo tanto entenderse como un proceso de normativización del bien jurídico del delito de lesiones. Además para describir adecuadamente estos delitos de lesiones es preciso identificar la salud, en términos normativos de valoración social.

Para entender esta acción como hecho constitutivo de lesión se analizará todos los elementos que constituyen la norma legal.

2. Regulación

La derogación del libro tercero CP ha supuesto necesariamente una nueva conformación del que se puede llamar tipo atenuado del delito de lesiones, pasando las faltas de tal naturaleza y los malos tratos de obra a la categoría de delitos leves al tener asignada una pena de esa clase.

El artículo 147 CP antes de la reforma era el que marcaba toda la estructura del delito de lesiones, lo que sigue siendo actualmente igual pero con otra configuración. En primer lugar se han suprimido dos figuras anteriores de gran importancia a la hora de aplicar este delito, por un lado,

²⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 375/2003 de 10 marzo. (RJ 2003/2652)

²⁷ LEFEBVRE F., Delitos contra las personas. Memento práctico, penal. Tecnos Madrid, 2016.

²⁸ Artículo 15 CE.: *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral (...)*

aquella que mediante una ficción jurídica nacía un delito de lesiones cuando en el plazo de un año se hubiera realizado cuatro veces la acción constitutiva de lesión de primera asistencia o maltrato y por otro lado, las llamadas lesiones de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido.

El nuevo artículo 147 CP aglutina en su redacción el tipo básico de lesiones con primera asistencia médica y tratamiento facultativo, tal y como estaba con anterioridad, con la única particularidad que rebaja la pena de prisión de seis meses a tres. Además, en su apartado segundo sanciona al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, es decir, las lesiones de primera asistencia exclusivamente y en el apartado tercero castiga al que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, el denominado maltrato de obra, pasando ambos de falta a delitos leves, en congruencia con la derogación del Libro III CP.

Por último, estos dos delitos leves comprendidos en el artículo 147.2 y 3 CP sólo será perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, a diferencia de cuando constituían falta que eran perseguibles de oficio²⁹.

El artículo 147.1 recoge el tipo básico del delito de lesiones, se trata de un tipo residual pues van a tener cabida en él todos los supuestos que no puedan incluirse en otras modalidades del código.

El sujeto activo puede serlo cualquier persona, excepto el propio lesionado ya que no son punibles las auto lesiones o automutilaciones, en este caso el sujeto activo es Arturo. En cuanto al sujeto pasivo, Felipe, tratándose de un sujeto con vida independiente.

3. Tratamiento médico o primera asistencia facultativa

Este artículo 147 además se hace alusión a que serán consideradas lesiones cuando se requiera además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. En este punto se analizará la distinción que hace la doctrina, la legislación y los Tribunales para que el comportamiento llevado a cabo por Arturo pueda ser constitutivo de delito de lesiones o delito leve de lesiones. Dicha consideración será determinante para la calificación del hecho y consecuentemente la variación de la pena de Arturo.

Como regla general se entiende que para elevar una lesión a delito debe concurrir una sola condición acumulativa: la de necesitar, además de una primera asistencia facultativa, un ulterior tratamiento médico. Si hay tratamiento médico posterior, hay delito; si sólo hay, a lo más, una primera asistencia facultativa, el hecho es delito leve. El problema radica en la inexistencia de unos estándares que proporcionen una definición unitaria de los términos que desvanezca toda duda.

Tratando de sintetizar ambos conceptos se podría decir provisionalmente que *asistencia* es la atención prestada directamente por un facultativo, con fines diagnósticos o curativos, mientras *tratamiento* es la sujeción del lesionado a un método o sistema de actos o comportamientos destinados a obtener su curación y que deben desenvolverse en un período temporal más o menos dilatado. Según la naturaleza de las atenciones o actos practicados, la asistencia y tratamiento será médico si se sigue un método conservador o quirúrgico, si se utilizan los medios instrumentales o reparadores propios de tal método³⁰. Sin embargo estas definiciones tienen una serie de matices de notable transcendencia para el caso.

²⁹ MUÑOZ CUESTA J., Cuestiones prácticas sobre la reforma penal en *Revista Aranzadi*. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2015. (BIB 2015\2575)

³⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, sobre aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código Penal.

3.1 Primera asistencia facultativa

En todo tratamiento hay un primera asistencia, un acto médico inicial, aunque sea un diagnóstico, por lo que siempre habrá una primera atención. Para tratarse de una asistencia facultativa es preciso que concurran una serie de requisitos:

1. Una efectiva dolencia. En este sentido no se entenderá como tal la inexistencia de lesiones, es decir, una simulación. Para ello el forense analiza las pruebas para el posterior tratamiento. Puede ocurrir que las lesiones no hayan causado un daño físico visible, sin embargo en este caso no nos atañe ya que las lesiones son manifiestas. Puede ocurrir que se trate de una lesión ínfima donde no es necesaria una asistencia médica facultativa. Dicho en otras palabras, el Tribunal deberá determinar, generalmente con ayuda pericial, si acredita la producción de un determinado resultado lesivo, y por lo tanto si fue necesario llevar a cabo un tratamiento médico o quirúrgico.
2. Titularidad de quien presta la asistencia. Ello es importante porque existen opiniones divergentes. Algunos interpretan como asistencia prestada por alguien en posesión del título de Licenciado en Medicina. Sin embargo, para estimar la existencia de una primera asistencia, los Tribunales deben tomar en consideración no solamente los actos propios de un médico sino también los de otros titulados menores, como Practicantes o ATS, que deben incluirse entre los constitutivos de asistencia facultativa, cuando por la urgencia del caso o la falta de médico titulado la asistencia fuera prestada por uno de tales técnicos.
3. El carácter único o múltiple de la asistencia. En este caso se tiene en cuenta el número de personas que participaron en la atención primera, bien sean auxiliares que llevan a cabo labores de radiografías, análisis etc. o Licenciados en Medicina con intervenciones multidisciplinares.

Aunque en el Código Penal se habla de primera asistencia, esta expresión no debe confundirse con los conceptos de “asistencia única” o “de asistencia inmediata”. Es compatible con la actuación simultánea o sucesiva, en breve espacio de tiempo, de profesionales de distintas especialidades³¹.

3.2 Tratamiento médico o quirúrgico

En la práctica se dan dos posiciones: una que tiende a restringir el concepto llevando al de asistencia y excluyendo del de tratamiento una serie de actos médicos o atenciones al lesionado que se interpretan como secundarias o anexas a aquélla; y otra que interpreta extensivamente el concepto de tratamiento, incluyendo en él cualquier atención que exceda de la primera asistencia y aunque forme parte de ésta, pero con carácter múltiple o de prescripción a cumplimentar tras ella.

Del mismo modo que la asistencia facultativa también es necesario que se cumplan una serie de requisitos.

1. Que sea distinto y ulterior a la primera asistencia facultativa
2. Es necesario que la lesión requiera tratamiento, debe ser el tratamiento con finalidad curativa. Quedarían por lo tanto excluidos los actos de mera vigilancia y comprobación del avance de las lesiones, como se mencionada en el artículo 147.
3. En cuanto a la administración de antibióticos es necesario distinguir si tienen una finalidad preventiva en cuanto no hay una infección pero podría haberla, en este caso no es un tratamiento quirúrgico, mientras que si ya existe la infección y se proporcionan antibiótico ya se hablaría de un tratamiento quirúrgico. Por lo tanto, quedan al margen el simple diagnóstico o la pura prevención médica.
4. Prescripción por un titulado en Medicina. En este caso se estudia que para tratarse de un tratamiento quirúrgico es necesario que se hubiese llevado a cabo por un Licenciado en

³¹ CALDERÓN., A y CHOCLÁN J.A., *Código Penal comentado*, Deusto jurídico, Barcelona, 2005.

Medicina, el cual deberá diagnosticar y facilitar un tratamiento. Podrá ser admitido cuando se trate de un auxiliar clínico cuando éste hubiese sido delegado por el primero³².

5. En cuanto a las pequeñas curas instrumentales, como puede ser la limpieza de heridas y las suturas, no deben considerarse tratamiento quirúrgico, conforme a los criterios antes fijados, pues tales actos formarían parte de la primera asistencia y por sí solos, de no requerir ulterior tratamiento, no determinarían la calificación de las lesiones como delictivas.

Es preciso destacar en este contexto importante jurisprudencia sobre el tratamiento médico y quirúrgico. La STS 15 de abril de 1999 (STS 592/1999 de 15 abril) expone que el tratamiento médico o quirúrgico es una planificación de un sistema de curación, prescrito por un Licenciado en Medicina con la finalidad de curar. Se llevará a cabo a través de cualquier acto de tal naturaleza, ya sea cirugía mayor o menor. Con anterioridad la sentencia del Tribunal Supremo (STS 262/1993 de 6 febrero de 1993) ya había considerado el tratamiento médico como aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de disminuir sus consecuencias si ella no es curable. Así, siempre que sea necesario reparar el cuerpo humano, restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones, se estará en presencia del tratamiento quirúrgico.

La jurisprudencia en ocasiones parece confrontarse con la doctrina³³, al indicar que en alguna ocasión la primera asistencia facultativa tiene tal importancia que puede ser considerada como delito de lesiones por ser de la misma índole que el tratamiento quirúrgico, en este contexto se entiende que son compatibles ya que acaban ambas expresando lo mismo.

4. Calificación de los puntos de sutura

De acuerdo a la doctrina cabe señalar que desde el punto de vista médico no requieren los puntos de sutura una titulación médica superior, es un acto médico que en la práctica suelen realizarlo con frecuencia el personal Técnico Sanitario, una maniobra que persigue evitar la aparición de una secuela estética, cicatriz y no curar la lesión ya que ésta también se curaría realizando otras maniobras médicas (aproximación de los bordes de la herida con apósitos, vendaje compresivo, etc.). El Tribunal Supremo sin embargo considera reiteradamente³⁴, “que la sutura mediante puntos, cuando es necesario cerrar una herida, constituye tratamiento quirúrgico, por cuanto es una operación de cirugía reparadora”³⁵.

Del mismo modo cuando objetivamente hubo una herida punzante, que pueda ocasionar una cicatriz y sutura implica tratamiento quirúrgico, sea quien fuere el facultativo interviniente o la denominación que esa actividad medica quiera merecer. En particular la jurisprudencia, viene considerando la corrección de fracturas, la aplicación de puntos de sutura o el cuidado de drenaje de la herida como tratamiento médico³⁶. En esta misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo³⁷ (STS153/2013 de 6 marzo) con respecto a los puntos de sutura, explica que el acto de costura con que se reúnen los labios de una herida, precisa para restar el tejido dañado y volverlo al estado que tenían antes de producirse la agresión, un tratamiento quirúrgico, aunque se trate de cirugía menor y aunque es una operación susceptible de realizarse en un solo acto, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo.

³² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 262/1993 de 6 febrero de 1993. (RJ 1993, 882) “*se entenderá por tratamiento médico o quirúrgico toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por el médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios*”.

³³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1162/2004 de 15 de octubre. (RJ 2004\7688)

³⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 435/1993 de 3 de marzo (RJ 1993, 1903).

³⁵ MURUZÁBAL ORÓS M., y CASTELLANO ARROYO M., SUBIRANA DOMENÉCH M., MARTÍNEZ ALCAZAR H., Algunos aspectos de la peritación médico forense en los casos de lesiones. Especial referencia a los conceptos de primera asistencia facultativa. Tratamiento médico y tratamiento quirúrgico en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* num.13/2005 1 Editorial Aranzadi, S.A (BIB 2005/499)

³⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 451/2003 de 28 de marzo de 2003. (RJ 2003, 4512)

³⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 153/2013 de 6 de marzo. (RJ 2013/5013)

En este contexto es preciso destacar la doble interpretación de los puntos de aproximación, los conocidos como *Steri Strips*.

Una parte de la jurisprudencia viene entendiendo que los puntos de sutura son un tratamiento médico o quirúrgico, como se ha mencionado anteriormente, y con respecto a los puntos de aproximación establecen que no es un simple apósito para preservar a la herida del contacto con el aire u otros agentes externos, sino un medio técnico de fijación (esparadrapo de sutura), equivalente al cosido y necesario para procurar la correcta cicatrización. De este modo, aunque a Felipe le hubiesen puesto unos puntos de aproximación, se trata de un acto médico que, inmediato a la producción de la herida, no se agotó en sí mismo, como sucedería en el caso de la "primera asistencia", sino que prolongó sus efectos de manera estable a lo largo de un periodo de tiempo. Tiempo necesario para producir la regeneración y soldadura de los tejidos dañados por un corte producido por el puñetazo. Así, hay que afirmar que la zona traumatizada estuvo siendo tratada, es decir, mantenida médicamente, mediante una presión estable, en unas condiciones que ella sola, de no ser por esa clase de actuación, no habría podido alcanzar³⁸. Junto con esta sentencia también en la sentencia del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico segundo³⁹ se establece que los puntos de sutura o de aproximación son un sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquella no es curable, siendo indiferente que tal actividad posterior la realiza el propio médico o la ha encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica"

Otra parte de la jurisprudencia como es en la sentencia del Tribunal Supremo (STS 298/2010 de 11 marzo), entiende que el tratamiento ha de ser objetivamente necesario, y en este caso a la víctima se recetan antiinflamatorios por un punto de sutura en la cara. En análogo sentido a las sentencias anteriores, las sentencias del Tribunal Supremo (STS 446/2002 de 1 marzo) y (STS 468/2000 de 11 abril) entre otras ya habían declarado que no puede quedar en manos del facultativo, según sea más o menos exigente, la decisión sobre la existencia de un delito o un delito leve, como tampoco puede quedar en manos de la víctima la decisión de si necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento posterior médico o quirúrgico. Por consiguiente siendo elemento objetivo del delito de lesiones la "necesidad" del tratamiento, esta Sala mencionada ha entendido el punto de sutura podría haberse curado con los puntos "stir-strip" interpretando los mismos como asistencia facultativa y no como tratamiento médico⁴⁰.

5. Elemento subjetivo: *Animus Laedendi*. Dolo directo o dolo eventual.

La configuración moderna del delito de lesiones comenzó a gestarse con la reforma que se produjo en el anterior CP con la LO 87/1983, de 25 de junio, en la que se introdujo de forma definitiva el principio de culpabilidad. Para su imputación ya no basta con que se haya realizado una acción u omisión y que se haya producido un resultado lesivo, sino que habrá de ser objetivamente imputable al autor a título de dolo o culpa⁴¹. La figura delictiva del artículo 147 CP requiere la existencia de un dolo genérico, integrado por la conciencia del significado antijurídico de la acción y la voluntad de ejecutarla. Junto a éste, es precisa la concurrencia de un dolo específico que el tipo exige, es decir, el dolo de menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima, que concurrirá tanto si el resultado se busca a propósito y es querido directamente por el agente (dolo directo), como si éste se ha representado la probabilidad de resultado, y, asumiéndolo y aceptándolo, prosigue con la acción que genera las consecuencias lesivas (dolo eventual).

³⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 389/2014 de 12 mayo. (RJ 2014/2807) (F3)

³⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 180/2014 de 6 marzo. (RJ 2014/2107)

⁴⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia número 298/2010 de 11 de marzo. (RJ 2010/4484)

⁴¹ MARTÍNEZ GARCÍA A.M., y JAVATO MARTÍN M., *Comentarios prácticos al Código Penal*. Thomson Reuters, Aranzadi Navarra, 2015.

Las circunstancias en las que se desarrollan los hechos debe manifestar la alta probabilidad del resultado por parte del autor. Arturo con el puñetazo sabía con bastante seguridad que produciría en Felipe un menoscabo de su integridad corporal⁴².

6. Imputación objetiva y preterintencionalidad en el delito de lesiones.

Se configura como un delito de resultado producido por medios indeterminados: “*por cualquier medio o procedimiento*”. Por este motivo, para la integración del tipo es necesaria una relación de causalidad, es decir, entre el hecho y el resultado. En este caso es manifiesto ya que el puñetazo ocasiona la brecha. Ello cumple lo dos requisitos necesarios para que haya imputación objetiva: que el resultado le sea imputable a esa persona (Arturo) y que exista una relación de causalidad física o material entre esa acción y tal resultado⁴³.

En la sentencia del Tribunal Supremo (STS 1518/2005 de 19 diciembre)⁴⁴ abarca esta imputación objetiva en el caso de una supuesta agresión sexual donde el hombre forcejea con su víctima con una navaja con el fin de quitársela y termina la víctima lesionada. En este caso se entiende que hay imputación objetiva porque existe una relación material de causalidad ente la acción y la lesión producida. Aunque el agresor no hubiese herido directamente hubo un riesgo creado por el autor y por lo tanto dolo, aunque fuese a título de dolo eventual. Esta figura encuadra perfectamente en el caso expuesto por todo lo ya mencionado. Lo que podría haber ocurrido es que el puñetazo fuese en una zona tan vulnerable como un ojo y a causa del puñetazo perdiese la visión. En estos casos se habla de preterintencionalidad donde no está abarcado por el dolo del autor y permitiría calificar los hechos en concurso ideal entre el hecho doloso y el hecho imprudente y cada uno de ellos se materializa con un resultado diferente⁴⁵.

En este tipo de situaciones de desviación del curso causal nunca es fácil cuantificar los niveles de riesgo que genera una conducta ni ponerlo en relación con el resultado. Tampoco es fácil establecer el nivel de riesgo declarado probado para subsumir la acción en el ámbito del dolo o de la imprudencia consciente por lo que se debe sopesar en cada circunstancia.

Con todo lo mencionado anteriormente se considera que Arturo es autor de un hecho constitutivo de un delito de lesiones, regulado en el artículo 147 del Código Penal. Arturo provoca una brecha en la mejilla de Felipe provocando cuatro puntos de sutura. Ello es considerado tratamiento médico o quirúrgico por existencia de un menoscabo a la salud física de Felipe y por ser necesaria una intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar o reducir las consecuencias. Además existe una relación de causalidad entre la acción y el resultado. El puñetazo de Arturo provoca la brecha y por lo tanto los cuatro puntos de sutura. En este acto además había una alta probabilidad de que se produjera el resultado y por lo tanto fue una conducta dolosa⁴⁶.

De acuerdo al artículo 147 del Código Penal le corresponde a Arturo por ser reo de un delito de lesiones una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses. En este sentido es notable destacar que los hechos han tenido lugar en el año 2014 y por lo tanto el código penal todavía no había sufrido la reforma. Sin embargo, como dispone la disposición transitoria primera, al reo de un delito se le impondrá la pena más favorable. La regla general es la aplicación del antiguo Código Penal por ser el vigente en el momento de comisión del hecho. La excepción, se dará cuando con arreglo al nuevo Código se solicite en concreto una pena que no podría imponerse de acuerdo con el Código derogado, por ser el mínimo de éste más grave⁴⁷. En este caso, la pena del

⁴² Esta expresión también alude a la conducta típica del delito de lesiones, que prevé que la lesión puede causarse agrediendo o golpeando por cualquier “medio” (corporal usando puño, mano, pierna, cabeza), natura (piedras, palos etc.) o artificial (navajas, cuchillos, armas), o por cualquier procedimiento que puede ser activo o puede ser omisivo.

⁴³ Vid. *Supra* cita 14.

⁴⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 518/2005 de 19 diciembre. (RJ 2006/1551)

⁴⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 168/2008 de 29 abril. (RJ 2008/1858)

⁴⁶ Fiscalía General del Estado. Circular núm. 3/2010 de 23 diciembre. (JUR 2011/3939)

⁴⁷ Circular 2/1996, de 22 de mayo. Incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores. (RCL 1997\1367)

CP derogado sería de seis meses a tres años y con la reforma sería de tres meses a tres años por lo tanto esta segunda no solo es más favorable sino que el mínimo anterior duplica al mínimo actual.

Desarrolla esta disposición tanto el principio de irretroactividad de las leyes penales consagrado en los artículos 9.3 y 25.1 CE, esto es, la aplicación de las nuevas normas penales a hechos anteriores a su entrada en vigor, para el sólo caso de que las mismas favorezcan al reo⁴⁸. Esta aplicación de retroactividad se aplicará para aquellos hechos cometidos antes del 1 de julio de 2015 como es este caso, que se encuentre pendiente de enjuiciamiento o cuando han sido sentenciados pero todavía no ha adquirido firmeza o puede ocurrir el caso que sean firmes pero todavía estén pendientes de ejecución.

7. Competencia de los Juzgados o Tribunales

El delito de lesiones se encuentra regulado en el Código Penal al que se ha hecho alusión. En este sentido es preciso destacar qué Tribunales o Juzgados son los competentes para conocer del asunto. Para ello hay que distinguir entre competencia objetiva, competencia funcional y competencia territorial.

7.1 Competencia objetiva y competencia funcional.

La competencia objetiva es aquella que determina el órgano que ha de conocer de un específico asunto en primera instancia⁴⁹. Respecto de los delitos en general se debe distinguir por un lado los delitos leves, en cuyo procedimiento no se distingue entre la fase de instrucción y la fase de enjuiciamiento y por otro lado los demás delitos que sí tienen diferenciadas estas fases. Este caso se trata de un delito de lesiones y por lo tanto se mantienen las dos fases. La primera de ellas será el juzgado de instrucción el encargo de instruir la causa por delito. Será el del partido donde se hubiese cometido el delito⁵⁰.

La competencia más significativa del juzgado de instrucción es la de instruir todos los procesos por delito, cualquiera que sea la pena que corresponda o cuyo conocimiento venga atribuido a los Juzgado de lo Penal o a las Audiencias Provinciales. En esta línea el artículo 14.3º de la LECrim establece que le corresponde al Juzgado de lo Penal el conocimiento y fallo de las causas por delito que tengan una pena privativa de libertad de duración no superior a 5 años, asimismo cuando se trate de una pena de multa cualquiera que sea su cuantía (excepto los delitos leves) y otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración no exceda de diez años⁵¹. En el caso expuesto, Arturo es reo de un delito de lesiones con una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses por lo tanto la instrucción le corresponde a los juzgado de instrucción asimismo, el conocimiento y fallo, es decir, la fase de enjuiciamiento, se llevará a cabo por el Juzgado de lo Penal.

Si fuese esta una pena mayor correspondería a la Audiencia Provincial. La competencia funcional consiste en la fijación de la atribución de las distintas fases procesales o actos procesales concretos a ciertos Juzgados o Tribunales, es decir, establece los recursos que pueden llevarse a cabo contra las resoluciones dictadas. La apelación contra las sentencias dictas por los Juzgados de lo Penal es decidida por la Audiencia Provincial constituida en forma ordinaria.

⁴⁸ Fiscalía General del Estado. Circular núm. 3/2015 de 22 junio. (JUR 2015/175564)

⁴⁹ ASENSIO MMELLADO JM, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, 7ª edición. Valencia 2015.

⁵⁰ *Vid. Infra* pág. 19

⁵¹ GARCÍA TOMÉ, J.A., *Curso de Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2016.

7.2 Competencia territorial

La competencia territorial distribuye el conocimiento de los procesos entre los diversos órganos jurisdiccionales el mismo tipo o clase que existen en España, dependiendo de la circunscripción territorial en la que ejercen su jurisdicción. A estos efectos la ley establece un fuero preferente y varios fueros subsidiarios.

- Fuero preferente: es el fuero de la comisión del delito⁵². En caso de ser los hechos en la provincia de A Coruña, por tener la empresa su domicilio social serán los juzgados o tribunales de esta provincia los que llevarán a cabo el asunto.
- Existen fueros subsidiarios puede ser el municipio, partido, jurisdicción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito o donde el reo hubiese sido aprehendido, residencia del presunto reo etc. Sin embargo en este caso es suficiente tener en cuenta el fuero preferente

8. Responsabilidad Civil extracontractual

El artículo 116 del Código Penal vigente determina que toda persona criminalmente responsable de un delito o delito leve lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. La responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales, a tenor de lo previsto en el artículo 110 del citado texto legal⁵³.

Para la determinación total de la cuantía únicamente se aplica el baremo establecido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a Motor, que como referencia se suele tomar para fijar las indemnizaciones, siendo así que es práctica habitual y reiterada de los Tribunales que en casos como el presente, en que las lesiones se han ocasionado no de forma culposa o imprudente, sino voluntaria y dolosamente, la cantidad resultante de la aplicación de dicho baremo se suele incrementar hasta en un 50%, en algunos casos, como plus de aflicción dado el carácter y origen doloso de las lesiones causadas en una agresión, como sucede en el caso⁵⁴.

El Baremo se inspira y respeta el principio básico de la indemnización del daño corporal. Su finalidad es la de lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente⁵⁵.

⁵² *Forum delicti commisi*. Artículo 14 LECrim.

⁵³ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª). Sentencia núm. 349/2012 de 26 junio. (ARP 2012/899).

⁵⁴ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3ª). Sentencia núm. 627/2011 de 20 diciembre. (JUR 2012/70501)

⁵⁵ Baremo de indemnizaciones 2015. Ley 35/2015, de 22 de septiembre. (RCL 2015/1435)

Validez de la celebración de la junta de socios en Pontevedra

La empresa objeto de análisis tiene un capital social que 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. 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.

Para el análisis de la cuestión suscitada se analizará lo siguiente:

1. Qué es una junta general
 - 1.1 Lugar de celebración de la junta
2. Junta general ordinaria y extraordinaria
3. Junta universal

1. Junta general

Tradicionalmente, la junta general, como órgano colegiado, viene a definirse, como la reunión de socios, en la localidad en la que tengan su domicilio la sociedad, debidamente convocada para deliberar y decidir por mayoría sobre los asuntos propios de su competencia. Este concepto es reiterado por la jurisprudencia y la doctrina pero requiere de unos matices⁵⁶.

La junta general reúne una serie de competencias esenciales entre las que destaca la determinación de la estructura y organización económica y jurídica de la sociedad y de la empresa, competencias sobre las cuentas anuales, el resultado económico, el control de los administradores y la intervención en los asuntos de gestión. Al margen del artículo 160 LSC, la junta general también determina normas sobre autocartera o la aprobación de adquisidores onerosas realizadas tras la constitución de una sociedad. Por lo que se refiere a las competencias relativas a los administradores, la junta general tiene por competencia acordar la separación y el cese en determinadas circunstancias, asimismo ostenta la competencia para la revocación de los liquidadores, y en su caso, para el nombramiento y revocación de los auditores de cuentas⁵⁷. En la misma línea, la junta es el órgano encargado de decidir asuntos en los que pueda apreciarse conflicto de intereses, como puede ser la remuneración de los administradores.

La junta general es convocada por los administradores, aunque también podrán serlo los liquidadores, o existe la posibilidad de convocatoria judicial⁵⁸. Se llevará a cabo cumpliendo con la periodicidad establecida legal y estatariamente. Es posible que la convocatoria de la junta sea propuesta por la minoría de los socios, y los administradores estén obligados a convocar la junta, siempre y cuando los socios ostenten al menos el 5 por 100 del capital social y expresando en la solicitud los temas a tratar. La solicitud de la convocatoria deberá realizarse por requerimiento notarial, como requisito formal o por burofax. En el supuesto de que los administradores no cumplan con su obligación la convocatoria podrá ser judicialmente.

Para llevar a cabo la convocatoria es necesario cumplir una serie de requisitos imperativos, tanto formales como materiales. Entre ellos es necesario convocar la junta mediante un procedimiento de

⁵⁶ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Junta General*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

⁵⁷ EMBID IRUJO JM., (Dir.) y FERRANDO VILLALBA, Mº L., MARTÍ MOYA, V., (Coord.) *Introducción al derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*. Marcial Pons, Madrid 2013.

⁵⁸ *Vid. Infra* pág. 23

comunicación individual y escrita que asegure la recepción de todos los socios, y por lo tanto, que se pueda obtener constancia del envío realizado. Ello es necesario para el cómputo del plazo mínimo entre el anuncio y la celebración de la junta. Es notable destacar también el plazo formal que debe mediar entre la convocatoria de la junta y su fecha de celebración que debe ser como mínimo de un mes en las sociedades anónimas. Este punto puede suscitar controversias en la medida de comenzar el cómputo, es por este motivo que los estatutos pueden fijar una redacción para introducir mecanismos adicionales de publicidad e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad.

En las juntas es necesario introducir el orden del día y de esta forma también informar a los socios de ello. El incumplimiento de estos requisitos ocasionará la nulidad de la convocatoria.

1.1 Lugar de celebración de la Junta

De acuerdo al artículo 175 de la LSC, la junta general se celebrará en el municipio donde tenga la empresa el domicilio social. Siempre y cuando no se disponga otra cosa en los estatutos.

Tradicionalmente, el debate doctrinal en torno a este artículo se ha centrado en dos posibles interpretaciones del inciso *salvo disposición contraria de los estatutos*: por un lado, un sector doctrinal ha entendido que este inciso otorga total libertad a la sociedad para fijar en los estatutos cualquier lugar de celebración de la junta general y por otro lado, algunos autores han defendido que no es posible dejar la elección del lugar de celebración de la junta al arbitrio de los administradores, sino que es preciso que los estatutos establezcan los concretos municipios o localidades en los que puede celebrarse la junta y, a falta de previsión estatutaria en este sentido, esta debería tener lugar en el municipio donde se encuentre el domicilio social. Sin embargo ninguna de las anteriores posturas doctrinales es la que postulan las Resoluciones de la DGRN, sino que estas optan por establecer un criterio de interpretación del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital completamente nuevo. En virtud de este precepto legal, el ámbito territorial máximo en el que se podría celebrar la junta general sería el municipio donde se encuentre el domicilio social. A partir de esta premisa, las Resoluciones de la DGRN⁵⁹ establecen que los estatutos solo podrían reducir dicho ámbito, pero nunca aumentarlo⁶⁰. El caso objeto de análisis no manifiesta nada acerca de los estatutos de la sociedad y por lo tanto se entenderá que el lugar de celebración ha de ser en el domicilio social de la empresa, es decir, en A Coruña. Esta definición legal tiene su origen en la factibilidad del acceso de los socios al lugar de celebración y además la previa información para llevar al cabo el mismo.

2. Junta general ordinaria y extraordinaria

En las sociedades anónimas, la junta general se configura como la reunión de los socios de la sociedad, quienes, debidamente convocados, decidirán, por la mayoría legal o estatutaria establecida, en los asuntos propios de su competencia, quedando todos los socios sometidos a sus acuerdos.

La legislación de sociedades de capital diferencia entre juntas generales ordinarias o extraordinarias. Conforme a la delimitación legal, la junta general ordinaria es la que, previamente convocada al efecto, debe reunirse, con carácter necesario, en los seis primeros meses de cada ejercicio social, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior, y resolver sobre la aplicación del resultado⁶¹. La formulación de las cuentas le corresponde a los

⁵⁹ Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil) Resolución núm. 10959/2014 de 30 septiembre. (RJ 2014/5502); Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil).Resolución núm. 11857/2013 de 14 octubre. (RJ 2013/7710); Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil).Resolución núm. 10691/2013 de 6 septiembre. (RJ 2013/7612)

⁶⁰MUÑOZ PALMA, C.; en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2015. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2015.

⁶¹ CAMPUZANO A.B Derecho patrimonial en *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 27/2011 2ª parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2011.

administradores pero la aprobación al titular del patrimonio gestionado. Todo ello se hará a través de un acuerdo ordinario. La limitación a la libertad de la junta respecto de la formulación se justifica en la rigidez del régimen financiero de las sociedades de capitales pensado en la protección de los terceros. La junta dispone de un margen mucho más amplio para resolver sobre el resultado, decidiendo que las ganancias se repartan en concepto de dividendo o se acumulen como reservas. También tiene plena libertad para determinar que las cantidades que se reparten o se reservan son las propuestas⁶².

La validez o nulidad de la junta general ordinaria celebrada fuera del plazo fijado de los seis primeros meses de cada ejercicio social, ya había sido expresamente resuelta en favor de su validez en la normativa anterior de sociedades anónimas. El plazo de seis meses se considera más que suficiente para llevar a cabo la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior o la aplicación del resultado. Con ello los administradores tienen el deber de convocar la junta en el plazo establecido y así recibir la denominación de ordinaria. Sin embargo los límites y márgenes de los administradores son moderados y ello tiene por finalidad establecer un interés legal. En caso de no cumplirse los administradores incurrirán en responsabilidad y podrán verse sometidos a las correspondientes acciones judiciales.

La delimitación legal se cierra con la indicación de que cualquier otra junta general que no sea ordinaria, tendrá la consideración de junta general extraordinaria. Es necesario que esta junta esté debidamente convocada y cumpla los requisitos exigidos en la ley. En ambos casos, la correcta constitución de la junta general ordinaria o extraordinaria requiere su previa convocatoria por los administradores o, en su caso, los liquidadores de la sociedad. Los administradores deben convocar anualmente junta general ordinaria. Si la junta no se convocara cualquier socio podrá solicitar su convocatoria judicial.

Respecto a la junta general extraordinaria, deberá convocarse cuando los administradores lo estimen conveniente o a petición de socios titulares del cinco por cien del capital social, quienes podrán también solicitar la correspondiente convocatoria judicial⁶³. Por lo que respecta a la celebración de la junta general ordinaria dentro de los seis primeros meses del ejercicio, la junta extraordinaria no está sujeta a dicho plazo, aunque es posible que lo cumpla. Sin embargo lo más importante de la junta extraordinaria es que no puede tratar contenidos mínimos de la junta ordinaria, es decir, aprobación de cuentas, gestión social, ni resolver sobre la aplicación del resultado.

Con todo ello es preciso destacar que el caso objeto de análisis no cumple con los requisitos exigidos de la junta general, ni ordinaria ni extraordinaria porque la junta es celebrada en Pontevedra. En relación a ello, para comprobar que la junta está bien constituida es necesario acudir a las juntas universales, las cuales son una excepción a la rigidez de los estatutos o del artículo 175 de la LSC siempre y cuando cumpla unos requisitos.

3. Junta Universal

La Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) regula en su artículo 178 la denominada junta universal, es decir, aquella que se considera convocada y válidamente constituida siempre que se encuentre reunido todo el capital social y se ha aceptado por unanimidad dicha reunión, aun cuando, previamente a su celebración, no se hayan cumplido los requisitos de convocatoria legalmente exigidos en los artículos 173 y siguientes del mismo texto legal. Y, en buena lógica, el cumplimiento de los dos requisitos asegura que todos los socios tienen conocimiento de la celebración de la junta y de los asuntos a tratar en ella. Como se ha señalado en la doctrina, la celebración de una junta universal no supone un debilitamiento de las normas reguladoras de las formalidades de la misma, ya que deberán ser respetadas. Como se ha visto con anterioridad, es

⁶² MENCÍA JUSTO J., Las competencias legales de la junta general en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2015.

⁶³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 688/2009 de 30 octubre. (RJ 2009/5820)

necesario cumplir con una serie de requisitos expresados en la LSC, para la válida convocatoria de una junta general, los cuales afectan a la forma, al contenido y al plazo previo de dicha convocatoria, y cuya satisfacción persigue facilitar que todos los socios tengan conocimiento de la celebración de la reunión, así como de los asuntos a tratar en ella. La junta universal constituye, por tanto, la única excepción a la obligatoriedad de la previa convocatoria de junta general, al carecer de convocatoria o, mejor dicho, de convocatoria *ex arts. 173 y siguientes*. Es necesario reconocer que, habitualmente, las juntas universales suelen ir precedidas de una convocatoria o aviso informal, ya que resulta improbable una reunión espontánea de todos los socios.⁶⁴

El éxito de la junta universal queda justificado por las ventajas que presenta⁶⁵. Así, la celebración de la junta con carácter de universal implica un claro ahorro económico al eludir el coste de los anuncios en diarios. Además, es un recurso interesante en la medida que facilita la realización de una convocatoria en caso de imposibilidad de una convocatoria regular. En la misma línea permite superar las insuficiencias formales de una convocatoria realizada conforme al trámite normal o permite eludir la aplicación de ciertas normas legales o estatutarias que, en determinadas situaciones, pueden resultar incómodas. Con todo, las exigencias requeridas por el artículo 178.1 LSC pueden ser satisfechas en el marco de sociedades con un número reducido de socios que disfrutaran de una relación fluida entre ellos. De hecho, el distanciamiento entre socios o los cambios en las relaciones personales suelen llevar aparejadas situaciones de litigiosidad. Ello se explica perfectamente llevado al caso objeto de análisis ya que, los socios deciden reunirse en la provincia de Pontevedra para celebrar la junta y así analizar la situación de la empresa y acordar cómo darle continuidad.

En relación a los dos requisitos cabe destacar en primer lugar la presencia de todo el capital social para constituir una junta universal. En esta línea la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010⁶⁶ se ha pronunciado sobre la nulidad de sucesivas Juntas Universales celebradas por la empresa Te Andamios S.A. Se trata de una sociedad constituida por cuatro accionistas, dos de ellos ostentan la mayoría de capital social (51%) y los otros dos la minoría (49%). Se celebra la primera de las juntas el 30 de marzo de 1992 en la que se adoptan varios acuerdos, entre ellos el aumento del capital social así como la sustitución del sistema de administración solidaria por el administrador único. Se vuelven a celebrar diversas juntas universales sin la presencia de todo el capital social, por lo tanto incumpliendo el requisito al que se ha hecho alusión previamente. Ante ello el 12 de marzo de 2003 los accionistas minoritarios interponen demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número cuarenta y uno de Madrid en la que alegan que dicha Junta Universal, así como otras posteriores, no pueden entenderse celebradas al no haber existido convocatoria previa ni haberse celebrado con su asistencia y, por lo tanto, sin el requisito de presencia de la totalidad del capital social. A estos efectos, solicitan al juzgador que todas las Juntas aparentemente celebradas sean declaradas nulas, por contravenir del orden público, y se reponga la sociedad a su situación inicial de 1992 para que los demandantes puedan suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que poseían en dicho momento. El Juzgado de Primera Instancia, en Sentencia dictada el 5 de junio de 2003, estima la demanda interpuesta, declara la nulidad de las Juntas celebradas sin la asistencia de la totalidad del capital social, ordena reponer la sociedad a su situación anterior y se pronuncia sobre la imprescriptibilidad de la acción al tratarse de acuerdos nulos por contravención del orden público y, por lo tanto, sin que dicha acción se someta al plazo de caducidad de un año. Ante ello se interpone recurso de apelación y recurso de casación y son ambos desestimados.

⁶⁴ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. Ma., *La Junta general de accionistas (Arts. 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por R.URÍA, A. MENÉNDEZ y M.OLIVENCIA, Tomo V, Civitas, Madrid, 1992, pág. 101.

⁶⁵ PEREZ MORIONES A., La necesaria constancia de la aceptación unánime de la celebración de la reunión para la válida constitución de junta universal en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2013 Editorial Aranzadi, SA.

⁶⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia de 26 enero 2010. Recurso de casación núm. 4845/2007. (RJ 2010/222)

El fundamento segundo de la sentencia mencionada versa sobre la calificación de los acuerdos como nulos por ser contrarios a la Ley y regula la caducidad de impugnación de los mismos, incluyen dentro de tal categoría aquellos que por su causa o contenido resulten contrarios al orden público. Por lo tanto, “la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas, la presencia de todo el capital, se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público⁶⁷ (...) con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados (...) ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”(Fundamento Segundo). En relación al caso objeto de análisis se puede entender que han acudido todos los socios por voluntad propia y que por lo tanto el capital social está presente en la junta universal, así en lo que se refiere al requisito exigente en la LSC, se entenderá como cumplido⁶⁸.

En segundo lugar la aceptación unánime de la celebración de la reunión. En este contexto es preciso destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 27 de octubre de 2012. Esta resolución versa sobre la aceptación por unanimidad de la junta general celebrada por la empresa mercantil *Bluer Aplicaciones, S.L.* En la reunión se levanta un acta de manifestaciones en la que se expresa que han estado los tres socios, dos de ellos representados. Dos de los socios se proclaman como Presidente y Secretario y deciden separar al tercer socio, el cual ya había votado en contra sobre la celebración de la junta. Cuando ya se han adoptado diferentes acuerdos el socio que han separado entrega un documento sobre la nulidad de la junta y consecuentemente los acuerdos adoptados en la misma. Los acuerdos adoptados en junta son elevados a público mediante escritura autorizada a final del mismo mes, otorgada por uno de los dos administradores mancomunados (el que no había sido separado de su cargo en dicha junta). De base a dicha escritura sirve una certificación incorporada a la misma en la que el nuevo administrador único manifiesta que tal acuerdo se aprobó en junta general universal, válidamente celebrada en el domicilio social el día 4 de mayo de 2012, estando presente y representado la totalidad del capital social. Aquel añade que el acuerdo se adoptó por unanimidad de todos los socios con derecho a voto, salvo el socio que también es administrador separado. Igualmente, expresa que el acta fue aprobada con el voto favorable de dos de los tres socios y el voto en contra del otro socio, es decir, el administrador separado. En la escritura consta que, conforme al art. 111 RRM⁶⁹⁻⁷⁰, se realizó la notificación correspondiente al administrador separado. Del mismo modo, consta en diligencia que este administrador contestó que tales acuerdos sociales habían sido impugnados por considerarlos nulos, que se iba a interponer querrela por falsedad en la certificación y que se iba a oponer a la práctica del asiento en el Registro Mercantil. El registrador mercantil resuelve no practicar la inscripción de los acuerdos sociales de cese de administrador mancomunado, cambio de sistema de administración y nombramiento para dicho cargo por falta de celebración de junta general de socios la reunión no se ha celebrado como universal, ya que no se han cumplido los dos requisitos exigidos por el art. 178.1 LSC, mientras que la celebración de la junta como no universal hubiese requerido la convocatoria por parte de ambos administradores mancomunados⁷¹. Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) acuerda desestimar el recurso.

Es preciso destacar además, que la celebración de la junta universal requiere que los socios se pronuncien al resto sobre la celebración de la reunión y sobre el orden del día de la misma. Esta exigencia tiene su razón de ser, por un lado, en que los socios normalmente se encuentran alejados

⁶⁸ Autores ROJO A. y BELTRÁN E, Comentario a la Ley de Sociedades de Capital. Thomson Reuters-Civitas, 2011.

⁶⁹ La certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado, sólo tendrá efecto si se acompañare notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, con cargo inscrito, en el domicilio de éste según el Registro. La notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas expresadas en del Reglamento Notarial (artículo 202).

⁷⁰ Reglamento del Registro Mercantil. Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio. (RCL 1996/2112)

⁷¹ *Vid. Supra*

de la gestión de los asuntos sociales, por lo que es necesario indicar expresamente los temas justificativos de la celebración de la reunión. Con todo, existe aceptación del orden del día tanto si éste se aprueba de forma directa, es decir, al aprobar un orden del día en el que existen varios puntos a tratar, como de forma indirecta, al aprobar la celebración de una junta en la que únicamente está previsto tratar una sola cuestión. A su vez, la falta de unanimidad respecto de algún punto concreto determina la exclusión del mismo del orden del día, pudiendo celebrarse junta universal respecto de las demás cuestiones sobre las que efectivamente ha recaído la aceptación unánime de los concurrentes.

Atendiendo al art. 178.1 LSC, la aceptación de la celebración de la reunión ha de realizarse por unanimidad. En una primera aproximación puede sorprender la exigencia para este supuesto concreto de unanimidad, frente a la regla general de mayorías aplicable en las sociedades de capital. Sin embargo, el mencionado criterio constituye el mecanismo para evitar problemas de desinformación e indefensión del socio disconforme con la celebración de la junta, de tal manera que la unanimidad garantiza que todos los socios conocen la celebración de la reunión así como los asuntos a tratar en ella, lo que, a su vez, constituye la finalidad última perseguida por los requisitos de convocatoria legal o estatutariamente exigidos. A ello se suma otra circunstancia como es que la unanimidad constituye un medio decisorio menos dificultoso en cuanto a su operatividad y comprobación práctica que el principio mayoritario, puesto que funciona de modo automático y es fácilmente constatable por todos, ya que decae desde el momento en que un solo participante expresa su opinión contraria. En cualquier caso, esta exigencia no implica que la misma haya de prestarse necesariamente de forma expresa, siempre, desde luego, que, de las circunstancias del caso concreto, se deduzca sin lugar a dudas la existencia de dicha aceptación⁷². E, igualmente, cuando se pruebe que el socio actuó como si estuviese reunido en junta universal; por ejemplo, mediante intervenciones, formulación de preguntas o votación de los asuntos.

Sin embargo, de la lectura de los hechos ocurridos en la junta de la mercantil *Bluer Aplicaciones, S.L.*, se deduce la oposición de uno de los concurrentes a tal celebración. En buena lógica, la manifestación en contra por parte de uno solo de los concurrentes es suficiente a efectos de impedir la válida constitución de la junta con carácter de universal.

Por otra parte, en sede de contenido del acta, el art. 97.1.4a RRM exige para el supuesto particular de junta universal que, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, se haga constar el nombre de los asistentes, que debe ir seguido de la firma de cada uno de ellos. A su vez, en caso de acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil, en la certificación que se expida ha de consignarse la circunstancia de que la junta se celebró como universal y que en el acta figura el nombre y la firma de los asistentes que sean socios o representantes de éstos.

En definitiva, la celebración de juntas con carácter de universal constituye una opción óptima en el marco de sociedades cerradas, con un número reducido de socios, los cuales deben estar bien avenidos. Como hemos señalado anteriormente, el distanciamiento entre los socios o los cambios en las relaciones personales conducen a situaciones de litigiosidad en la utilización de esta modalidad de junta; si bien el cumplimiento de los dos requisitos exigidos por el art. 178 LSC determina la válida constitución de la junta con carácter de universal. En buena lógica, no resulta suficiente la mera alegación de que la reunión ha sido celebrada como universal, sino que debe acreditarse la satisfacción de las circunstancias exigidas legalmente para su válida constitución. En particular, para el caso de acuerdos que deben inscribirse en el Registro Mercantil, tales circunstancias han de constar en la certificación de los acuerdos sociales o en la escritura o el acta notarial.

Con todo, la existencia de oposición por parte de uno solo de los concurrentes determina la imposibilidad de celebración de junta universal.

⁷² Así ocurrirá cuando al silencio se le pueda atribuir un valor positivo, como cuando nadie conteste a la pregunta de si alguien se opone a la celebración de junta universal o tiene algún inconveniente en celebrarla.

Efectos jurídicos del pacto de no competencia postcontractual

El pacto de no competencia postcontractual puede tener efectos jurídicos distintos en la medida que sea considerado válido o nulo. Por esta razón, en análisis de fondo en relación a la pregunta suscitada se distingue lo siguiente:

- 1- Entender que el pacto de no competencia es válido.
 - a. Análisis de los efectos jurídicos del incumplimiento del empresario.
 - b. Análisis de los efectos jurídicos del incumplimiento del trabajador
 - c. Intervención de un tercero en la relación.
- 2- Entender que el pacto de no competencia es nulo
- 3- Necesidad de un preaviso antes de la finalización de la relación laboral
- 4- Competencia judicial para resolver los litigios
- 5- Vertiente constitucional derivada del artículo 35 de la CE en la medida que se vulnera la libertad del trabajador.

1. Contextualización del pacto de no competencia postcontractual

Felipe firma un pacto de no competencia con Irenata S.A con el contrato de trabajo mediante el cual se comprometía a no realizar ninguna actividad después de extinguida la relación laboral. Como contraprestación, Felipe recibiría 300 euros mensuales y en caso de incumplir el pacto debería devolver las cantidades percibidas. De esta forma la calificación jurídica del pacto es relevante.

Por lo tanto se puede entender que el pacto de no competencia ha sido declarado válido y por lo tanto que ha habido un incumplimiento por parte del trabajador. Consecuentemente es preciso analizar las consecuencias jurídicas del caso aplicado a Felipe o que el pacto de no competencia ha sido declarado nulo y por lo tanto señalar si Felipe debe devolver las cantidades percibidas.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, la obligación de no concurrencia postcontractual no nace de la ley. Es fruto de la autonomía privada, generadora del pacto entre el empresario y el trabajador, quedando ambos, en virtud de lo estipulado, recíprocamente obligados. Como se ha mencionado anteriormente, y con base tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, requieren para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica. Se está, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del artículo 1256 del Código Civil no puede quedar al arbitrio de solo una de las partes⁷³. Por ello, la interpretación del pacto de no competencia lleva aparejado dos posibilidades.

2. Entender que el pacto de no competencia para una vez que se extingue el contrato es válido

El contrato de competencia para después de extinguida la relación laboral es válida cuando cumple los requisitos exigidos y existe un acuerdo entre las partes. Por esta razón el empresario deberá pagar la compensación económica pactada y adecuada y el trabajador tendrá que abstenerse de realizar una actividad laboral durante el tiempo pactado. En este punto, se analizará los efectos jurídicos de incumplimiento por parte del empresario, trabajador y los efectos jurídicos de la aparición de un tercero interviniente.

⁷³ España. Tribunal Supremo. de 5 de abril de 2004. Número de recurso 2468/03, reiterando la doctrina establecida en la de 24/9/90.

A- Incumplimiento del empresario

La eficacia del pacto de no competencia postcontractual se halla inexcusablemente condicionada al cumplimiento por parte del empleador de todos los requisitos exigidos *ex lege*. Su falta de cumplimiento en el plazo previsto genera importantes efectos jurídicos y ante este incumplimiento el trabajador podrá ejercitar distintas y variadas acciones. Todo ello teniendo en cuenta que el pacto de no competencia no se extingue por el incumplimiento del empresario de forma automática.

En primer lugar, el trabajador puede mediante una pretensión de cumplimiento, conseguir una sentencia condenatoria del empresario en la que se imponga el pago de la cuantía establecida y no pagada. En este caso, Felipe podría exigir al empleador de Irenata S.A las cantidades no satisfechas en el plazo de un año y de estimarse judicialmente la misma, instar la ejecución forzosa mediante el procedimiento laboral específico de ejecución dineraria⁷⁴.

En segundo lugar, Felipe podrá ejercitar judicialmente una acción resolutoria para extinguir el pacto de no competencia y poder así realizar cualquier actividad laboral. Para llevarla a cabo es necesario que la actuación del empresario sea grave y definitiva, no es suficiente el retraso mensual de un pago.

En tercer lugar, el incumplimiento empresarial dará lugar a una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento que el empresario le haya podido ocasionar a Felipe (artículo 1101 CC), puesto que el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar a la voluntad de uno de los contratantes⁷⁵.

B- Incumplimiento por parte del trabajador, Felipe.

Para la valoración del incumplimiento por parte de Felipe, la doctrina laboralista así como la jurisprudencia ha ido entendiendo que se incumplirá el pacto cuando el trabajador actúe en un mercado competitivo para su ex empleador o realice tareas relevantes para la empresa competitiva dentro del periodo del tiempo fijado en el pacto. En este caso, Felipe trabaja para una empresa de zumos que tiene el mismo objeto social que se antigua empresa. Por ello de ser válido el pacto Felipe incurriría en un incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual.

Este incumplimiento por parte de Felipe lo obliga a devolver al empresario la compensación o indemnización económica indebidamente percibida, aparte de responder por los daños y perjuicios que la violación del pacto haya ocasionado al empresario. Para la fijación de los mismos se tiene en cuenta de manera proporcional, las cantidades percibidas por el trabajador para la abstención de competencia y el tiempo en que el trabajador ha incumplido el contrato. Además de ello, puede ser demostrable por el empresario un nexo causal entre los daños y perjuicios sufridos y el incumplimiento del pacto de Felipe.

En este punto es interesante destacar como la devolución de las cantidades o la indemnización por daños y perjuicios se reputa en el sistema impositivo español.

Se trata como una pérdida patrimonial regulada en el artículo 33 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁷⁶ que en su apartado primero, establece que "son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos". A continuación, los apartados siguientes de este mismo artículo 33 se dedican a matizar el alcance de esta configuración,

⁷⁴ Ley reguladora de la jurisdicción social (reforma del año 2011, antiguamente se llamaba Ley de Procedimiento Laboral)

⁷⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7042)

⁷⁶ La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

apartados de los que procede referir aquí el número 5, donde se establece que no se computarán como pérdidas patrimoniales las no justificadas, las debidas al consumo, las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades, las debidas a pérdidas en el juego, las derivadas de las transmisiones de elementos patrimoniales, o de transmisiones de valores o participaciones admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores (...).

De acuerdo con lo anterior, la condena al pago de la indemnización o las cantidades ya satisfechas comportan para Felipe una alteración en la composición de su patrimonio (en cuanto surge una obligación de pago de una cantidad de dinero) que da lugar a una pérdida patrimonial, ajena totalmente a las recogidas en el artículo 33.5, y por tanto perfectamente computable como tal.

A la imputación temporal de las pérdidas y ganancias patrimoniales se refiere el artículo 14.1 c) de la Ley del Impuesto estableciendo que "se imputarán al período impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial", circunstancia que en el presente caso cabe entenderse producida en el período impositivo en que adquiere firmeza la sentencia condenatoria.

No obstante, cabe pactar anticipadamente la cuantía de la indemnización en el supuesto de incumplimiento, con la ventaja para el trabajador de que la empresa no podrá reclamarle una indemnización superior, aunque se pruebe que los daños y perjuicios inferidos no quedan cubiertos por la cuantía de la misma⁷⁷. Esta última cuestión nos acerca al problema de la licitud de las cláusulas penales que aseguran el cumplimiento de los pactos. El artículo 1152 CC afirma que en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Se persigue, de este modo, garantizar la obligación principal, en nuestro caso la no concurrencia del trabajador durante el período pactado. La jurisprudencia admite la validez de los pactos con cláusula penal en el caso de incumplimiento de la obligación de no concurrencia, aunque advierte que las cláusulas penales deben ser interpretadas restrictivamente para no incurrir en abusos injustificados⁷⁸.

Ante ello, el empresario podrá cesar del pago de la compensación económica además de pedir judicialmente la resolución del pacto de no competencia. A través de esta acción de cesación se evita que la conducta del trabajador siga llevándose a cabo. Puede ocurrir que el trabajador esté trabajando por cuenta propia en cuyo caso se exigirá el cierre del mismo. Sin embargo en el caso objeto de análisis, Felipe ha comenzado a trabajar como director para una empresa de Zumos, igual que lo hacía con anterioridad.

El empresario puede dirigirse contra Felipe en el plazo de prescripción de un año (art. 59.1 LET), a partir de que se hubiera ejecutado un único acto de concurrencia o desde que la concurrencia continuada hubiere cesado. Lógicamente, el empresario no puede ejercitar acción alguna contra Felipe hasta que el incumplimiento postcontractual se produzca o tenga conocimiento del mismo, y solo desde ese día (art. 1969 CC) empieza a correr el plazo de prescripción anual, de manera que si se deja transcurrir dicho plazo prescribirá la reclamación que el empresario tenía derecho a ejercitar⁷⁹. En este sentido si Irenata S.A conoció los hechos en el momento que Zumitos S.A contrató a Felipe, no podrá ejercer a día de hoy ninguna acción contra el mismo porque prescribió.

C- Intervención de un tercero que será el nuevo empleador de la empresa Zumitos S.A

En general se parte de la premisa de la eficacia relativa de los contratos, es decir, que entre el nuevo empleador y el anterior no existe ningún tipo de relación. En esta misma línea, cuando el trabajador

⁷⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 5 de febrero de 1990 (RJ 1990/821).

⁷⁸ GARCIA BLASCO J., y DE VAL TENA J., Libertad de trabajo y competencia en *Revista Jurídica Aranzadi* núm. 184/2016. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2016.

⁷⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 3 febrero 1991. (RJ 1991/790). España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª).Sentencia de 25 octubre. (RJ 2010/8456)

incumple el pacto de no competencia, el nuevo empleador no tendría responsabilidad alguna ni contribuiría a la indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, el tercero contratante no queda siempre inmune, pues existen casos en los que la actuación del nuevo empleador queda recogida en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal. Es este punto se recogen dos posturas:

- Inducción a la infracción contractual; la doctrina laboralista española, entiende como principio general que inducirá a la infracción contractual toda persona con conocimiento de causa que hace romper un pacto de no competencia y como consecuencia responderá extracontractualmente. De este modo, la jurisprudencia ha venido interpretando que cuando un trabajador que se encuentra vinculado a un pacto de no competencia, lo incumple dedicándose a un mismo sector, responderá contractualmente y el nuevo empleador por competencia desleal, regulado en el artículo 14.1 LCD. Ello será siempre y cuando el nuevo empleador tenga conocimiento del pacto.
- Puede ocurrir que sea el propio trabajador el que ofrezca sus servicios a un empresario competidor del ex empleador sin comunicarle la existencia de un pacto de no competencia, en este caso el nuevo empleador quedará inmune de responsabilidad. Cuestión distinta es que el nuevo empleador no conozca el pacto inicialmente pero conociera de su existencia más adelante, en este caso, corresponde calificar la conducta del nuevo empleador como ilícita entendida como aprovechamiento de la infracción contractual ajena, incardinada en el artículo 14.2. Por ello el nuevo empleador para no incurrir en responsabilidad deberá finalizar el contrato en cuanto tenga conocimiento del pacto y éste siga vigente⁸⁰.

Lo mencionado anteriormente puede ser una posibilidad dado el caso, es decir, puede ocurrir que Zumitos S.A conociese del pacto de no competencia de Felipe e Irenata S.A o que lo conociese con posterioridad. Sin embargo ello no consta en la redacción del texto por lo tanto se plasma como un posible efecto jurídico de la contratación de Felipe.

3. Entender que el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato es nulo.

Si el trabajador entiende que faltan algunos de los requisitos legales exigidos para la validez del pacto de no competencia postcontractual, puede, aun habiendo firmado el mismo, solicitar judicialmente la nulidad del acuerdo suscrito a través de una reclamación de reconocimiento de derechos. En caso de ser así, y entender que el pacto de competencia postcontractual ha sido declarado nulo por no cumplir uno de los requisitos, compensación económica adecuada⁸¹, la razón que se suscita es si Felipe debe devolver las cantidades percibidas, es decir, 23.400 euros⁸².

Para resolver la controversia es importante señalar que la nulidad del pacto en cuestión implica una nulidad parcial del contrato de trabajo y, por ende, determina la aplicabilidad del artículo 9.1 del ET, el cual establece la validez del contrato en caso de resultar nula sólo una parte del contrato de trabajo, es decir, permanecerá válido en lo restante. Además, cuando el trabajador tenga asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano del orden social de la jurisdicción que declare la nulidad debe pronunciarse sobre la subsistencia o supresión, en todo o en parte, de dichas condiciones o retribuciones (art. 9.1, párrafo segundo, LET)⁸³. Dicho en otras palabras, el contrato de trabajo es válido pero el pacto de no competencia es nulo, por ello, se trata de una nulidad parcial del contrato. La cuestión suscitada es la devolución de las cantidades percibidas de la parte nula del contrato.

⁸⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*. Ciencias jurídica, Madrid, 1998. Págs. 240-252.

⁸¹ *Vid.Supra*. Pág. 8

⁸² Corresponde a los 300 euros por cada mes trabajó para Irenata S.A, desde 2008 hasta 2014.

⁸³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1º) Sentencia núm. De recurso 614/2011 de 20 junio 2012. (RJ 2012/8344)

De haber percibido el trabajador una compensación económica, la nulidad del pacto de no competencia postcontractual, ya sea por resultar abusivo o por no cumplir alguno de los requisitos que el artículo 21.2 LET establece para la validez de este tipo de pactos conllevará la obligación de aquel de reintegrar las cantidades percibidas, puesto que dicha compensación no retribuye la prestación de servicios, sino que constituye una indemnización por el compromiso de no concurrir. De este modo, Felipe que tenía asignadas unas retribuciones especiales en virtud del pacto de no competencia postcontractual, deberá devolver las cantidades percibidas por tal concepto. El fundamento de la condena a la devolución de las cantidades no es, pues, que se haya incumplido un pacto que se ha declarado nulo con anterioridad, sino, la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.

4. La extinción del contrato de Alta Dirección por dimisión del Alto Directivo. Necesidad de un preaviso.

Esta cuestión debe ser analizada de acuerdo al artículo décimo 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 y no cabe aplicar por remisión lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. En el DAD⁸⁴, se regulan dos tipos de extinciones del contrato laboral, la dimisión provocada o indemnizada en la que no se profundizará porque se trata del incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del empresario y la extinción por dimisión voluntaria u ordinaria la cual es llevada a cabo por Felipe.

Felipe como director de la empresa puede manifestar su voluntad de forma unilateral para finalizar el contrato. Esta manifestación puede adoptar cualquier forma. Sin embargo debe cumplir dos requisitos, el primero de ellos que ha de ser una manifestación inequívoca, no bastarían meros indicios y el segundo que deberá apartarse de la relación laboral de forma completa y no de ciertas responsabilidades o funciones. La única exigencia es la prevista en el artículo 10, la de mediar un preaviso. De esta forma, el directivo deberá poner en conocimiento a la empresa de la voluntad de extinguir el contrato de trabajo de alta dirección con un plazo mínimo de tres meses que se podrá prolongar hasta seis en el caso que el contrato pactado tenga una superior a 5 años o sea indefinido. En aquellos casos en los que no se incumpla este preaviso, el empresario tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del plazo incumplido por el alto directivo. En el caso objeto de análisis Felipe decide presentar su carta de dimisión el 26 de febrero de 2014 y abandonar la empresa 15 días después por lo que se entiende que no ha habido preaviso suficiente y por lo tanto corresponde a Irenata S.A percibir una indemnización por parte de Felipe debido a su incumplimiento.

5. Competencia judicial para resolver los litigios en materia de competencia postcontractual.

La competencia judicial para resolver cualquier controversia sobre la validez y eficacia del pacto de no concurrencia postcontractual, así como para determinar las responsabilidades por su incumplimiento, incluyendo la reclamación de daños y perjuicios, se reserva a los órganos jurisdiccionales del orden social, por traer causa aquel pacto del contrato de trabajo celebrado entre las mismas partes.

❖ ¿Hasta qué punto un vínculo contractual puede vulnerar, cercenar o limitar el derecho constitucional al trabajo, sobre todo en el mundo actual de la globalización mercantil y la superespecialización funcional, y limitar así el espacio de empleo del trabajador que carece del mismo?

Vertiente constitucional derivada del artículo 35 CE

En este contexto es preciso destacar la libertad del derecho al trabajo que tiene una persona. Derecho reconocido en la Constitución Española en su artículo 35.

La Constitución Española reconoce unos principios básicos para los trabajadores tales como la libre elección de profesión u oficio, la libre sindicación, la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo, la huelga, la reunión y la participación en la empresa y a una remuneración adecuada y suficiente. En contrapartida, son deberes laborales cumplir con las obligaciones concretas de cada puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y la diligencia, observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten, cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, no concurrir con la actividad de la empresa, contribuir a la mejora de la productividad, y finalmente, los derechos derivados de los respectivos contratos de trabajo. Cuando un empleador propone un pacto de no competencia postcontractual, está limitando estos derechos, sin embargo se entiende como accesorio al contrato del trabajo y de este modo debe ser respetado.

El derecho laboral es un derecho dinámico que debe ser promovido por los Poderes públicos, así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de junio estableciendo que el derecho a un puesto de trabajo desde un punto de vista individual, confiere al trabajador el no ser despedido si no existe justa causa.

En el apartado segundo del artículo 35 se establece la regulación del Estatuto de los Trabajadores el cual no se limitará a hacer una reserva de la ley sino que el legislador establecerá un régimen jurídico específico para los trabajadores. Así, en el marco de sus disposiciones generales, el Estatuto de los Trabajadores regula su ámbito de aplicación que comprende a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

En definitiva, para vulnerar el artículo 35 de la Constitución Española la causa debe ser extremadamente necesaria. El pacto de competencia al que se ha hecho alusión con anterioridad debe cumplir todos los requisitos para su validez, no dejando ninguno de ellos a la voluntad de las partes.

¿Podrá Irenata S.A realizar acciones contra Zumfruit S.A?

- Hechos relevantes.

La empresa de zumos Irenata S.A se dedica a la fabricación, envasado y distribución de zumo de frutas desde 1930. Dicha empresa está consolidada en el mercado por su larga trayectoria e identidad. Comercializa los zumos en una botella de plástico naranja, con el tapón rosa y con la Torre de Hércules en relieve. En el año 2013 aparece otra empresa Zumfruit S.A dedicada también a la comercialización, fabricación y envasado de zumos de frutas y lo hace mediante un envasado de plástico naranja, cubierto con una pegatina roja y la Torre de Hércules impresa en color negro.

- Regulación del derecho de marca
- Exclusividad del derecho de marca
- Riesgo de confusión con el público consumidor
- El renombre de la marca
- Competencia desleal entre empresarios

Acciones que podrá ejercitar Irenata S.A

1. Introducción legislativa

En primer lugar es preciso destacar que la empresa Irenata S.A tiene registrada la marca a través de una descripción de la misma, es decir, una botella de plástico naranja con un tapón rosa y la torre de Hércules en relieve. De acuerdo al artículo 4 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas; una marca es aquella susceptible de ser representada de forma gráfica a través de la cual se puedan distinguir los productos o servicios de los empresarios en el mercado. En un sistema competitivo de economía de mercado es indispensable que existan signos distintivos que permitan identificar y diferenciar a las empresas y sus productos. La función principal de la marca es indicar al consumidor o usuario el origen empresarial del producto. De este modo el empresario puede llevar a cabo la efectiva protección de sus signos distintivos mediante la inscripción en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). En la misma línea es posible la protección a través de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)⁸⁵. Para llevar a cabo el análisis de la cuestión suscitada se puede entender que la marca tiene una protección comunitaria. Por este motivo se analizará conjuntamente la regulación interna y la comunitaria.

En lo relativo al sistema de marcas europeo cabe destacar la Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros la cual ha realizado una armonización en materia de marcas. En este contexto esta directiva se plasma en la actualidad a través de la Directiva de la Unión Europea 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas⁸⁶ con el fin de facilitar a las empresas un mayor carácter distintivo de sus productos en el mercado. En este sentido, evitar una incoherencia por parte de los Estados Miembros con vistas al buen funcionamiento del mercado interior y a la libre circulación de mercancías, prestación de servicios o para evitar el falseamiento de las condiciones de competencia en el mercado común. Mediante esta Directiva además no se

⁸⁵ Con la entrada en vigor, el 23 de marzo, del Reglamento nº 2015/2424 por el que se modifica el Reglamento sobre la marca comunitaria, la OAMI ha pasado a denominarse Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) y la marca comunitaria se convierte en la marca de la Unión Europea.

⁸⁶ Directiva que modifica la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

pretende una aproximación de todas las legislaciones de los Estados Miembros, sino solo de aquellas que tengan incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado interior.

Para la interpretación del presente caso también es preciso tener en cuenta el análisis que se realiza en los Reglamentos Comunitarios. Especial referencia al Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009 sobre la marca comunitaria⁸⁷.

La marca objeto de análisis se entiende que ha sido válidamente registrada por cumplir los requisitos exigidos, es decir, ha superado el examen de fondo en lo que se refiere a las prohibiciones absolutas del artículo 5 de la Ley de Marcas y en lo que se refiere a las prohibiciones relativas ha prescrito la posibilidad porque es de dos meses y la empresa lleva en el mercado desde el 1930. Por todo ello se realizará un análisis de las acciones que podrá ejercitar Irenata S.A contra la empresa Zumfruit S.A en caso de proceder.

Una empresa registra su marca de acuerdo a la Clasificación de Niza, bien sea como sistema principal, bien como sistema auxiliar, y deberá hacer figurar en los documentos y publicaciones oficiales de sus registros el número de las clases de la Clasificación a las que pertenecen los productos y servicios para los que se registran las marcas. El uso de la Clasificación de Niza es obligatorio no sólo para el registro nacional de marcas en los países parte en el Arreglo de Niza, también lo es para el registro internacional de marcas que lleva a cabo la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en virtud del *Arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas*, y del *Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas*, así como para el registro de marcas efectuado por la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) de la Unión Europea (OAMI), la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), la Organización Benelux de la Propiedad Intelectual (OBPI) y la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO).

Para llevar a cabo el estudio de dicha cuestión se analizará en primer lugar la posibilidad de ejercitar acciones mediante la Ley de Marcas 17/2001 de 7 de diciembre y en segundo lugar y subsidiariamente mediante la Ley de competencia Desleal 3/1991 de 10 de enero.

2. Análisis de la Ley de Marcas

2.1 Vertiente negativa y positiva del derecho en exclusiva del uso de la marca.

El artículo 34.1 de la Ley de Marcas hace referencia a la exclusividad que se le otorga al titular de una marca registrada frente a terceros. Esta protección está unida a la necesidad de proteger una creación de la mente humana, es decir, la marca se entiende como un bien inmateria que carece de una materialidad física la cual es perceptible al exterior por los medios adecuados⁸⁸. Del mismo modo, esta protección cobra mayor importancia dado la presunción de validez llevada a cabo por la OEPM ya que comprueba que no concurren prohibiciones absolutas obviando las prohibiciones relativas⁸⁹.

⁸⁷ El cuanto modifica el Reglamento (CE) nº 2868/95 de la Comisión de 13 de diciembre de 1995 por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria. El reglamento 40/94 es a través de cual se crea un signo distintivo cuyos efectos se extienden a todo el territorio de la Comunidad.

⁸⁸ GALÁN CORONA, E. "Derechos conferidos por la marca" en AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., GARCÍA-CRUCES, J. A., Comentarios a la LEY de Marcas, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 529-532. ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES, Comentarios a la Ley de Marcas, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 529-532

⁸⁹ Las prohibiciones relativas a nivel registral reguladas en el artículo 6 de la Ley de Marcas, protegen a la marca prioritaria de una posible imitación de la misma. Antiguamente la OEPM revisaba de oficio la solicitud de registro de las marcas para comprobar que no incumple la exclusividad de una anterior. Sin embargo, dado el volumen de

El artículo 34 de la Ley de Marcas tiene una vertiente positiva y una vertiente negativa. La primera de ellas hace referencia a la existencia de un derecho positivo de uso del titular de la marca (apartado primero). Ello permite al titular de la marca el derecho a utilizarla en el tráfico económico. Así la propia LMa prohíbe la introducción en el mercado de signos distintivos cuya exclusividad pertenece a otro con el fin de introducirlos ilícitamente en el mercado comercializándolos o almacenándolos.

La segunda de ellas hace referencia al *ius prohibendi* (apartado segundo) es decir, el contenido negativo del derecho de uso de la marca. Este aspecto negativo versa sobre el consentimiento del titular del derecho de marca a utilizarlo. Un ejemplo de ello sería la sentencia referida a una lencería en Jaén la cual había abierto con el rótulo de “CHANEL”. En este aspecto el interés económico de CHANEL radica en prohibir al empleo de su denominación en dicha lencería pero no prohibir que se abran lencerías en Jaén⁹⁰.

2.2. Riesgo de confusión

Para el correcto análisis del riesgo de confusión es preciso destacar el artículo sexto de la Ley de Marcas en lo que se refiere al riesgo de confusión. El mismo constituye un concepto esencial en la Ley de Marcas puesto que en torno a él gira el ámbito de protección conferido al titular de una marca. Además también aparece reflejado en el artículo 4.1.b de la Primera Directiva 89/104/CEE. Versa sobre la existencia de riesgo de confusión de la marca solicitada con una marca anteriormente solicitada o registrada. Además esta misma similitud aparece reflejada en el artículo 5.1.b de la mencionada Directiva y el artículo 34.2 Ley Marcas. Tratándose de un riesgo de confusión con otra marca o signo distintivo derivada del derecho de exclusividad aludido anteriormente.

El riesgo de confusión es uno de los factores fundamentales para analizar la posible imitación de la marca. De acuerdo a la Primera Directiva 89/104/CEE este riesgo de confusión puede analizarse de acuerdo al conocimiento de la marca en el mercado, la similitud del signo y la marca que puede conllevar a una asociación incierta o la condición específica de la protección⁹¹. Entre todo ello, se puede destacar el riesgo de confusión entre la marca y el signo posterior. Reiterada jurisprudencia constituye un riesgo de confusión que el público pueda creer que los correspondientes productos o servicios proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente⁹², es decir, un error en el público de origen empresarial. En esta misma línea se han tenido en cuenta otros factores para determinar el riesgo de confusión:

A- La figura del consumidor medio

Se considera por consumidor medio a aquel consumidor que no tiene un especial conocimiento en la materia pero tampoco por el desconocimiento total de la misma. Esta afirmación es compartida con el derecho francés sin embargo no con el alemán. Por ello se ha intentado europeizar esta figura. En este contexto es interesante mencionar la sentencia del caso Lloyd⁹³. En primer lugar entiende que el consumidor medio percibe la marca como un todo, de forma generalizada y no por sus peculiaridades⁹⁴, en segundo lugar, como apreciación global, un consumidor medio no tiene la posibilidad de volver a comparar los productos, o dicho de todo modo, de diferenciar las marcas de forma directa y por lo tanto éste debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria.

solicitudes en la actualidad ya no se persigue de oficio sino mediante las oposiciones. Ello tiene un claro riesgo y es caducidad de la acción tras cinco años de la entrada en el mercado (prescripción por tolerancia).

⁹⁰ Audiencia Provincial de Granada. Sentencia de 30 noviembre 1992. (AC 1992/592)

⁹¹ Décimo considerando de la Primera Directiva 89/104/CEE relativa a la aproximación de legislaciones.

⁹² Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 4 de marzo de 2010. Asunto T-24/08 Weldebräu GmbH & Co. KG contra (OAMI), parte demandada, y en el que la otra parte en el procedimiento ante la Sala de Recurso de la OAMI, que actúa como parte coadyuvante ante el Tribunal, es Kofola Holding a.s.

⁹³ STJUE del 22 de junio de 1999, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH contra KlijsenHandel B*, (Asunto C-342/97)

⁹⁴ Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2007. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) contra Shaker di L. Laudato & C. Sas. (Caso Shaker, C-334/05).

Comparte la mencionada jurisprudencia el hecho de ser un consumidor medio atento, perspicaz y normalmente informado⁹⁵.

B- Análisis en cuanto a la semejanza de las marcas

Para poder llevar a cabo el análisis del riesgo de confusión por la semejanza de una marca con un signo posterior es necesario realizar un análisis en un triple plano; gráfico, fonético y conceptual. Sin embargo en este caso se trata de una marca registrada con una descripción de la misma, es decir, se trata de una botella de plástico naranja con un tapón rosa y la Torre de Hércules en relieve, caracterizándolo como una figura tridimensional. En este sentido no se puede realizar un análisis fonético ni conceptual por no existir un nombre ni tratarse de una marca denominativa. Por lo tanto solo se puede hacer un examen de tipo gráfico⁹⁶.

La marca gráfica es entendida como aquella que suscita en la mente del público una imagen del signo que es utilizado como marca. El público no lo relaciona con ningún objeto. Las susodichas se tienen que contemplar visualmente, de forma global, es decir, el impacto visual que tienen los consumidores en el producto. Por ello se entiende que las dos marcas confrontadas puede ocasionar en la mente del público una confusión porque no hay ningún signo conceptual ni fonético que permita la distinción.

Asimismo, la empresa Irenata S.A tiene una marca registrada bastante compleja, no solo por los colores significativos que la conforman sino también la marca tridimensional. Por este motivo ha sido numerosa la jurisprudencia ⁹⁷ que ha hecho hincapié en esta distinción: *“por lo que se refiere a la similitud gráfica, fonética o conceptual de las marcas en conflicto, la apreciación global del riesgo de confusión debe basarse en la impresión de conjunto producida por éstas, teniendo en cuenta, en particular, sus elementos distintivos y dominantes”* Consecuentemente se trata de dar prevalencia a aquellas elementos gráficos predominantes, en este caso, la Torre de Hércules como forma tridimensional crea una fuerza distintiva notable.

C- Marcas fuertes antes el riesgo de confusión

Se entienden como marcas fuertes aquellas que están dotadas de un elevado carácter distintivo. Esto puede ocurrir bien por el signo gráfico o bien por la fuerza que ha adquirido con el público. Así en la sentencia Caso “Sabel”, se entiende que el riesgo de asociación será más elevado cuanto mayor sea el carácter distintivo de la marca anterior. Del mismo modo, el caso “Canon⁹⁸” afirma que las marcas con este grado distintivo gozan de una mayor protección que las marcas cuyo carácter distintivo es menor. La asociación con una marca anterior hace referencia a la posibilidad de asociar los productos de una empresa con otra. Así, los consumidores de Irenata S.A podrán asociar su botella con el envase de Zumfruit S.A y de este modo entender que las empresas trabajan juntas o que una deriva de la otra.

Por todo lo mencionado con anterioridad, se entiende que puede existir un gran riesgo de asociación con la marca de Irenata S.A y con la de Zumfruit S.A. Ambas son zumos que se comercializan con envasados casi idénticos donde los colores son bastante significativos. Además poseen en el envase la Torre de Hércules, lo cual para un consumidor medio es relevante.

⁹⁵ Caso “Gut Springenheide” (Asunto C-210/96). Apartado 31 de la sentencia.

⁹⁶ STJUE de 11 de noviembre de 1997, *SABEL BV contra Puma AG*, (Asunto C-251/95)

⁹⁷ *Vid.supra* cita 14.

⁹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de septiembre de 1998, *Canon KabushikKaisha contra Metro-Goldwyn-Mayer Inc*, (Asunto C-39/97).

3. Marca renombrada

Se entiende como marca renombrada aquella cuya característica esencial es que trasciende al principio de especialidad⁹⁹.

Una marca es renombrada cuando posee fuerza distintiva única, singularidad competitiva, una posesión de estado en el mercado y una extendida vigencia en el tráfico. Las marcas renombradas presentan ciertas peculiaridades con respecto a las marcas ordinarias y es por este motivo por el que necesitan una mayor protección. Es notable destacar que la distinción entre marca renombrada y notoria es propia de la legislación española. A nivel comunitario e internacional no existe tal distinción. Se entiende que hay marcas que son notorias por distintas circunstancias y cuanto mayor facilidad para demostrarlo mayor será el grado de notoriedad. En la legislación nacional, la diferencia es clara, pues la marca notoria será aquella conocida por el público consumidor del producto o servicio mientras que la marca renombrada será conocida por el público en general. En el caso expuesto se dará trato a la marca de Irenata S.A como marca renombrada puesto que se está ante una legislación nacional y se entiende que es así por las razones que se exponen a continuación.

3.1 La marca renombrada en el Derecho Europeo y en el Derecho Español

La susodicha se encuentra regulada en el Derecho Europeo a través del Reglamento (CE) 40/1994 y de la Directiva 89/104/CEE. El artículo 4 de la misma dispone una protección en un doble plano: el de las prohibiciones y causas de nulidad y el reforzamiento del *ius prohibendi* del titular de la marca renombrada. Del mismo modo en el artículo 5 apartado segundo se alude a la prohibición de cualquier tercero al uso de la marca sin su consentimiento en el tráfico económico, en la medida de evitar la utilización del signo del titular de la marca sujeto a tutela sin justa causa para obtener una ventaja desleal o aprovecharse de su reputación.

En la ley de Marcas de 2001 la marca renombrada se encuentra recogida en el artículo 8 en su apartado tercero como “marca renombrada es aquella que es conocida por el público en general”. Un rasgo característico de la marca renombrada es que es portadora de un elevado *goodwill* o prestigio que se basa en la alta calidad de los productos, en la política publicitaria del titular o en la fuerza atractiva que *per se* posee el signo.

Sin embargo, aunque la marca renombrada es una figura importante del Derecho europeo de marcas, los contornos de la misma no están perfectamente limitados y hay claras divergencias. Ello ocurre porque se regula una protección más allá de la regla de la especialidad y por lo tanto hay discordancia en la terminología utilizada en cada versión. Por un lado la Directiva 89/104/CEE usa la expresión *marca que goce de renombre* y en segundo lugar en la versión española se usa la expresión *marca notoriamente conocida*. En este contexto cabe señalar la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo el 14 de septiembre de 1999 que resuelve el caso “*General Motors Corporation contra Yplon, S.A*”. Como se reproduce en la doctrina, este caso no es demasiado esclarecedor y no fija los contornos de la marca renombrada aunque establece unas pautas que el Juez nacional debe tener en cuenta; el primero que la marca renombrada tiene que ser conocida por el sector del público interesado en adquirir correspondientes productos o servicios y el segundo que el suficiente que una parte del público delimitado conozca la marca que aspira a ser calificada como una marca renombrada. Por todo ello se entiende que la marca renombrada constituye una categoría superior a la marca notoriamente conocida. Entendida como aquella que es conocida también por los círculos interesados correspondientes acerca de la calidad de los productos derivados de la marca así como su reputación en el tráfico económico.

⁹⁹ La regla de la especialidad se basa en la imposibilidad de registrar una marca para el mismo sector o sectores. Cuando una marca es renombrada, la regla de la especialidad se rompe porque no se puede registrar similar o idéntica marca aunque los sectores sean distintos.

De cualquier modo, como indica la STJCE de 18 de junio de 2009 (Asunto L'Oreal)¹⁰⁰, la violación de la marca notoria exige un determinado grado de similitud entre la marca y el signo, en virtud del cual el público pertinente relaciona el signo con la marca, es decir, establece un vínculo entre ambos, pero no los confunde. Por lo tanto, no se exige que el grado de similitud entre el signo utilizado por el tercero y la marca notoria sea tal que exista, para el público pertinente, un riesgo de confusión. Por lo tanto basta con que el grado de similitud entre el signo y la marca notoria tenga como efecto que el público pertinente establezca un vínculo entre el signo y la marca.

La marca de la empresa Irenata S.A se ha implantado en el mercado en los años treinta. Es una marca con una reconocida reputación y que está fuertemente consolidada en el mercado. Es por estos motivos que se entiende que es una marca renombrada la cual goza de una protección jurídica mayor.

Como bien se establece en la sentencia Lloyd este renombre de la marca se puede observar mediante la extensión geográfica de la marca, la duración del uso de la marca desde su concesión en el año 1930, y mostrar su uso continuado a través de canales en varios dominios de Internet o prensa escrita. Inversión en publicidad y comunicación, valoración de la marca demostrándolo con cifras de facturación mercantil, así como la organización de eventos y el prestigio alcanzado en el mercado a través de la imagen que se ha construido. Todos estos datos son necesarios para realizar un estricto análisis. En el caso objeto de análisis no se especifican estos datos, sin embargo, se pueden deducir de la larga trayectoria y consolidación que la marca tiene en el mercado.

4. Análisis de acuerdo a la Ley de Competencia Desleal

4.1 Riesgo de confusión de acuerdo a la LCD

De acuerdo a lo establecido en el artículo sexto de la Ley de Competencia Desleal, es posible hablar de un acto de confusión en la medida que una empresa utiliza signos distintivos ajenos y que éstos sean susceptibles de generar error acerca de la procedencia empresarial, las prestaciones o los establecimientos por ellos distinguidos, y que, por su propia naturaleza pueda afectar a los legítimos intereses económicos de los consumidores. Con esta definición protege a los consumidores para que no se vean desviados en sus decisiones económicas y se aleja de la desventaja competitiva mediante la utilización de signos identificadores de otro operador económico, es decir, de los intereses de los competidores. Por ello se entenderá como una práctica comercial engañosa aquella que provoque que el consumidor medio tome una decisión distintiva a la que hubiera tomado en una operación¹⁰¹. Además, la utilización de signos distintivos ajenos susceptibles de provocar riesgo de asociación podrían considerarse actos de engaño o bien como una práctica desleal susceptible de perjudicar los intereses económicos de los consumidores¹⁰². El mencionado artículo y del mismo modo la Directiva, están fuertemente unidos al artículo 20 de la misma Ley¹⁰³.

Los consumidores y usuarios son decisores ya que son los destinatarios de los productos o servicios y para que puedan serlo es necesaria una transparencia suprema en los productos y servicios de que se trata y también en el origen empresarial. Así a través de los signos distintivos que otorgan al titular de la marca una protección, indirectamente también protegen al consumidor para que las prácticas comerciales no les induzcan a error.

¹⁰⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera). Sentencia 18 de junio de 2009. Caso L'Oréal SA.

¹⁰¹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

¹⁰² *Ibidem* Artículo 6.1.f

¹⁰³ *En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios.*

Sin embargo para que el artículo 20 pueda tener aplicabilidad es necesaria una falta de diligencia profesional y susceptibilidad de que la práctica distorsione el comportamiento económico del consumidor¹⁰⁴. Esta negligencia puede ser fácilmente mostrada por Zumfruit S.A porque Irenata S.A es una empresa que lleva comercializando y distribuyendo sus productos desde los años treinta y que además goza de renombre y los actos se han llevado de la misma manera, consecuentemente ocasionarán en los consumidores una distorsión económica. Del mismo modo, en la jurisprudencia se ha entendido este artículo 20 en tanto se aplicará comportamientos del empleo de cualesquiera medios de identificación o diferenciación que puedan ocasionar error en los consumidores acerca de la procedencia empresarial, entendiéndose por medios de identificación aquellas creaciones formales como envases, etiquetas etc., como viene a ser el caso¹⁰⁵.

Con todo, es preciso mencionar también el artículo 6 de la LCD como un precepto general que regula los actos de confusión pero también se puede entender conjuntamente con el artículo 11 en su apartado segundo, el cual versa sobre el aprovechamiento de la reputación ajena por la práctica desleal en los actos de imitación confusionista¹⁰⁶.

5. Acciones que podría ejercitar Irenata S.A contra Zumfruit S.A de acuerdo a la Ley de marcas.

En el año 2013 se tiene constancia que la empresa Zumfruit S.A aparece en el mercado fabricando, comercializando y almacenando zumos de frutas, sin embargo nada se alega sobre su registro. Existen distintos cauces para ejercitar acciones que lesionen el derecho del titular de una marca. Para ello es necesario distinguir si la marca de Zumfruit S.A está registrada o si no lo está. Ello tiene su razón de ser porque en los casos en los que la marca está siendo usada sin un título que lo habilite existe una infracción de marca, contenida en la LMa.

5.1 Acciones contra Zumfruit S.A como marca no registrada.

Esta acción es muy importante y permite al titular la marca ir contra aquellos que lesionen su derecho, no respetando la exclusividad que la marca otorga en el uso a un determinado signo distintivo. Estas acciones contempladas en el artículo 41 LMa y que puede ejercitar mediante la vía civil son las siguientes:

A- Acción de cesación

Esta acción contemplada el artículo 41.1 tiene una doble función ya que es represiva y preventiva. Con ella se pretende por un lado terminar con la infracción del derecho exclusivo y por otro lado el riesgo de repetición de la misma pues una vez que se inserta en el mundo empresarial presumiblemente se va a repetir en el futuro. Por lo tanto ejercitar una acción de cesación otorgaría al titular de la marca una seguridad en la medida que se paralizarían los actos de violación de derecho y también la prohibición de los que aún no se han puesto en marcha. Para llevar a cabo esta acción es preciso para Irenata S.A acreditar la vulneración del derecho de marca así como el peligro de continuidad de la violación o el riesgo de confusión al que ya se ha hecho referencia. En este caso, es notable destacar que la acción de cesación se interpone independientemente que haya habido buena fe, o dicho de otro modo, la acción podrá ejercitarse aunque no haya habido negligencia o culpa de Zumfruit S.A. Ello si se tendrá en cuenta para la indemnización de daños y perjuicios¹⁰⁷.

B- Indemnización por daños y perjuicios.

Esta acción tiene una función compensatoria pues se llevará a cabo para suplir lo no ejercitado por la acción cesatoria. Sin embargo desde un punto de vista práctico actúa de un modo preventivo para

¹⁰⁴ Artículo 4 LCD

¹⁰⁵ CURTO POLO M., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A., *Comentarios a la LCD*. Madrid, Aranzadi, 2011. Págs. 151-152

¹⁰⁶ En este punto me remito a lo mencionado para la marca renombrada.

¹⁰⁷ *Vid. Infra* pág. 41

que no se siga violando el derecho exclusivo de la marca o disuadir posibles actos de violación en el futuro. Para ejercitar esta acción existen una serie de supuestos que facilitarán la contabilización de los mismos. Para ello se tendrá en cuenta la intención subjetiva, la relación de causalidad, los daños causados o si la marca fuese notoria o renombrada.

En caso de que la empresa Zumfruit S.A no responda al requerimiento de cese de la violación de derecho de utilización de la marca de Irenata S.A¹⁰⁸, después de la advertencia de la misma, se hará constar este hecho como relevante para el cálculo de la indemnización.

En cuanto a la culpa o negligencia de Zumfruit S.A, ello se tendrá en cuenta en la medida que tuviese conocimiento de la existencia de la marca de Irenata S.A, es decir, para cumplir este requisito es necesario demostrar que Zumfruit S.A desconocía la marca¹⁰⁹. Ello es algo complicado tras haber demostrado que la marca de Irenata S.A es una marca renombrada en el tráfico económico y por lo tanto muy difícil de contradecir.

En lo que se refiere a esta acción es necesario hacer referencia al ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva y la subjetiva. Por una parte la responsabilidad objetiva alude en primer lugar al infractor de la marca, es decir, Zumfruit S.A, por ser quien ha violado el derecho de exclusividad de la marca y en segundo lugar a los responsables de la primera comercialización de los productos ilícitamente marcados. Siempre y cuando versen en colocar el signo en los productos o en su representación o en los envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de ornamentación o identificación de los productos, así como elaborarlo, prestarlos o fabricarlos. Por otra parte, la responsabilidad subjetiva hace referencia a la comercialización de los productos o almacenaje, la importación o exportación del signo, la utilización del mismo para publicidad o en redes telemáticas de comunicación y como nombre de dominio. En este contexto, estos últimos se consideran menos graves que los primeros.

Es preciso demostrar la responsabilidad objetiva de Zumfruit S.A y con ello me remito a lo mencionado anteriormente. Las marcas notorias, así como las renombradas, son reconocidas por el público en general y el uso de un signo distintivo de la marca ocasiona un aprovechamiento ilícito en beneficio de Zumfruit S.A.

Aunque estos son requisitos que facilitan el cálculo de las indemnizaciones sigue siendo notable la dificultad para cuantificar la cuantía. Existen dos módulos de cálculo el primero de ellos un cálculo de los daños sufridos por la parte perjudicada y también los daños morales y por otro de forma alternativa y a la alza, basado en la remuneración que ha dejado de percibir. Se contempla además en numerosa jurisprudencia el daño infringido por la reputación y el prestigio de la marca.

En cuanto al contenido de la acción indemnizatoria los daños y perjuicios ocasionados son de índole patrimonial o extrapatrimonial, susceptible de evaluación económica y concreción. Es necesario fijar unas bases para llevarlo a cabo. Se tendrá en cuenta por una parte la pérdida material experimentada por Irenata S.A haciendo referencia a factores de interés o factores de menoscabo y por otra parte las ganancias dejadas de obtener (daño emergente y lucro cesante¹¹⁰). El problema de esta cuestión se suscita en la medida de probar los daños y perjuicios. En cuanto a la aplicación de la doctrina jurisprudencial exige por un lado que se pruebe la existencia o extensión del daño y por otro se entiende que es muy difícil de cuantificar y por ello hay que presumirlo. Es este último caso es el legislador el que de manera abstracta establece una cuantía que corresponde al

¹⁰⁸ Vid. *Infra* advertencia suficiente y requerimiento de que cese la violación del derecho.

¹⁰⁹ Cit. Pág. 2. Comentarios a la LEY de Marcas, Thomson Aranzadi. “Para que pueda exigirse el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la culpa o negligencia es indispensable la justificación cumplida de la exigencia de culpa o negligencia atribuida al demandado, entendida como obrar sin el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio del bienes ajenos”

¹¹⁰ Artículo 1106 Código Civil: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener.”

enriquecimiento injusto por parte de Zumfruit S.A en este caso por la intromisión ilícita en el derecho de Irenata S.A.

Irenata S.A para llevar a cabo la acción indemnizatoria optará por los beneficios que ha dejado de obtener mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación por parte de Zumfruit S.A. Por la dificultad de la prueba es preciso poner a disposición de un Tribunal, y de forma complementaria, los beneficios de la empresa infractora. Para ello cabe señalar que será necesaria la entrega de los libros de contabilidad como medio de prueba para así establecer el volumen de ventas u otras informaciones relevantes en cuanto a las ganancias obtenidas y permitir al juez una interpretación conjunta de las mismas.

C- Adopción de medidas necesarias para evitar que prosiga la violación

De acuerdo al apartado siguiente del mencionada artículo, se podrá llevar a cabo la remoción, es decir, la destrucción o cesión con fines humanitarios de los productos que infringen el derecho que será siempre a costa del demandado, Zumfruit S.A, que serán incluidas en las costas del juicio. Ello no será necesario cuando se pueda retirar el signo sin producir un menoscabo en el producto.

Con todo ello puede además Irenata S.A solicitar que se publique la sentencia a costa de Zumfruit S.A, donde se declare la violación de la marca. De este modo, a la resolución judicial podrá acceder cualquier interesado.

D- Publicación de la sentencia

Irenata S.A puede solicitar que se publiquen anuncios y notificaciones de la resolución de la sentencia a costa de Zumfruit S.A. Básicamente es por resarcimiento de daños morales en cuanto a circunstancias que requieren una cabal información para los consumidores y profesionales del sector.

El plazo para llevar a cabo todas estas acciones prescribe a los cinco años.

5.2 Acciones contra Zumfruit S.A en el caso de que la marca estuviese registrada

A- Oposición a la resolución de la OEPM

Desde el momento en el que se solicita la marca, el titular del derecho en exclusiva, en este caso Irenata S.A, puede oponerse al registro de la misma, haciendo valer sus derechos. Se podrá hacer referencia tanto a las prohibiciones absolutas como a las prohibiciones relativas. Es necesario acompañar todos los documentos relativos a la justificación de su oposición y junto a él abonar una tasa (la cual suele rondar sobre los 100 euros en España pero a nivel internacional depende de cada país). Esta oposición se realiza ante la Oficina Española de Patentes y Marcas. Tiene un cariz administrativo por lo que únicamente se va a poder revisar los datos aportados en la solicitud, en ningún caso se pueden introducir argumentos nuevos.

La suspensión es el efecto de la oposición y hasta que se resuelva no se continuara con la vida de la marca. La respuesta al suspenso por parte de la OEPM puede ser con la retirada de la solicitud, con la limitación o la modificación. Por lo tanto la OPEM resolverá concediendo o denegando la marca.

B- Recurso de Alzada ante la nueva resolución de la OEPM

En el caso de que la OEPM concediera a Zumfruit S.A la marca registrada cabría un recurso de alzada. Ello se hace constar de acuerdo al artículo 31 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante el cual se considera que Irenata S.A está interesada en el procedimiento administrativo por ser titular de un derecho en exclusiva de marca. Es procedente llevarlo a cabo porque la resolución anterior no pone fin a la vía administrativa. Dicho recurso se interpone en el plazo de un mes (nota al pie artículo 48 de la ley). Es interesante destacar en este caso que la interposición del recurso está sujeto a tasas que serán devueltas en caso de ser estimado el recurso por acogerse a razones jurídicas, que indebidamente apreciadas en la resolución, fueran imputables a la OPEM.

C- Recurso contencioso administrativo

En el caso de ser desestimado el recurso de alzada puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante los tribunales de la jurisdicción contenciosa¹¹¹. Cabe destacar en este concepto que en caso de ser desestimado, Irenata S.A será condenada a costas. Además en este caso también se podría acudir a la acción civil por nulidad de la marca, sin embargo podría resultar difícil ya que no cabe demandar ante la jurisdicción civil la nulidad de una marca invocando la misma causa de nulidad que hubiera sido ya objeto de pronunciamiento en sentencia dictada en recurso contencioso-administrativo. En este caso Irenata S.A podría optar por una u otra jurisdicción.

Se ha visto conveniente resaltar el procedimiento anterior para el caso de que la pregunta objeto de análisis fuese en años anterior porque si el caso se resuelve atendiendo a la fecha actual, el plazo de oposición ha prescrito pues, es de dos meses desde la publicación a contar desde la publicación de la solicitud por lo que esta posibilidad ha prescrito.

D- Acciones civiles

En este caso, y atendiendo a la actualidad, es posible que Irenata S.A envíe un requerimiento a Zumfruit S.A para que cese en el ejercicio que venía realizando. En caso de no responder favorablemente Irenata S.A podrá acudir a la vía civil para llevar a cabo la nulidad de la marca de Zumfruit S.A. Ello puede hacerlo porque el plazo es de cinco años desde el momento de la publicación de la concesión de la marca.

En la pretensión civil Irenata S.A puede alegar que la conducta de Zumfruit S.A vulnera lo dispuesto en el art. 34.2, b) y c) de la Ley de Marcas. El motivo es que los envases de ambas marcas son visualmente similares, además de la semejanza de los productos, pues ambas se dedican a la fabricación, envasado y comercialización de zumo de frutas. Así, el envase de Zumfruit puede ocasionar un riesgo de confusión indirecto al público al pensar que los zumos pueden provenir de la misma empresa. La marca de Irenata S.A tiene protegida su marca a través de la descripción de la misma y por lo tanto un derecho en exclusiva para su uso. En la misma línea la marca de los zumos Irenata S.A ya se ha alegado que es renombrada y por lo tanto la competidora conocía la marca. Uno de los criterios básicos y principio general comúnmente admitido en el Derecho de Marcas viene referido a que cuando la marca oponente es notoriamente conocida y además se refiere a idénticos productos hay que extremar el rigor comparativo entre las marcas enfrentadas a los efectos de evaluar si existe o no riesgo de confusión.

El conocimiento de estos litigios como regla general le corresponde a los órganos de la Jurisdicción ordinaria y dentro de ellos al Juez de Primera Instancia donde tuviera el domicilio del demandado. En el caso objeto de análisis no se tiene conocimiento del domicilio de Zumfruit S.A. Sin embargo, por razones de especialización, el legislador ha requerido residenciar los procedimientos de propiedad industrial en los Juzgados de las ciudades donde tenga sede el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas. Si Zumfruit S.A tuviese el domicilio en cualquier provincia de Galicia, serían los Juzgados de A Coruña donde se llevaría a cabo el procedimiento.

E- Acciones penales

Bajo el epígrafe de “la posibilidad de ejercitar acciones civiles o penales” será el titular de la marca quien pueda ejercitar tales acciones. Sin embargo, solo podrá elegir cuando se trate de una acción de violación e indemnización de daños y perjuicios. En los demás casos solo podrá ejercitar la acción civil. En este punto es necesario tener en cuenta que para ejercitar la vía penal es necesario que cumpla unas determinadas circunstancias objetivas y subjetivas¹¹². Serán castigados por un delito de violación de marca con una pena de seis meses de prisión a dos años y multa de 12 a 24 meses, el que con fines industriales o comerciales, imite, modifique o altere, o de otro modo utilice un signo distintivo registrado, a sabiendas de su registro, para distinguir los mismos o similares productos, servicios o actividades. Sin consentimiento del titular que goza del derecho exclusivo de

¹¹¹ Competente esta jurisdicción por tratarse de pretensiones que se deducen en relación con los actos de la administración pública sujeto a derecho administrativo conforme al artículo primero de esta ley.

¹¹² Artículo 247.1. CP.

la marca. Incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente los productos, sin el debido consentimiento. La pena podrá ser agravada por el juez cuando valore el beneficio económico, el valor de los objetos producidos ilícitamente o la importancia de los perjuicios causados.

Con todo, es notable destacar que acudir a la vía penal tiene sus limitaciones y en ocasiones es más difícil demostrar. En la jurisdicción penal rige los principios de intervención mínima, lesividad y proporcionalidad por lo que solo deben sancionarse aquellos delitos dolosos que produzcan una grave vulneración para el bien jurídico protegido¹¹³. Por lo tanto para que Irenata S.A pueda llevar a cabo la vía penal es necesario que la conducta de Zumfruit S.A produzca una vulneración de la LMa y conciencia clara de que su actuación supone un plus de ilicitud con posible alcance penal, de modo que esto no podrá justificarse si hay una posible justificación. Además de todo ello, es necesario demostrar que Zumfruit S.A tiene unos fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular del derecho de marca, y con conciencia del registro de la marca anterior. Para llevar a cabo la vía penal es necesario que Irenata S.A, como titular del derecho de marca, interponga una denuncia. La misma será presentada en una Comisaría de Policía Nacional, autonómica o local, en un puesto de la Guardia Civil, ante el propio órgano jurisdiccional penal competente para la investigación o ante el Ministerio Fiscal. Irenata S.A también podrá optar por la querrela.

La distinción que se ha realizado previamente se contextualiza en la medida de que estas acciones se ejercitan para que el título jurídico de Zumfruit S.A desaparezca, por ello para que exista un título jurídico es necesario que la marca esté registrada.

Existe una posibilidad de impugnación contra Zumfruit S.A. para el caso de que la marca no esté siendo utilizada. Irenata S.A, de acuerdo a la LMa, puede solicitar judicialmente a Zumfruit S.A que declare el uso real y efectivo de su marca, pues le corresponde a la demandada la carga de la prueba. Una marca que tras su registro no haya sido utilizada en los cinco años siguientes puede declararse su caducidad por falta de uso. En el caso expuesto, no se dispone de los documentos necesarios para demostrar una falta de uso. Por lo tanto se deja plasmada la posibilidad de ejercitar tal acción si se diesen las circunstancias pertinentes.

Le corresponderá al Juzgado de lo Mercantil el conocimiento de estas acciones de acuerdo a la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Las acciones se llevarán a cabo mediante un juicio ordinario como se establece en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹⁴. La legitimación estaría conforme si se ejerciesen acciones por Irenata S.A pues de acuerdo con el artículo 59 LMa esta acción puede ser ejercitada por los consumidores, productores o comerciantes que se vean afectados o presenten un interés legítimo.

6. Acciones por competencia desleal

Asimismo Irenata S.A puede alegar con carácter subsidiario que los actos de Zumfruit S.A incurren en competencia desleal por cuanto que su comportamiento es contrario a la buena fe, tanto genérica como específicamente, ya que siendo conocedor de que los zumos de Irenata S.A son marca renombrada pretende competir en el mercado; que al utilizar los mismos o similares signos distintivos crea confusión con la actividad o las prestaciones y que pretende un aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado, integrando el supuesto de explotación de la reputación ajena.

¹¹³ Se protege del derecho a usar, de manera exclusiva, determinados signos de identificación de productos industriales, cuando aquellos figures inscritos.

¹¹⁴ Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía las demandas en materia de competencia desleal (...) propiedad industrial (...), siempre que no versen únicamente en reclamaciones de cantidad en cuyo caso se tramitará por el procedimiento que corresponde según la cuantía.

Conclusiones

Validez del pacto de no competencia postcontractual

En primer lugar, cabe destacar que se considera que Felipe ocupaba un puesto de Alto Directivo en la empresa de Irenata S.A por ejercer funciones con plena autonomía y es por ello que se le aplica el RD 1382/1985 y supletoriamente el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, ambas son idénticas por lo que me refiero a ellas indistintamente.

En segundo lugar el pacto de no competencia postcontractual supone un límite a la libre elección de profesión u oficio y a la libre iniciativa económica, por ello, se han establecido unos requisitos imperativos que limitan la efectividad de esta clase de pactos.

Por un lado, la existencia de un efectivo interés industrial o comercial del empresario. Este requisito debe entenderse en el sentido de que no será posible concluir pactos de no competencia que impidan la realización de todo tipo de actividad profesional, sea por cuenta propia o ajena, una vez extinguida la relación laboral, si no existe un efectivo interés industrial o comercial.

Para que el interés industrial o comercial del empresario pueda ser considerado relevante y susceptible de protección jurídica, es necesario que la actividad a realizar por el trabajador tenga lugar dentro del mismo ámbito de actuación que desarrolla la empresa en la que prestaba servicios, por razón de ir dirigida a una potencial e idéntica clientela. Asimismo, se exige que el trabajador se beneficie de los conocimientos adquiridos con ocasión de su prestación de servicios en la anterior empresa para favorecer así la actividad concurrente o desviar la clientela de aquélla.

Por otro lado, es necesario satisfacer al alto directivo una compensación económica adecuada. La cuantía de la indemnización no tiene por qué coincidir con la retribución que venía percibiendo con anterioridad. De omitir en el pacto la compensación económica, dicha compensación económica no puede ser subsanada por el órgano, siendo el señalamiento de la compensación económica requisito esencial de validez y licitud del pacto, siendo de otra forma nulo de origen.

Finalmente, el artículo 8.3 RD 1382/1985 establece un límite temporal máximo de duración de dos años. En esta limitación temporal reside la única diferencia con el artículo 21.2 LET, precepto que distingue dos períodos de tiempo, según se trate de técnicos o del resto de trabajadores. Si la duración pactada excede de dos años, y siendo requisito de obligada observancia el señalamiento de la duración máxima del pacto de no competencia, el acuerdo será nulo en su origen y no puede reconocérsele efectividad alguna.

En el presente caso se cumple la exigencia de que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, interés que sin duda se hace patente a través de los argumentos aportados. De esta forma, Irenata S.A se ve perjudicada por el nuevo puesto de trabajo de su ex empleado ya que a poco tiempo de cesar la primera pasaba a detentar un puesto de trabajo en una empresa del mismo sector. Concorre ese efectivo interés industrial o comercial, pues el desarrollo de una misma actividad necesariamente supone una incidencia en un mismo mercado y en un mismo círculo potencial de clientes.

No obstante, la compensación económica pactada no puede calificarse como adecuada y suficiente, ya que supone una remuneración de 300 euros si en la práctica venía percibiendo una cantidad mucho mayor y por lo tanto no compensaría convenientemente el hecho de que Felipe no pueda desempeñar durante dos años una actividad laboral en el sector económico en el que ha desarrollado su actividad profesional habitualmente. Ese pacto se podría declarar nulo por estas circunstancias. Sin embargo, no se debe olvidar que la cantidad de 300 euros puede ser adecuada en el caso de que la cantidad percibida durante los servicios a Irenata S.A no fuese muy superior. Para graduar la

adecuación de la compensación económica se valorarán todas las circunstancias, aunque, en todo caso, será el Juez de lo Social quien dirima los conflictos entre el alto directivo y el empresario.

Calificación jurídica del puñetazo de Arturo a Felipe

Felipe quien ha sido golpeado por Arturo es atendido y tratado por la brecha que éste último le provocó en la mejilla. Felipe tiene cuatro puntos de sutura derivados del puñetazo y necesarios para su curación.

En primer lugar, Felipe es el sujeto pasivo y Arturo el sujeto activo ya que es quien le propina al primero el puñetazo. Esta actuación provoca un menoscabo en la integridad física de Felipe y por lo tanto está tipificado en el código penal con el fin de salvaguardar este bien jurídico protegido.

En segundo lugar, esta conducta se puede calificar como dolosa, ello quiere decir que la conducta además de ser lesiva, es objetivamente imputable al autor a título de dolo o culpa. Dicho de otro modo, existe la conciencia de una acción antijurídica y la voluntad de ejecutarla. En este mismo contexto, el delito de lesiones se configura como un delito de resultado llevado a cabo por cualquier medio o procedimiento por ello es necesario una relación de causalidad, es decir, que el hecho produzca el resultado, lo que se denomina imputación objetiva. En este caso se cumplen los dos requisitos necesarios para que haya imputación objetiva: que el resultado le sea imputable a esa persona (Arturo) y que exista una relación de causalidad física o material entre esa acción y tal resultado (la brecha)

En tercer lugar, es notable destacar la diversidad tanto jurisprudencial como de doctrinal a la hora de terminar si los puntos de sutura son calificados como delitos de lesiones, cuando se haya requerido de tratamiento médico o quirúrgico para la curación de la lesión o delito leve de lesiones, donde solamente es necesaria una primera asistencia facultativa. La calificación de la pena se verá variada dependiendo de la calificación de los hechos.

Bajo mi prisma personal y tras el análisis del caso objeto de análisis los puntos de sutura requieren de un tratamiento médico quirúrgico porque aunque la aproximación de los bordes de una herida para favorecer la soldadura de los tejidos es una operación susceptible de realizarse en un solo acto, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo, de manera que la intervención facultativa mantiene su actividad terapéutica durante todo ese periodo. Además, los puntos de sutura sirven también para evitar alguna posible infección y ello constituye una operación quirúrgica, aunque sea de la llamada cirugía menor.

Por todo ello, Arturo es reo de un delito de lesiones tipificado en el artículo 147 del Código Penal. Como regla general, siendo los hechos acontecidos en el años 2014 se aplicaría la pena del CP anterior a la reforma, sin embargo, la disposición transitoria primera dispone en estos casos que al reo de un delito se le impondrá la pena más favorable, es decir, en este caso el CP reformado que será una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses.

En cuarto lugar es notable destacar que Arturo deberá hacerse cargo de las costas procesales de acuerdo al artículo 123 CP, el cual manifiesta taxativamente que las costas procesales se entienden impuestas por ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Además de ello, Arturo también deberá hacerse responsable civilmente de los daños ocasionados por su conducta culpable.

Esta responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales, a tenor de lo previsto en el artículo 110 del citado texto legal. Por último, de acuerdo a la competencia objetiva y funcional, le corresponde el conocimiento del asunto; en una primera fase al juzgado de instrucción y en una segunda fase al Juzgado de lo Penal, por no tener una pena de prisión superior a 5 años. En cuanto a la competencia territorial, le corresponderá como fuero preferente al lugar donde se hayan cometido los hechos.

Efectos jurídicos del pacto de no competencia postcontractual

Felipe establece con el empleador un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato, por el cual percibirá una compensación económica de 300 euros.

En el contrato de trabajo predomina muy acusadamente la eficacia legal imperativa, quedando un espacio muy reducido al juego de la autonomía de la voluntad, como no sea para mejorar las condiciones laborales. Teniendo en cuenta lo que antecede, nada obsta a que, como pacto accesorio, se adicione al contrato de trabajo una estipulación tendente a asegurar el cumplimiento de los deberes laborales, a través del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. Si bien, ello puede tener una serie de consecuencias para el caso que exista un incumplimiento de alguna de las partes.

En primer lugar, cabe mencionar nuevamente que para que el pacto sea válido debe cumplir dos requisitos: que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial y que exista una compensación económica adecuada.

En segundo lugar, si el pacto de no competencia es nulo, por faltar alguno de los requisitos, y Felipe ya hubiese percibido las cantidades acordadas conllevará la obligación de éste de reintegrar las cantidades percibidas, puesto que dicha compensación no retribuye la prestación de servicios, sino que constituye una indemnización por el compromiso de no concurrir. Ciertamente, el trabajador no puede consolidar una compensación económica so pena de obtener un enriquecimiento injusto. Dicha percepción, en efecto, se convierte en una contraprestación sin causa, por lo que dado el carácter sinalagmático del pacto de no competencia postcontractual, el trabajador tiene la obligación de reintegrar las cantidades percibidas,

En tercer lugar, en caso de que este pacto sea válido Felipe incurriría en el incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual por actuar en un mercado competitivo para Irenata S.A. Ante ello, el empresario podrá cesar del pago de la compensación económica además de pedir judicialmente la resolución del pacto de no competencia. A través de esta acción de cesación se evita que la conducta del trabajador siga llevándose a cabo.

Celebración de la junta en Pontevedra, distinto del lugar del domicilio social.

Con todo es notable destacar que la virtualidad de las Juntas Universales se desarrolla en sociedades de pocos socios al permitir su celebración sin convocatoria siempre que se encuentre presente la totalidad del capital social. La Junta Universal es, en realidad, la Junta sin convocatoria con un procedimiento de formación de la voluntad social más flexible que el procedimiento ordinario de constitución de la Junta General. Sin embargo, dicha flexibilidad procedimental no es equivalente a la ausencia total de procedimiento sino que, precisamente por la ausencia de convocatoria, el legislador ha exigido el cumplimiento de unos requisitos formales mínimos. Así, el artículo 178 de la vigente Ley de Sociedades Capital, al igual que el precedente artículo 99 del TRLSA, no sólo exige la asistencia simultánea de todos los socios a la reunión sino también su aceptación unánime para considerarla como Junta de Socios.

De acuerdo al caso objeto de análisis la convocatoria está bien constituida por estar todos los socios y conformar todo el capital social¹¹⁵. Los socios además están de acuerdo y en la convocatoria se especifica el tema a tratar en el orden del día que será la continuidad de la empresa tras los cambios sufridos debido a la fuerte discusión entre dos de los socios. Por todo ellos carece de sentido aplicar la regla tuitiva de las juntas ordinaria y extraordinaria, es decir, la celebración de la junta en el

¹¹⁵ MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA A. en *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 36/2011 1 parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2015.

domicilio social. Primero porque nada se dice sobre los estatutos de la sociedad y segundo porque cumple los requisitos de junta universal.

Acciones que puede ejercitar Irenata S.A contra Zumfruit S.A

El derecho de marcas aparece configurado como un sistema registral en el que ordenadamente pueden conferir derechos de exclusión sobre signos distintivos y resolver los conflictos entre sus titulares. Para la valoración del riesgo de confusión en el ámbito del derecho de marcas se toman en consideración los signos confrontados, así como los productos distinguidos con ellos, de modo que cuando mayor sea la semejanza entre los signos y la similitud entre los productos mayor será la probabilidad de que se aprecie riesgo de confusión.

Bajo mi prisma personal, la similitud de las marcas es apreciable y ello puede ocasionar un riesgo de confusión en el público. Pues, se debe recordar, que un consumidor medio guarda la imagen imperfecta del producto en su memoria y en raras ocasiones tiene la posibilidad de comprarlo. Además de ello, la marca de Irenata S.A tiene unos rasgos característicos que la diferencian en el mercado, y es, la Torre de Hércules como forma tridimensional y la combinación de colores rosa y naranja.

La marca mencionada, desde mi óptica es renombrada por la consolidación que tiene la misma en el mercado. Por esta razón, debe estar sujeta a una mayor protección para impedir el aprovechamiento de su reputación por terceros competidores.

Por todo ello, Irenata S.A podrá llevar a cabo una serie de acciones para cesar la actividad de Zumfruit S.A. Con anterioridad, se ha hecho una distinción sobre si la marca de Zumfruit S.A estaba registrada o no. En este punto y en mi opinión entiendo que la marca no está registrada porque en el caso objeto de análisis no se dice nada al respecto. De este modo Irenata S.A podrá acudir a la vía civil y solicitar lo siguiente:

1. Retirar del tráfico económico, a su costa, todas las unidades de los envases de zumos existentes en el mercado, así como todos aquellos materiales promocionales, cualquiera que sea su soporte.
2. Destruir a su costa los envases del producto de la empresa Zumfruit S.A así como los materiales publicitarios.
3. Indemnización por daños y perjuicios. Como regla general se aplica el 1 por 100 de la cifra de los negocios de quien está infringiendo la marca, sin embargo en este caso, se estima que es insuficiente para el presente caso de marca renombrada por ello se considera que sería más eficaz calcularlo sobre la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos ilícitamente marcados, es decir, volumen bruto de ventas de los productos infringidos.
4. Publicar a su costa el texto íntegro de la sentencia o, subsidiariamente, su encabezamiento y parte dispositiva mediante su inserción en dos diarios de información general y en una revista del sector de la distribución de la libre elección de Irenata S.A.
5. El pago de las costas del procedimiento.

Subsidiariamente, en caso de no proceder la sanción mediante la Ley de Marcas, Irenata S.A podrá acudir a la competencia desleal. En esta misma línea, se reputa desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales cuando; resulte idónea para generar la evitable asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación, comporte un evitable aprovechamiento indebido de la reputación ajena o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno o se produzca la imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas del competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado. Esta vía tiene la finalidad de proteger al consumidor ante la posibilidad de generar un riesgo de dos empresas concurrentes en el mercado y competidoras entre ellas.

Bibliografía

• Monografías y obras colectivas:

- ASENCIO MELLADO JM, Derecho Procesal Penal, Tirant Lo Blanch, 7ª edición. Valencia 2015.
- CALDERÓN, A. y CHOCLÁN J.A, *Código Penal comentado*, Deusto jurídico, Barcelona, 2005.
- DEL REY GUANTER. S., y AGOTE EGUIZÁBAL R., *Estatuto de los Trabajadores*, Tecnos, Madrid 3ª edición 2013.
- EMBID IRUJO JM., (Dir.) y FERRANDO VILLALBA, Mº L., MARTÍ MOYA, V., (Coord.) *Introducción al derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*. Marcial Pons, Madrid 2013.
- GALÁN CORONA, E. “Derechos conferidos por la marca” en AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., GARCÍA-CRUCES, J. A., *Comentarios a la Ley de Marcas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008
- LEFEBVRE F., *Delitos contra las personas* en Memento práctico, Penal 2015.Madrid.
- MARTINEZ GARCIA A.S., Y JAVATO MARTÍN M., *Comentario del artículo 147*, Comentarios prácticos al Código Penal. Thomson Reuters, Aranzadi Navarra, 2015.
- MENCÍA JUSTO J., Las competencias legales de la junta general en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2015.
- MURUZÁBAL ORÓS, M., y NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*. Ciencias jurídica, Madrid, 1998
- ROJO A. y BELTRÁN E, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*; Thomson Reuters-Civitas, 2011.
- TOMÉ GARCÍA J.A. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2016.
- URBISTONDO OTEGUI, C., Doctrina del TSJ de Madrid sobre el pacto de no competencia postcontractual.
- URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. Ma., *La Junta general de accionistas (Arts. 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)* , en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*.

• Artículos doctrinales

- CAMPUZANO A.B Derecho patrimonial en *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 27/2011 2 parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2011.
- CASTELLANO ARROYO M., DOMÉNECH SUBIRANA, M., Algunos aspectos de la peritación médico forense en los casos de lesiones. Especial referencia a los conceptos de primera asistencia facultativa. Tratamiento médico y tratamiento quirúrgico en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* num.13/2005 1 Editorial Aranzadi, S.A
- GARCIA CRUCES J.A., La Junta General en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.6/2009
- MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA A. en *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 36/2011 1 parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2015.
- MUÑOZ PALMA, C., El lugar de la celebración de la junta general en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2015.
- MUÑOZ CUESTA J., Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015 en *Revista Aranzadi*. Enero de 2015 ((BIB 2015/2575)
- PEREZ MORIONES A., La necesaria constancia de la aceptación unánime de la celebración de la reunión para la válida constitución de junta universal en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2013 Editorial Aranzadi, SA.

Compendio normativo

• **Derecho Interno**

- Constitución Española de 1978.
- Código Civil a través del Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Laboral:

- Ley de Contrato de Trabajo 1931 y 1944
- Real Decreto 1382/1985 relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección
- Estatuto de los Trabajadores 1/1995 de 24 de marzo.

Mercantil:

- Ley de competencia Desleal 3/1991 de 10 de enero
- Ley de Marcas 17/2001 de 7 de diciembre
- Ley de Sociedades de Capital a través del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio
- Dirección General del Registro y del Notariado.

Tributario:

- Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
- Fiscalía General. Circular 2/1996, de 22 de mayo, (RCL 1997/1367)
- Fiscalía General del Estado. Circular núm. 3/2015 de 22 junio. (JUR 2015/175564).

Penal:

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Baremo de indemnizaciones 2015, Ley 35/2015, de 22 de septiembre. (RCL 2015/1435)
- Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, sobre aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código Penal.

• **Derecho Comunitario Derivado:**

- Reglamento (CE) nº 2868/95 de la Comisión de 13 de diciembre de 1995 por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria Reglamento nº 2015/2424
- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005
- Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008.

Compendio jurisprudencial

TJUE:

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de julio de 2011. L'Oréal SA contra eBay International AG. Asunto C-324/09.
- Tribunal General de la Unión Europea (Sala Quinta) Asunto T-24/08, Weldebräu GmbH & Co. KG contra OAMI. (TJCE 2010/65)
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso PAGO International. Sentencia de 6 octubre 2009. TJCE/2009/311.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 12 de junio de 2007, C-334/05, OAMI/Shaker.

- Tercera Sala de Recursos de la OAMI en la Resolución 25 de abril de 2001 resuelve el caso “Hollywood S.A.S.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1998 «Derecho de marca - Riesgo de confusión - Similitud entre productos o servicios» Caso Canon, en el asunto C-39/97.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Quinta Caso “Gut Springenheide”. Cuestión prejudicial (Asunto C-210/96) núm. 1998/174.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 1997, *SABEL BV contra Puma AG*, (Asunto C-251/95)

TS:

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 389/2014 de 12 mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 180/2014 de 6 marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º) núm. 153/2013 de 6 de marzo
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1º) Sentencia núm. De recurso 614/2011 de 20 junio 2012.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 298/2010 de 11 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª). Sentencia de 26 enero 2010. Recurso de casación núm. 4845/2007.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) Sentencia núm. 688/2009 de 30 octubre
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º) Sentencia núm. 168/2008 de 29 abril
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª).Sentencia núm. 321/2008 de 6 junio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 157/2005 de 19 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1162/2004 de 15 octubre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 375/2003 de 10 marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 468/2000 de 11 abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 747/2008 de 11 noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social).Sentencia de 3 febrero 1991.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 5 de febrero de 1990.
- Tribunal Supremo 24 de septiembre de 1990.

Otros Tribunales:

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2831/2015 de 28 de abril.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1º) núm. 2559/2008 de 27 de octubre de 2008.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección5ª) Sentencia núm. 986/2005 de 20 diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª). Sentencia núm. 893/2002 de 15 de octubre de 2002.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1º) núm. 404/2001 de 29 mayo de 29 de mayo de 2001.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social). Sentencia núm. 4218/2000 de 16 mayo.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª). Sentencia núm. 436/1999 de 14 de septiembre de 1999.
- Audiencia Provincial de Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria).Sentencia núm. 400/2013 de 23 octubre.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª) Sentencia núm. 349/2012 de 26 junio.
- Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3ª) Sentencia núm. 627/2011 de 20 diciembre.
- Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3ª). Sentencia núm. 627/2011 de 20 diciembre.