



Pantallas LED Filo S.L, sociedad de gananciales, contrato y despido

Trabajo de fin de grado
Doble Grado en Derecho y ADE
Curso 2016-2017

Alumna: Paula Otero Ocampo
Tutor: Fernando Cachafeiro García

INDICE

1. Antecedentes de hecho.....	p.5
2. Calificación del contrato, licitud de su resolución y procedencia de indemnización.....	p.7
2.1. Determinación de la calificación jurídica del contrato.....	p.7
2.1.1. Relación laboral o mercantil.....	p.7
2.1.2. Contrato de comisión.....	p.8
2.1.3. Contrato de mediación o corretaje.....	p.8
2.1.4. Contrato de distribución.....	p.9
2.1.5. Contrato de agencia.....	p.9
2.2. La resolución del contrato. Análisis de la conformidad a derecho.....	p.11
2.2.1. Cumplimiento de las obligaciones del agente.....	p.11
2.2.2. Denuncia unilateral y necesidad de preaviso.....	p.12
2.3. El derecho a indemnización.....	p.13
2.3.1. Indemnización por clientela.....	p.13
2.3.2. Indemnización por daños y perjuicios.....	p.16
2.3.3. Indemnización por falta de preaviso.....	p.17
3. Análisis de la licitud del contrato de Fernando y de la actuación de Textiles del Suroeste S.A. Procedencia de reclamación contra las partes.....	p.17
3.1. Análisis de la licitud del negocio desarrollado por Fernando.....	p.17
3.1.1. Una cuestión previa: la libertad de empresa.....	p.17
3.1.2. Limitaciones contractuales de la competencia en la LCA.....	p.18
3.1.3. Análisis del comportamiento de Fernando según la Ley de Competencia Desleal.....	p.20
3.2. Análisis de la licitud de la actuación de Textiles del Suroeste S.A.....	p.23
3.2.1. Calificación del contrato.....	p.23
3.2.2. Análisis de la licitud del cliente.....	p.24
3.3. Análisis de las posibles reclamaciones contra las partes.....	p.25
3.3.1. Posible reclamación contra Fernando.....	p.25
3.3.2. Posible reclamación contra Textiles del Suroeste S.A.....	p.25
4. Calificación jurídica del despido. Actuación por parte del trabajador.....	p.26
4.1. Calificación de la situación y enfoque inicial.....	p.26
4.2. Improcedencia o nulidad.....	p.27
4.2.1. Evaluación posible vulneración del derecho a la integridad física.....	p.28
4.2.2. Tratamiento de una posible discriminación por discapacidad.....	p.29
4.3. Recomendación para el cliente.....	p.35
5. Posibilidad de reclamación contra Fernando. Legitimación de Evaristo. Consecuencias tras la atribución de la patente a Luciana.....	p.35
5.1. Derecho aplicable.....	p.36
5.2. Análisis de la posibilidad de reclamación contra Fernando.....	p.36
5.2.1. Requisitos de patentabilidad y alcance del derecho de patente.....	p.36
5.2.2. Examen de la vulneración del derecho de patente.....	p.36
5.3. Posibles acciones judiciales a interponer.....	p.39
5.3.1. Acciones judiciales en materia de patentes.....	p.39

5.3.2. Posible concurrencia de acciones de competencia desleal.....	p.41
5.4. Análisis de la legitimación de Evaristo para interponer la demanda.....	p.42
5.5. Consecuencias derivadas de la atribución de la titularidad a Luciana.....	p.43
6. Conclusiones.....	p.45
7. Bibliografía y jurisprudencia consultada.....	p.47

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo
AJS: Auto Juzgado de lo Social
BOE: Boletín Oficial del Estado
CC: Código Civil
CCom: Código de Comercio
CE: Constitución Española
CPE: Convenio de la Patente Europea
ET: Estatuto de los Trabajadores
IT: Incapacidad Temporal
LCA: Ley del Contrato de Agencia
LCD: Ley de Competencia Desleal
LDC: Ley de Defensa de la Competencia
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS: Ley General de la Seguridad Social
LP: Ley de Patentes
LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
OEPM: Organización Española de Patentes y Marcas
OIT: Organización Internacional de los Trabajadores
Op.cit: *Opus citatum* (obra citada)
S.A: Sociedad Anónima
SAP: Sentencia Audiencia Provincial
SJS: Sentencia Juzgado de lo Social
S.L: Sociedad Limitada
Ss: siguientes
STJUE: Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS: Sentencia Tribunal Supremo
STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión europea
TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UE: Unión Europea
Vid:

1. Antecedentes de hecho

La sociedad Pantallas LED Filo, S.L. se constituye a fecha del 10 de noviembre de 2003 con domicilio social en A Coruña. Se encuentra formada por dos socios: don Evaristo Vázquez Taboada y doña Luciana Sandá Ares. Ambos contrajeron matrimonio en mayo de 1993, estableciendo como régimen económico matrimonial la sociedad de gananciales.

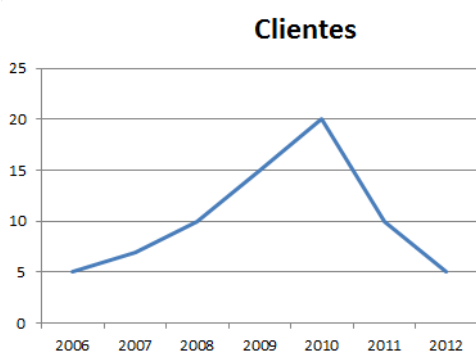
Pantallas LED Filo, S.L. es una mediana empresa cuya actividad principal consiste en la elaboración, innovación y mejora de pantallas LED, caracterizadas por el bajo consumo eléctrico y por ser respetuosas con el medio ambiente.

Hasta 2005 ha desarrollado su actividad como proveedora de empresas situadas en el territorio gallego y el norte de Portugal. Como consecuencia del éxito obtenido la empresa decide expandirse al suroeste peninsular, en el que va incorporando nuevos clientes.

En enero de 2007 la sociedad formaliza con don Fernando Pérez López un contrato para que se encargue de la zona debido a la carga de trabajo que allí se creó. El contrato, con una duración de tres años, tiene por objeto la difusión del producto y captación de nuevos clientes para Pantallas LED Filo, S.A. No obstante, transcurrido dicho lapso temporal don Fernando prosigue desempeñando su labor de captación de clientes para la sociedad y esta continúa retribuyendo sus servicios.

La evolución de los clientes en el suroeste peninsular se caracteriza por un incremento moderado hasta la llegada de Fernando, quien provoca un aumento inicial considerable de la clientela. No obstante, a partir del año 2011, la cartera de clientes vuelve a disminuir, por lo que la empresa decide resolver el contrato de Fernando el 1 de enero de 2013.

A continuación se muestra una gráfica y un cuadro que representan la dinámica antes expuesta:



	Año 2012	Año 2006
A) OPERACIONES CONTINUADAS		
+ Ventas y otros ingresos de explotación	1.904.456 €	1.056.987 €
- Gastos de explotación	567.897 €	309.789 €
A.1) RESULTADO DE EXPLOTACIÓN	1.336.559 €	747.198 €
+ Ingresos financieros	23.765 €	7.879 €
- Gastos financieros	8.768 €	2.566 €
A.2) RESULTADO FINANCIERO	14.997 €	5.313 €
A.3) RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS	1.351.556 €	752.511 €
- Impuesto sobre beneficios	337.889 €	188.128 €
A.4) RESULTADO DEL EJ. POR OPERACIONES CONTINUADAS	1.013.667 €	564.383 €

El sistema de remuneración de Fernando constaba a partes iguales de una cantidad fija y otra variable. En concreto, durante la vigencia del contrato, Fernando percibe las siguientes remuneraciones: año 2007: 15.550 €; año 2008: 16.895€, año 2009: 26.050€; año 2010: 22.300€, año 2011: 18.300; año 2012: 14.301€ (cantidad fija de 12.000 € anuales).

Tras haber realizado una búsqueda activa de empleo sin resultados positivos, en septiembre de 2013 Fernando decide volver a Zamora, su ciudad natal, y montar un negocio de venta de pantallas LED diseñadas por él mismo. Para ello, constituye la sociedad Fer LED, S.L., con domicilio social en Zamora, y cuyo objeto social consiste en la creación y venta de pantallas LED en territorio español.

A comienzos del 2014 Fer LED, S.L. adquiere un gran prestigio en el territorio mencionado, lo que provoca que empresas de otras zonas geográficas contacten con ella para adquirir sus productos que destacan por la novedad, diseño y buen funcionamiento. Entre los nuevos clientes se encuentra Textiles del Suroeste, S.L., que hasta ese momento había sido cliente de LED Filo, S.L., con quien tenía una relación contractual a través de la cual se comprometía a adquirir pantallas exclusivamente a esta empresa hasta diciembre del año 2015.

Otra de las situaciones que se plantea en el seno de la empresa LED Filo, S.L. es que uno de sus operarios, don Juan Sánchez García, de 40 años de edad, sufre una lesión en la espalda como consecuencia del peso de las mercancías que habitualmente tiene que desplazar, lo cual le provoca diversas punzadas lumbares que impiden el desarrollo de su actividad laboral con normalidad. Tras acudir a consulta el día 2 de febrero de 2014, recibe una baja médica de 6 meses en la cual no se prevé tratamiento concreto ni se efectúa ningún diagnóstico en cuanto a la perspectiva de reanudar su actividad laboral a tiempo completo. A día 5 de agosto de 2014, fecha en la cual se prorroga la baja médica, el afectado recibe una carta de despido por parte de la empresa.

Por otra parte, el matrimonio constituido por Luciana y Evaristo ha patentado en España una mejora en sus pantallas LED, que consiste en la creación de unos ganchos con base en “V” que permiten un mejor agarre de las pantallas a la pared. Dicha patente es utilizada para realizar las funciones propias de la sociedad mercantil, si bien en el registro constan como cotitulares Luciana y Evaristo. Unos meses después Fernando, aprovechando sus conocimientos en la materia, comienza a instalar las pantallas que vende a sus clientes en sus domicilios utilizando unos ganchos con base en “V” y parte superior ajustable para anclaje en techo.

Unas semanas después, como consecuencia del descubrimiento por parte de Evaristo de la relación sentimental de su mujer Luciana con Fernando, decide interponer demanda de divorcio. Asimismo, pretende interponer demanda contra Fernando por violación de su derecho de patente.

Una vez que la demanda de divorcio se hace efectiva y se procede a la correspondiente disolución de la sociedad de gananciales, se atribuye a Luciana la titularidad de la patente, circunstancia que se inscribe en el Registro de Patentes.

A modo aclaratorio y para mejor exposición y comprensión de las cuestiones que se exponen a continuación, se ha decidido introducir en cada pregunta una pequeña referencia a los antecedentes de hecho que se vinculan con cada una de ellas.

2. Calificación del contrato, licitud de su resolución y procedencia de indemnización.

Fernando Pérez López formaliza en enero de 2007 un contrato con la empresa Pantallas LED Filo S.L. que tiene por objeto la difusión del producto y la captación de nuevos clientes en el suroeste peninsular. Se prevé que este contrato tenga una duración de tres años; no obstante, transcurrido dicho lapso temporal, Fernando prosigue desempeñando su labor de captación de clientes para la sociedad y esta continúa retribuyendo sus servicios.

La evolución de los clientes sufre un incremento durante los primeros años, disminuyendo a partir del año 2010 hasta llegar a niveles similares a los del año de su contratación. Es por este motivo que la empresa decide resolver el contrato de Fernando el 1 de enero.

A pesar de la citada evolución de los clientes, conviene mencionar que en el período de tiempo durante el cual Fernando actuó como agente se produjo un incremento de los ingresos por ventas y otros resultados de explotación de casi un 50%.

2.1. Determinación de la calificación jurídica del contrato

2.1.1. Relación laboral o mercantil

Como fase previa dentro de la calificación del contrato, se diferenciará entre el contrato mercantil y laboral. En este sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo manifestando que la diferencia entre ambas relaciones contractuales radica esencialmente en la dependencia, “la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare”¹. Esta misma línea interpretativa es seguida por GARCÍA NINET, al establecer que existe una relación de dependencia cuando se produce una subordinación del trabajador, entendida como sometimiento al poder de dirección y al poder disciplinario del empresario, siendo este último quien organiza la forma de operar como libremente desea².

En este sentido, Fernando estaría sometido a un contrato de carácter mercantil, al no observarse en el caso expuesto una subordinación total a las decisiones de la empresa, sino que se le atribuyen unas obligaciones de carácter general, relacionadas con la difusión del producto y captación de la clientela, para las cuales puede organizarse

¹Vid. STS num. 5730/1996 de 21 de octubre (Id Cendoj 28079140011996100520).

² GARCÍA NINET, J.I.: *Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª Edición, Pamplona, 2009, pp 225-226.

como estime conveniente.

Entre los contratos mercantiles que a priori podrían tener aplicación al caso que nos ocupa debido a las características del mismo (que se irán explicando progresivamente) se encuentran en contrato de comisión, mediación, distribución y agencia. A continuación se procederá al análisis de estos posibles contratos, para dirimir cual es el que más se adapta a la situación de Fernando.

2.1.2. Contrato de comisión

Este contrato se regula en el artículo 244 y siguientes del Código de Comercio (en adelante CCom)³ y se define como el mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio. En este mandato una de las partes (comisionista) queda obligado a realizar por encargo de otro (comitente), una o varias operaciones mercantiles. En relación con esta definición general, la operación realizada por Fernando podría encuadrarse en el contrato de comisión; no obstante, este tipo de contrato se descarta puesto que su característica principal es que las operaciones encomendadas por el comisionista deben ser determinables y estas son temporales, de modo que una vez ejecutado el negocio se extingue el contrato.⁴ En este caso no se cumple ese requisito puesto que el objeto del mismo es la difusión del producto y captación de clientes con carácter general, sin que exista una determinación u objetivo claro al respecto.

2.1.3. Contrato de mediación o corretaje

Este contrato tiene la calificación de atípico e innominado⁵.

Se entiende por contrato atípico aquel que no está regulado en la ley, mientras que es innominado aquel contrato que no tiene un nombre en Derecho. Su aparición se deriva de la tipicidad social y su régimen jurídico procede de la voluntad de los contratantes (en todo aquello que hayan previsto específicamente) y de la aplicación de las reglas generales sobre obligaciones y contratos⁶.

En este contrato el mediador se limita a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado, desplegándose esta actividad en aras al cumplimiento del contrato final.⁷ Para mayor concreción, conviene traer a colación lo manifestado por nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 9 de noviembre de 2011, donde establece que la diferencia entre el contrato de mediación y agencia (el cual se tratará a continuación) radica en el concepto de “estabilidad”, siendo que este no puede confundirse con el concepto de “duración”, puesto que, tal como sucede en el supuesto tratado por la sentencia, puede producirse un encargo que supone una gran duración pero ser calificado como mediación puesto que está abocado a finalizar desde el mismo momento de su inicio una vez concluida la correspondiente venta de los productos⁸.

³ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. «BOE» núm. 289, de 16/10/1885.

⁴ Vid. Memento práctico: “Contratos Mercantiles” Francis Lefevre, 2015-2016, pp 578-580.

⁵ Vid. STS num. 105/2013 de 8 de marzo (RJ 2013\5523).

⁶ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A.: *Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Edisofer, 4ª edición, Madrid, 2016, pp 331-332.

⁷ Vid. STS num. 914/2000 de 21 de octubre (RJ 2000\8811).

⁸ STS num. 777/2011 de 9 de noviembre (RJ 2012\1371).

Tras esta concreción conceptual, puede decirse que Fernando goza de una situación de estabilidad en su relación con la empresa puesto que ejecuta su labor de promoción y captación de clientes de forma continuada, sin que se prevea su finalización una vez alcanzados determinados objetivos. Es por ello que se descarta la calificación contractual de mediación o corretaje.

2.1.4. Contrato de distribución

El contrato de distribución puede definirse como aquel por el cual una de las partes pone su establecimiento al servicio de otra y se obliga, por tiempo determinado o indefinido, a adquirir de la última sus productos para revenderlos en un espacio geográfico determinado, facilitar asistencia técnica, en su caso a los clientes tanto antes como después de la venta, a soportar el riesgo y ventura de los contratos de venta celebrados y a garantizar el saneamiento por vicios o defectos ocultos en los productos vendidos⁹.

La característica esencial de este contrato es la actuación en nombre propio, dado que el distribuidor compra los productos para su posterior reventa. Como consecuencia de esta actuación en nombre propio, la cartera de clientes generada pertenece al distribuidor, independientemente de que una vez finalizado el contrato, la empresa pueda beneficiarse del éxito obtenido por el mismo¹⁰. Del mismo modo, esta actuación basada en la independencia del distribuidor provoca que su método de obtención de ganancias derive del margen adquirido como consecuencia de la reventa de dichos productos.

En el presente asunto se desprende que Fernando no desarrolla una actuación en nombre propio consistente en la adquisición y reventa de los productos de Pantallas LED Filo, S.L. sobre los cuales pueda adquirir un margen de beneficio; de hecho, la remuneración de Fernando procede de la empresa, aportándole esta una retribución consistente en una parte fija y otra variable. Por consiguiente, no cabe calificar el contrato de Fernando como un contrato de distribución.

2.1.5. Contrato de Agencia

El contrato de agencia se regula en la Ley del Contrato de Agencia (en adelante LCA)¹¹. Se establece ya en su art. 1 que “por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”. A raíz de esta definición, el Tribunal Supremo extrae una serie de características cuya concurrencia se requiere para la calificación del contrato como de agencia¹². A continuación se procederá a su exposición, con indicación de si resulta o no de aplicación al caso que se nos presenta:

- Actividad de promoción y, en su caso, conclusión de actos y operaciones de comercio. En este punto solamente conviene aclarar que se entiende que la

⁹ Vid. STS num. 43/2004 de 9 de febrero (RJ 2004\1189).

¹⁰ Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2006, pp 33- 34.

¹¹ Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. «BOE» núm. 129, de 29 de mayo de 1992, páginas 18314 a 18317 (4 págs.)

¹² Vid. STS num. 860/2011 de 10 de enero (RJ 2011\151).

actividad de difusión del producto podría equipararse al concepto de promoción; de hecho algunos de nuestros tribunales han empleado el término “difusión” como característica del contrato de agencia¹³.

- Continuidad o estabilidad: Este concepto ya ha sido tratado anteriormente al analizar el contrato de mediación, no obstante, se añade en este punto una aportación adicional realizada por el catedrático LARA GONZÁLEZ, al entender que la delimitación conceptual referente a la estabilidad se ve plasmado en el contrato de agencia en dos secuencias distintas: la vinculación “estable” o “duradera” de las partes y, por otro lado y como consecuencia de esta, se deduce que las obligaciones que se derivan del contrato (obligación de promoción por parte del agente y obligación de pago de una remuneración por parte del empresario) no se agotan en una prestación única, sino que se requiere un actividad constante por parte del agente y la realización de prestaciones periódicas por parte del empresario¹⁴.
- Retribución: La propia definición del contrato de agencia establece que el agente se obliga a promover actos u operaciones de comercio a cambio de una remuneración. Más en concreto el sistema de retribución se regulan en los artículos 11 y siguientes de dicha ley, pudiendo consistir en una cantidad fija, una comisión o en una combinación de los dos sistemas, como sucede en el caso de Fernando.
- Independencia: Esta característica resulta de suma importancia para diferenciar si nos encontramos ante un contrato de agencia o ante un contrato laboral, lo cual sucedería si existiese una relación esencial de dependencia, concepto regulado en el artículo 2 de la LCA. En esta línea entiende nuestro Alto Tribunal en una sentencia dictada poco tiempo después de la entrada en vigor de la mencionada ley, que la independencia ha de entenderse concurrente cuando el representante de comercio “queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su elección, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare”¹⁵. A pesar de dicha aportación, esta autonomía no ha de interpretarse como libertad plena de actuación, sino como actuación sometida a las instrucciones del empresario en determinadas instrucciones generales como la fijación del precio o la forma de realizar los pedidos, etc.¹⁶.
- Actuación por cuenta ajena: Esta nota característica se presenta asimismo en la definición aportada por la LCA, al establecer que la persona denominada agente “se obliga frente a otra”. Este punto guarda relación con la restricción de autonomía recientemente explicada, en el sentido de que el agente no tendrá libertad total de actuación, sino que deberá seguir unas instrucciones generales encomendadas por la empresa y recibirá de esta la correspondiente remuneración.

En base a las características explicadas el contrato de Fernando merece la calificación de contrato de agencia puesto que efectivamente lleva a cabo la promoción de los

¹³ SAP Alicante num. 76/2003 de 13 de febrero (AC 2003\833) y SAP de Córdoba num. 245/2003 de 12 de mayo (JUR 2003\151775).

¹⁴ LARA GONZÁLEZ, R. “¿Contrato de mediación o contrato de agencia? El carácter estable y continuado de la relación”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº11, Aranzadi, 2015.

¹⁵ Vid. STS num. 4046/1996 de 2 de julio (RJ 1996\5631).

¹⁶ Vid. GADEA SOLER, E., SANCRISTÁN BERGIA, F.: *El contrato de agencia. La Ley 12/1992 en la jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2010, p.66.

productos de Pantallas LED Filo S.L., de forma duradera e ininterrumpida a cambio de una retribución de carácter mixto consistente en una parte fija y otra variable (equiparable a las comisiones) y pudiendo organizarse para ello como estime oportuno.

2.2. La resolución del contrato. Análisis de la conformidad a derecho.

Conviene aclarar, con carácter previo, que en el momento en que se produce la resolución contractual Fernando cuenta con un contrato indefinido puesto que una vez transcurridos los tres años de duración que aparecían fijados en el contrato, éste continúa realizando la actividad de captación de clientes. Se cumple por tanto lo dispuesto en el artículo 24 de la LCA “los contratos de agencia que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida”.

En relación a la extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido habrá que acudir al artículo 25 de la LCA que establece que éste se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito. En este punto se evaluarán dos factores a tener en cuenta para el análisis de la conformidad a derecho de dicha resolución contractual: el cumplimiento de las obligaciones por parte del agente y la denuncia unilateral y necesidad de preaviso.

2.2.1. Cumplimiento de las obligaciones del agente

Las obligaciones del agente aparecen reguladas en el artículo 9 de la LCA. Entre ellas destaca la obligación de ocuparse con la diligencia de un ordenado empresario de la promoción y conclusión de los actos que se le hubieran encomendado, comunicar al empresario toda la información de que disponga, desarrollar su actividad conforme a unas instrucciones razonables recibidas del empresario o recibir en nombre del mismo cualquier reclamación de terceros.

De los conceptos anteriores conviene definir qué se entiende por “diligencia de un ordenado empresario”. En este sentido la profesora ROCÍO QUINTÁNS define esta obligación como “la diligencia de un sujeto conocedor de los métodos y formas de organización de los medios materiales y personales constitutivos de una empresa, así como de la colocación de los bienes o servicios que produce en el mercado, actuación que ha de realizarse con criterios de racionalidad económica, calculando riesgos, comparando costes y beneficios, oportunidades de negocios, etc”¹⁷.

A pesar de que en el caso no se proporciona información concreta a cerca del cumplimiento o no de estas obligaciones por parte del agente, se presupondrá que se han cumplido debido a la duración del contrato de Fernando puesto que si efectivamente este no llevase a cabo sus obligaciones, la empresa habría decidido resolver el contrato con anterioridad.

En cuanto a la obligación de diligencia conforme un ordenado empresario, podría quedar en entredicho debido al descenso de clientes producido en los últimos años, no obstante, se considera igualmente su actuación de forma diligente puesto que en caso contrario no se habría producido un incremento importante de la facturación.

¹⁷ QUINTÁNS EIRAS, R.: Las obligaciones Fundamentales del Agente, Civitas, Madrid, 2001, p.345.

2.2.2. Denuncia unilateral y necesidad de preaviso

El artículo 25 de la LCA, que establece que “el contrato de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito”. Nos encontramos ante un desistimiento legal y no ante un desistimiento convencional instaurado por la voluntad de las partes. Existe por tanto una facultad bilateral, que puede ser ejercitada tanto por el agente como por el empresario, mientras que la otra parte deberá soportar obligadamente tal circunstancia puesto que no puede hacer nada para evitar que se produzca la desaparición del contrato, no siendo necesario por tanto el consentimiento de la contraparte para dicha resolución¹⁸.

En este sentido se afirma la posibilidad de la resolución del contrato por parte de la empresa, independientemente del consentimiento de Fernando.

El preaviso supone efectuar una comunicación por escrito y envío a la otra parte con la suficiente antelación, manifestando la voluntad de extinguir el contrato en una determinada fecha, es decir, es el espacio de tiempo que ha de mediar entre el momento en que una de las partes recibe la notificación de la resolución del contrato y el día en que efectivamente se extingue la relación de agencia. Esta figura se fundamenta en la buena fe, teniendo como finalidad que la parte afectada pueda buscar otra empresa o agente y sufra el mínimo perjuicio posible¹⁹. De este modo, la formulación de preaviso no excluye que las partes contratantes deban seguir cumpliendo con sus obligaciones que nacen del contrato de agencia hasta la efectiva extinción del mismo.

El mencionado artículo 25 de la LCA concreta que el preaviso deberá ser de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses, pudiendo fijarse mayores plazos de preaviso por mutuo acuerdo entre las partes. Para la determinación del plazo de preaviso de aquellos contratos que hubiesen pasado de determinados a indefinidos se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.

En este supuesto, dado que no está claro el hecho de que la empresa hubiese efectuado el correspondiente preaviso, nos posicionaremos en ambas situaciones:

En caso de que efectivamente lo hubiese efectuado, cumpliría con lo dispuesto en la normativa de la LCA y el mencionado principio de buena fe, de modo que no habría duda sobre la licitud de la resolución contractual.

La discusión surge en el momento en que no se produce el preaviso por parte de la empresa puesto que la LCA da a entender que, habiendo el agente cumplido sus obligaciones, es necesario que exista preaviso para poder extinguir un contrato de agencia de tiempo indefinido. Se trae en este punto la literalidad de unas líneas de la Exposición de Motivos, que rezan lo siguiente: “se ha considerado conveniente establecer que los únicos supuestos en que puede tener lugar la extinción sin preaviso son el incumplimiento de las obligaciones, de un lado, y la quiebra y suspensión de pagos de la contraparte, de otro”.

¹⁸ Vid. LARA GONZÁLEZ, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 162- 175.

¹⁹ Vid. MOXICA ROMÁN, J: *La ley del Contrato de Agencia. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 168 – 169.

A pesar de la citada literalidad, nuestro Tribunal Supremo se manifiesta de forma breve pero contundente al respecto estableciendo que “la ausencia de preaviso puede producir consecuencias jurídicas, pero no la de prorrogar la vigencia del contrato más allá de la fecha fijada para su extinción”²⁰.

Se entiende por tanto que, aún con la ausencia de preaviso es posible la resolución del contrato, independientemente de que de dicha situación se deriven las pertinentes consecuencias jurídicas, tal y como se expondrá a continuación.

2.3. El derecho a indemnización

La LCA manifiesta la posibilidad de recibir por parte del agente en caso de extinción del contrato, indemnización por clientela (artículo 28) e indemnización por daños y perjuicios (artículo 29). Asimismo y aunque no aparece reflejado en la ley, existe la posibilidad de recibir una indemnización por falta de preaviso. Se procederá por tanto a analizar cada una de las figuras indemnizatorias para ver si tienen cabida en el caso que nos ocupa.

2.3.1. Indemnización por clientela

El artículo 28 de la LCA establece una serie de circunstancias a tener en cuenta para el devengo de la indemnización por clientela, las cuales se exponen a continuación:

a) Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente: Estos requisitos se plantean de forma alternativa, siendo necesaria la prueba de concurrencia de al menos una de ellas²¹.

En el caso que nos plantea conviene analizar en primer lugar si procede indemnización de clientela debido al incremento de clientes producido como consecuencia de la actividad de Fernando. Si bien durante la vigencia del contrato del agente puede ser que se hubiesen ido clientes antiguos y este hubiese aportado nuevos clientes, lo cierto es que, ante el desconocimiento de esta situación, nos guiaremos por la información presentada a nivel gráfico, que nos muestra que si bien entre los años 2006 y 2010 se ha producido un incremento importante del número de clientes, posteriormente este número desciende, alcanzando los mismos niveles que en el momento de su contratación.

El por ello que, aun pudiendo Fernando probar que sí ha aportado nuevos clientes, con la información del caso, el agente no cumpliría este requisito.

A pesar de que efectivamente, a nivel cuantitativo, el número de clientes aportados disminuye nuevamente hasta alcanzar los niveles con los que la empresa contaba antes del iniciar la relación contractual con Fernando, se observa que durante la vigencia de este contrato se produjo un incremento de los ingresos por ventas, lo cual se puede deber al afianzamiento de las relaciones con clientela preexistente o puede ser debido a factores ajenos al agente. En este sentido manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de noviembre de 2004 que para que proceda la indemnización por clientela, este incremento de ingresos debe venir dado por el incremento de las operaciones del agente, siendo necesaria la prueba de que el número de actos de

²⁰ Vid. STS num. 645/2009 de 15 de octubre (RJ 2009\5574).

²¹ Vid. SSTS num. 560/2007 de 25 de mayo (RJ 2007\3604) y num. 606/2014 de 5 de noviembre (RJ 2014\6452).

comercio promovidos por el agente se hubiera incrementado sensiblemente²². Y es que el incremento de ingresos puede deberse a factores externos como el aumento de tamaño de los clientes preexistentes, lo cual provocaría una mayor demanda, independientemente de la actividad promocional del agente.

Ante la ausencia de datos que manifiesten la posible existencia de factores externos que hubiesen influido en el incremento de los ingresos, se afirma que el incremento de las operaciones es debida a la labor promocional de Fernando.

b) Continuación de producción de ventajas para el empresario: Este es un requisito cumulativo con uno o ambos de los anteriormente expuestos y se cumple si en el momento de resolución del contrato la clientela aportada por el agente continúa activa o se prevé que el empresario pueda seguir aprovechándose del incremento de las operaciones realizadas por el mismo. En este sentido al agente le corresponderá acreditar la existencia de que la relación comercial se ha desarrollado con normalidad, lo que hace suponer que así seguirá siendo en el futuro y al empresario, en su caso, la destrucción de tal hecho y sobre todo el de probar que se trata de clientes no adictos a la empresa, sino al agente y que por ello no va a obtener ventaja alguna en el futuro. Así, a modo de ejemplo, cuando los clientes del agente no sean destinatarios finales del producto, sino intermediarios, probablemente sigan produciendo ventajas para el empresario puesto que seguirán adquiriendo el producto, lo cual es más improbable que suceda en el caso de un consumidor final²³.

En este supuesto, y ante la magnitud las pantallas, que se caracterizan por sus grandes dimensiones al ser destinadas principalmente a finalidades publicitarias, se presupone que, aun siendo destinadas a un consumidor final, este será una gran empresa que probablemente continúe adquiriendo el producto. Se añade que, ante la dinámica de incremento de ingresos, esta seguirá su curso tras la resolución del contrato de Fernando.

Se cumple por tanto el requisito de aumento sensible de las operaciones con la clientela así como la continuación de ventajas para el empresario.

c) Equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de la competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran: En este punto, existe discrepancia sobre si debe ser considerado como un requisito cumulativo junto con los anteriormente mencionados para la procedencia de la indemnización por clientela, o simplemente sirve como base para llevar a cabo una cuantificación y concreción de la misma.

La duda surge como consecuencia de la lectura de determinadas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, tales como la del 10 de enero de 2010, en la cual a la hora de establecer los requisitos para la concurrencia de la indemnización por clientela, sitúa en un mismo nivel los requisitos anteriormente expuestos y el que es objeto de análisis²⁴. La misma línea jurisprudencial se sigue en la sentencia del mismo tribunal de 31 de mayo de 2012, la cual expone literalmente “el juicio de equidad en la determinación de la procedencia de la indemnización por clientela previsto en el apartado 1 del art. 28.1

²² STS num. 1156/2004 de 30 de noviembre (Id Cendoj 28079110012004101140).

²³ Vid. MOXICA ROMÁN, J.: *La ley del Contrato de Agencia. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 190-191.

²⁴ STS num. 868/2010 de 10 de enero (RJ 2011\152).

LCA debe alcanzar también a la fijación de su importe”²⁵. Así, de la interpretación de estas sentencias se entiende que nuestro Tribunal Supremo pretende que el juicio de equidad sirva para determinar si procede la indemnización por clientela, así como para delimitar su importe.

A pesar de lo anteriormente expuesto, se entiende que la finalidad de la indemnización por clientela perdería su fundamento en caso de que este último requisito fuese indispensable para su devengo. Se sigue por tanto la línea doctrinal manifestada por FERNÁNDEZ SEIJO al entender que “la indemnización por creación de clientela lo que contempla y pretende compensar es la creación para el empresario de un fondo de comercio que está representado por esa clientela que ha creado. En caso de que no exista pacto de limitación de competencia, no por eso se va a dejar de tener derecho el agente a la indemnización por creación de clientela”²⁶. Interpreta que el requisito de equidad, teniendo en cuenta en este caso la existencia de pacto de limitación de competencia, es un requisito alternativo en conjunción con los anteriormente mencionados añadiendo que “su inexistencia no tiene por qué tener efectos sobre la procedencia de la indemnización, ni sobre su cuantificación”, afirmación que se comparte.

A la hora de llevar a cabo la valoración de la equidad, debe tenerse en cuenta la existencia de pactos de limitación de la competencia. En el caso que nos ocupa no se hace referencia a la existencia o no de dichos pactos, de modo que deberemos situarnos desde ambos puntos de vista.

Si no existen estos pactos, siguiendo lo anteriormente expuesto, esto no afectaría a la procedencia de la indemnización, pudiendo darse esta como consecuencia del incremento de operaciones con los clientes y su continuación de reporte de beneficios para el empresario.

En caso de que existiesen pactos de limitación de competencia, procedería con mayor razón y por mayor cuantía la indemnización por clientela puesto que para un agente comercial la limitación de la competencia supone una dura restricción de su actividad puesto que este suele ser un profesional de un sector determinado en el que son conocidos.

En cuanto a la aplicación de la equidad en relación a las comisiones perdidas, se establece una relación con el artículo 13 de la LCA, referente a las comisiones por actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción del contrato de agencia. De este modo, el agente tendrá derecho a una comisión cuando dicha conclusión se produzca debido a la actividad desarrollada por el agente o éste haya recibido encargo o pedido antes de la conclusión del contrato. Así, en caso de que como consecuencia de la resolución contractual el agente deje de percibir esa comisión, le corresponderá una mayor indemnización por clientela.

A la hora de afirmar que la concurrencia de pactos de limitación de competencia o de comisiones perdidas se debe tener en cuenta para incrementar la cuantía de esta indemnización se sigue lo dispuesto por nuestro Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 31 de mayo de 2012 al establecer que el juicio de equidad debe servir para la fijación del importe de la indemnización.

²⁵ STS num. 341/2012 de 31 de mayo (RJ 2012\6549).

²⁶ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, op. cit., pp. 98-101.

Finalmente, se hace referencia a las “demás circunstancias que concurran”, las cuales pueden estar relacionadas con los años de antigüedad del agente en la empresa, su edad y dificultades para encontrar trabajo, etc.

En el caso no se presenta información acerca de la existencia de pactos de limitación de competencia o comisiones perdidas, por lo cual no se puede realizar un pronunciamiento claro en esta materia.

Sí se afirma que Fernando tiene derecho a la indemnización por clientela puesto que debido a su actividad se produce el incremento de las operaciones con la clientela y esto producirá ventajas para el empresario. Esta indemnización no podrá exceder el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años²⁷. Así, en el supuesto que nos ocupa, el límite máximo de indemnización sería de 19.569,20 €.

2.3.2. Indemnización por daños y perjuicios

La LCA regula esta figura en su artículo 29, que reza lo siguiente: “Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado en el agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”.

En primer lugar, de la literalidad del artículo podemos extraer que esta indemnización es procedente de forma cumulativa con la indemnización por clientela. Asimismo, deben darse otros requisitos que aparecen en el mencionado precepto, como la existencia de una resolución unilateral, si bien su concurrencia de forma aislada no comporta per se la necesidad de indemnizar los daños causados por la resolución del vínculo contractual²⁸. Se requiere por tanto que el agente hubiese efectuado una serie de gastos amortizables durante la duración del contrato del agente y que los mismos hubiesen sido realizados siguiendo instrucciones del empresario. Estos gastos no estarían referenciados a gastos corrientes, sino de inmovilizado susceptible de amortización y no se incluirán en ellos aquellos realizados por el agente motu proprio y sin contar con el empresario.

Conviene en este punto traer a colación la matización de lo que se considera por “instruido por el empresario”, incluyéndose en este concepto las acciones que el empresario exige por propio contrato o las que derivan de una sugerencia por parte del mismo. Queda menos claro el supuesto en el que el empresario efectúa un simple consejo, sin la suficiente entidad como para ser considerado como una instrucción. Y es que el término “instruido” como condicionante de la indemnización de daños y perjuicios debe al menos entenderse como “inducido”²⁹.

Una vez realizada esta puntualización conceptual se añade el requisito de que durante el tiempo transcurrido previamente a la resolución del contrato dichos gastos no hayan podido ser amortizados.

²⁷ Vid. Art. 28.3 LCA.

²⁸ Vid. STS num. 977/2005 de 19 de diciembre (RJ 2006/295).

²⁹ Vid. MOXICA ROMÁN, J.: *La ley del Contrato de Agencia. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., p.199-201.

Los requisitos para el devengo de la indemnización por daños y perjuicios deberán ser evaluados en el caso propuesto dado que, ante la ausencia de cualquier tipo de información al respecto, resulta imposible extraer una conclusión clara. De este modo, si Fernando hubiese realizado inversiones en inmovilizado que no hubiese podido recuperar a fecha de resolución del contrato y procediesen de una instrucción del empresario, procederá la mencionada indemnización.

2.3.3. Indemnización por falta de preaviso

Esta figura indemnizatoria no se encuentra específicamente regulada en la LCA, no obstante nuestro Tribunal Supremo acepta su concurrencia, manifestando en la referenciada sentencia del 19 de diciembre de 2005 que su finalidad es “volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento”.

Es importante puntualizar que esta indemnización por ausencia de preaviso no tiene un efecto inmediato, sino que para que surja efecto debe probarse la existencia de un perjuicio o daño derivado de dicha falta de preaviso. Así lo sostiene nuestro Alto Tribunal al establecer que los daños deben ser indemnizados conforme a las normas generales de los contratos pero siempre tras probar su realidad dado que la omisión del preaviso no los genera de modo necesario³⁰.

De esta última sentencia se extrae que este tipo de indemnización se regula por las normas generales de los contratos, siendo de aplicación en este caso la generalidad del artículo 1902 del CC que reza lo siguiente: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

En resumen podemos decir que en caso de que Fernando pruebe la efectiva producción de daños y perjuicios, tendrá derecho a la correspondiente indemnización.

3. Análisis de licitud del negocio de Fernando y de la actuación de Textiles del Suroeste S.A. Procedencia de reclamación contra las partes.

Tras la resolución del contrato que Fernando mantenía con Pantallas LED Filo S.L. este decide instaurar un negocio de venta de pantallas led en Zamora, constituyendo una sociedad denominada Fer LED S.L. Tras la adquisición de gran prestigio en el territorio mencionado, empresas de otras zonas geográficas se ponen en contacto con Fernando, entre las que se encuentra Textiles del Suroeste S.A., que hasta ese momento había sido cliente de LED Filo S.L, con quien tenía una relación contractual a través de la cual se comprometía a adquirir pantallas exclusivamente a esta empresa hasta diciembre del año 2015.

3.1 Análisis de la licitud del negocio desarrollado por Fernando

3.1.1. Una cuestión previa: la libertad de empresa

Antes de entrar en materia conviene hacer referencia a la importancia que se otorga en nuestro ordenamiento a la libertad de empresa, la cual goza de un amparo constitucional, estando regulada en el artículo 38 de nuestra Constitución Española (en

³⁰ SSTs num. 991/2007 de 28 de septiembre (RJ 2007\5311) y num. 480/2012 de 18 de julio (RJ 2012\8363).

adelante CE)³¹ Si bien este precepto no aparece definido de forma clara en el mencionado artículo será nuestro Tribunal Constitucional quien aclare que “la libertad de empresa supone la libertad de decisión para crear empresas, establecer sus propios objetivos y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”. Añade dicho tribunal que las restricciones a que quede sometida la libertad de empresa deberán ser idóneas y adecuadas al fin legítimo que el legislador persigue y proporcionar ventajas mayores que los sacrificios que impongan³².

Vemos por tanto que existe una intención institucional protectora del mercado, buscando garantizar un espacio de libertad en la fijación de las condiciones de intercambio entre sus distintos integrantes. Así, si bien no se hace referencia a la competencia en todo el articulado de la Constitución, se encuentra implícito en este precepto³³.

3.1.2. Limitaciones contractuales de la competencia en la LCA

En el caso no aparece clarificada la existencia de dichos pactos de limitación de la competencia, motivo por el cual en este apartado analizaremos ambas posibilidades:

A) Inexistencia de limitaciones contractuales:

En este caso, Fernando podrá desarrollar libremente su actividad, de acuerdo con el principio anteriormente expuesto, siempre y cuando no realice actuaciones que puedan ser calificadas de desleales, supuesto que será tratado en mayor profundidad en el apartado 3.1.3.

B) Existencia de limitaciones contractuales

El artículo 20 de la LCA recoge que entre las estipulaciones del contrato de agencia puede incluirse la restricción o limitación de las actividades profesionales que desarrolle el agente tras la extinción de dicho contrato, no pudiendo tener dicha restricción una limitación superior a dos años. Así, en caso de que se establezca en el contrato un plazo superior, se producirá una nulidad parcial del mismo en lo referente al exceso de plazo establecido³⁴.

Respecto de la limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente, debe realizarse una interpretación amplia en la que se entienda que dichas limitaciones no deben aplicarse solamente a las actividades que el profesional desarrolle como agente mercantil, sino que la obligación de no hacer se refiere a todos los ámbitos formales en los que pueda verificarse la concurrencia con el antiguo principal³⁵.

El artículo 21 de la LCA añade una serie de requisitos que debe cumplir el pacto de limitación de la competencia para que pueda ser considerado válido:

³¹ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

³² Vid. STC num. 53/2014 de 10 de Abril (RTC 2014\53).

³³ Vid. VIERA ÁLVAREZ, C.: “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2010, pp. 197-203.

³⁴ STS num. 870/2009 de 10 febrero (Id Cendoj 28079140012009100097).

³⁵ MERCADAL VIDAL, F.: *El contrato de agencia mercantil*, Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1998, pp. 542-547.

a) La formalización por escrito, siendo por tanto un requisito *ad solemnitatem*, sin el cual el pacto puede ser declarado nulo.

En el supuesto que nos ocupa se presume que, en caso de existir el pacto, cumpliría este requisito básico y fundamental.

b) Su única extensión a la zona geográfica o a ésta y al grupo de personas confiadas al agente.

En este punto y si bien se establece una delimitación territorial y de clientela no es necesario que se haya producido una asignación determinada, sino que el término “confiados” debe ser entendido en el sentido de una referencia abstracta al ámbito territorial y personal al que pueda vincularse *ex post*³⁶.

Este requisito merece una interpretación en mayor profundidad puesto que de su literalidad se desprende que si bien se puede establecer esta limitación de competencia en relación a la zona geográfica, no será posible su imposición en relación a la clientela únicamente, siendo necesaria también que esta se encuentre en la zona geográfica determinada. No obstante, autores como MERCADAL VIDAL entienden que son requisitos independientes, no siendo necesaria la concurrencia espacial y de clientela en lo referente a la limitación de competencia, opinión que se comparte.

En relación a estos requisitos, podemos afirmar que Fernando no realiza su actividad en el mismo territorio puesto que instaura su sede empresarial en Zamora, territorio ubicado hacia el Noroeste peninsular.

No obstante, merece un mayor examen la venta de pantallas led al anterior cliente de Pantallas LED Filo S.L, el cual procede del suroeste peninsular (territorio anteriormente gestionado por Fernando en calidad de agente), puesto que a priori, podría entenderse vulnerado el pacto de no competencia por estar operando con dicho cliente. Para ver si efectivamente estamos ante una conducta lícita o no, debe hacerse referencia a las ventas activas y las ventas pasivas³⁷.

Por ventas activas se entiende la aproximación activa a clientes individuales por ejemplo mediante correo electrónico o mediante publicidad en medios de comunicación u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes.

Por ventas pasivas se entiende la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. También se consideran ventas pasivas las actividades de publicidad con carácter general o si un cliente visita el sitio web de una empresa, se pone en contacto con ella y este contacto culmina en venta, entrega incluida.

En base a lo anteriormente expuesto, podemos decir que no se produce por parte de Fernando una venta activa de sus productos a Textiles del Suroeste S.A, sino que nos encontramos ante una venta pasiva puesto que es este último el que se pone en contacto

³⁶ MERCADAL VIDAL, F.: *El contrato de agencia mercantil*, Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1998, pp. 542-547.

³⁷ Directrices relativas a las restricciones verticales. Comunicaciones procedentes de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Comisión Europea. <<DOUE>> (2010/C 130/1), de 19 de mayo de 2010. Párrafo 51.

con el primero para la adquisición de las pantallas, produciéndose la venta de las mismas como consecuencia de este contacto.

En este punto debe traerse a colación el Reglamento (UE) 220/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. La vigencia de este Reglamento y aplicabilidad nacional viene determinada por el artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)³⁸.

Interesa por tanto traer a colación lo dispuesto en el artículo 2 y 4 del mencionado Reglamento, puesto que se establece que lo recogido en el artículo 101 del TFUE (relativo a la prohibición de prácticas concertadas que impidan, restrinjan o falseen la libre competencia en el seno del mercado interior), goza de una serie de exenciones como por ejemplo cuando este tipo de acuerdos se da entre un proveedor y un distribuidor de bienes o servicios del mismo. Se puntualiza en el artículo 4 que esta excepción procede en el caso de la restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor.

Vemos por tanto, que sería perfectamente lícito el pacto de restricción de competencia en relación con las ventas activas que Fernando pudiese realizar a Textiles del Suroeste S.A. No obstante, añade la Comisión en el referenciado párrafo del comunicado que “esta protección de territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva ha de permitir, sin embargo las ventas pasivas a tales territorios o grupos de clientes”.

A raíz de lo anteriormente expuesto podemos afirmar que, ante la existencia de un pacto de limitación de competencia, Fernando no estaría vulnerando dicho pacto en lo que al tratamiento de la clientela se refiere.

c) Actividad profesional desarrollada en relación a la misma clase de bienes o servicios que estaba promoviendo con el anterior empresario.

Este requisito sí se cumple en el supuesto que nos ocupa puesto que Fernando se dedica a la creación y venta de pantallas Led, al igual que la empresa para la que anteriormente realizaba labores de agente.

En resumen podemos decir que en caso de efectivamente existir un pacto de limitación de la competencia, no se vería incumplido por parte de Fernando puesto que, si bien se dedica al desarrollo de la misma actividad profesional, esta se ejercita en un territorio distinto y se realiza respecto al anterior cliente de Pantallas LED Filo S.L una venta pasiva, cuya prohibición no puede incluirse en el referenciado pacto.

3.1.3 Análisis del comportamiento de Fernando según la Ley de Competencia Desleal

Dejando a un lado las limitaciones derivadas de un pacto de no competencia, en este apartado se analizará la posible vulneración de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD)³⁹ como consecuencia de la obtención como cliente de Textiles del Suroeste, S.A., antiguo cliente de Pantallas LED Filo, tras la ruptura de la relación contractual que les unía.

³⁸ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872 (25 págs.)

³⁹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. «BOE» núm. 10, de 11/01/1991.

En este sentido, podría plantearse un supuesto de vulneración del artículo 14 de la LCD, de cuya lectura se desprende la posibilidad de ser considerada como desleal la conducta que suponga una infracción contractual de la otra parte. A continuación se exponen los requisitos necesarios para que se produzca la conducta desleal, así como la posible concurrencia de los mismos en el caso que nos ocupa.

a) Existencia de una relación contractual: supone un requisito básico puesto que si no existe una relación jurídica derivada de un contrato no existirán deberes contractuales que puedan verse infringidos como consecuencia de la actividad infractora.

En el presente caso sí existía una relación contractual entre Pantallas LED Filo S.L y Textiles del Suroeste S.A, cuya duración estaba establecida hasta diciembre del año 2015.

b) Relación de competencia: esta relación se extrae de la literalidad del artículo al emplearse términos como “infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores” o “eliminar a un competidor del mercado”, debiendo producirse esta relación de competencia entre el sujeto activo de la conducta y el sujeto pasivo, siendo este último la empresa que se ve afectada por la resolución o infracción contractual del cliente.

En este punto BERCOVITZ expone que no es necesario este requisito puesto que el derecho contra la competencia desleal no está dirigido a dirimir conflictos entre competidores, sino que es un instrumento de ordenación y control de las conductas del mercado.⁴⁰ Esta línea argumentativa encuentra apoyo en el artículo 3.2 de la LCD, que establece que su aplicación no debe supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal y sobre la misma se manifiesta en sentido nuestro Tribunal Supremo entendiéndose que lo importante es la finalidad concurrencial, lo cual sí es presupuesto inexcusable de todo ilícito competencial, entendiéndose esta como la idéntica actividad productiva y comercial.⁴¹ Es importante añadir que esta sentencia, a diferencia de lo que se establece en los pactos de no competencia, se manifiesta irrelevante la distancia geográfica o el sector de mercado de que se trata.

En el supuesto objeto de análisis sí puede hablarse de una relación de competencia, y concretamente concurrencial puesto que se desarrolla la misma actividad productiva y comercial, consistente en la elaboración, mejora y venta de pantallas led.

c) Actividad inductora: la inducción es el acto generador de una conducta que no es espontánea, sino provocada por otro, impulsada desde un comportamiento externo, lo cual lleva a la producción de una actuación que sin ese impulso muy probablemente no se habría realizado⁴².

A pesar de la presencia de este concepto en el mencionado artículo, debe destacarse que *prima facie* una inducción a la terminación regular de un contrato no se considera *per se* como desleal, siendo que “la lucha por la captación de clientela es consustancial al sistema de libre competencia y, además, deseable, ya que permite una asignación de

⁴⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 390.

⁴¹ Vid. STS num 559/2007 de 23 de mayo (RJ 2007/3603).

⁴² Vid. BARONA VILAR, S.: *Competencia Desleal: tutela jurisdiccional- especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional: doctrina, legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 590.

recursos más eficiente, incluso aunque comporte la expulsión de un competidor del mercado. En un sistema de libre competencia nadie tiene derecho a conservar su clientela, sino que esta puede perfectamente dirigirse a aquel que ofrezca mejores condiciones”⁴³.

No se observa que Fernando haya realizado de forma activa una actividad inductora hacia Textiles del Suroeste S.A, sino que es esta quien acude a demandar sus servicios como consecuencia de la mejor calidad de los mismos. Podría existir en todo caso una actividad inductora indirecta, pero que de todos modos, no puede ser considerada como desleal.

d) Concurrencia de circunstancias como el engaño o la intención de eliminar al competidor del mercado. El artículo 14 de la LCD expone estos dos requisitos a modo de ejemplo, siendo considerados como circunstancias reprobables.

En este punto, tal como expone nuestro Tribunal Supremo en su sentencia del 8 de octubre de 2007, habrá que estar a los medios empleados y métodos utilizados para conseguir la infracción contractual, no siendo esta una conducta de resultado, sino de mera actividad⁴⁴. Estos medios empleados para ser considerados ilícitos han de revelar engaño, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de fama ajena o explotación de secretos⁴⁵.

Al hablar el mencionado precepto de “intención”, este concepto debe ser relacionado directamente con la buena fe objetiva, regulada en el artículo 4 de la LCD y a través de la cual se exige una “conducta ética a través de los valores de honradez, lealtad, justo reparto de la responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto sensible y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena”⁴⁶.

Finalmente, si se hace referencia a la posibilidad de eliminar al competidor del mercado no se pueden incluir en este precepto las dificultades que puede atravesar el competidor como consecuencia de la actividad de mercado de otros participantes, sino la llevanza a cabo de un acto de obstaculización con ánimo predatorio que pretenda impedir u obstaculizar la actividad del competidor del mercado, de modo que el inductor pretenda mejorar su posición competitiva en el mercado aniquilando al competidor⁴⁷.

Puesto que, como se indicó anteriormente, Fernando no se ha puesto en contacto con el cliente, sino que se ha producido una situación contraria, se puede afirmar la inexistencia de cualquier tipo de engaño hacia el mismo o la utilización de medios que se puedan considerar reprochables desde el punto de vista ético. Asimismo se desvirtúa la intencionalidad de obstaculizar el libre desarrollo de la actividad de Pantallas LED Filo S.L puesto que Fernando ya cuenta con un gran prestigio en el territorio en el que se ha ubicado, e incluso en otras zonas geográficas, lo cual se ha producido gracias a su buen hacer.

⁴³ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F.: *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal (práctica jurídica)*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 241.

⁴⁴ STS num. 1032/2007 de 8 de octubre (RJ 2007\6805).

⁴⁵ Vid. STS num. 1169/2006 de 24 de noviembre (RJ 2007\262).

⁴⁶ Vid. STS num. 248/2002 de 19 de abril (RJ 2002\2206).

⁴⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, op. cit.*, pp. 398-402

Una vez tratada la posible inducción a la infracción contractual regulada en el artículo 14 de la LCD, y situándonos en el mismo supuesto, podríamos encontrarnos ante una captación de clientela de la antigua empresa, encuadrable en el mencionado artículo 4 de la LCD, el cual ha sido dotado de contenido autónomo, para reprimir aquellos comportamientos que atentan contra la buena fe objetiva y debe regir ante circunstancias que no están especialmente tipificadas en la LCD⁴⁸. Lo que se pretende a través de este precepto es conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no “mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado”⁴⁹.

En relación al análisis de licitud de la captación de clientela, expone nuestro Tribunal Supremo a través de sus sentencias de 8 de junio de 2009 y 11 de febrero de 2011 que la sociedad demandante no puede impedir que un antiguo trabajador cree una empresa en la que desarrolle la misma actividad profesional ni tampoco que éste realice todos los esfuerzos necesarios para arrebatar la clientela al competidor puesto que, si bien esta tiene un gran valor económico, esto no le otorga al empresario ningún tipo de derecho sobre la misma⁵⁰.

Expone el catedrático LARA GONZÁLEZ que “fuera de los supuestos de hecho tipificados por el artículo 14 de la LCD, el contacto con la clientela a la que se ha conocido mientras se trabajaba para la empresa, a fin de ofertar el mismo servicio ahora desde otra empresa, una vez producida la desvinculación con la anterior, no constituye un acto de competencia desleal”.

Tras haber analizado anteriormente los mencionados supuestos de hecho y no apreciar la concurrencia de una conducta desleal de Fernando, tampoco podremos apreciar una intención de captación de clientela mediando mala fe.

Una vez expuestos los argumentos que demuestran que no ha existido por parte de Fernando ningún acto de inducción a la infracción contractual, captación de clientela mediando mala fe o vulneración de un posible pacto de restricción de la competencia, podemos decir que no existe ninguna vía a través de la cual poder reputar la conducta de Fernando como ilícita.

3.2. Análisis de la licitud de la actuación de Textiles del Suroeste S.A.

3.2.1. Calificación del contrato

Para determinar la licitud de la actuación de Textiles del Suroeste S.A en primer lugar es necesario evaluar la calificación del contrato que esta mantenía con LED Filo S.L.

Al tratarse de una relación contractual a través de la cual el cliente se comprometía a adquirir pantallas a la empresa fabricante, podríamos encontrarnos ante un contrato de compraventa, no obstante, y teniendo en cuenta que este compromiso se prolonga hasta diciembre de 2015, entendiéndose que se producen entregas sucesivas, será más

⁴⁸ Vid. LARA GONZÁLEZ, R.: “Captación de clientes de la antigua empresa y actos de competencia desleal”. Legal Today. Noviembre de 2012. Obtenido el 30 de Mayo de 2017, disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/captacion-de-clientes-de-la-antigua-empresa-y-actos-de-competencia-desleal>

⁴⁹ Vid. STS num. 1169/2006 de 24 de noviembre (RJ 2007\262).

⁵⁰ SSTS num. 383/2009 de 8 de junio (RJ 2009\4573) y num. 19/2011 de 11 de febrero (RJ 2011\2349).

acertada la calificación del mismo como suministro. Así, tal como explica nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de mayo de 2002 mientras en la compraventa la cosa vendida se entrega de una vez o en actos distintos (refiriéndose siempre a una cosa unitaria), en el suministro se cumple de manera sucesiva, obligándose una parte a la entrega de cosas y la otra al pago del precio, en entregas y pagos sucesivos y períodos de tiempo determinados o determinables”⁵¹.

Podemos definir por tanto el contrato de suministro como un contrato atípico mediante el cual una parte (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en época y cantidad fijada en el contrato o determinadas por el suministrado según sus necesidades. Al ser un contrato atípico se regula en primer lugar por lo previsto por las partes en aras al principio de autonomía de la voluntad o *pacta sunt servanda* del artículo 1255 del CC y en su defecto por la normativa de la compraventa, que en el caso de la mercantil encuentra su regulación en los artículos 325 y ss del CCom. En último lugar habrá que atenerse a las normas generales de las obligaciones y contratos⁵².

3.2.2. Análisis de la licitud del cliente

Como se ha expuesto anteriormente, Textiles del Suroeste S.A. se había comprometido a través de un contrato a la adquisición de pantallas de forma exclusiva a Pantallas LED Filo S.L hasta diciembre del año 2015. A pesar de ello, a comienzos del año 2014 termina el contrato que tenía con esta para adquirir los productos de Fer LED S.L.

Para calificar la licitud de esta actuación se considera conveniente tratar en primer lugar las obligaciones de las partes en el contrato de suministro. Así, mientras que el suministrador debe cumplimentar su obligación de entrega en la forma estipulada en el contrato o responder por los defectos o vicios ocultos de la mercancía, el suministrado está obligado al recibo de la mercancía y al pago de su precio⁵³.

Centrándonos en las obligaciones del suministrado, y ante la ausencia de las cláusulas del contrato que nos permitan conocer la voluntad de las partes, deberemos acudir a los artículos 325 y ss del CCom. En éstos se manifiesta que si la mercancía es conforme a la calidad prefijada en el contrato el comprador no podrá rehusar el recibo de la misma (art. 327). Además, una vez puestas a disposición del comprador, empezará para éste la obligación de pagar el precio al contado o en los plazos convenidos con el vendedor (art. 339). En este sentido se manifiesta nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de abril de 2003 dotando de carácter esencial la obligación del suministrado-comprador del pago del precio⁵⁴.

Además, al existir un pacto de exclusividad entre las partes, el cliente se obligaba a no adquirir la mercancía a otro suministrador hasta la fecha estipulada en el contrato.

Con la resolución anticipada del contrato por parte de Textiles del Suroeste S.A, lo que se produce es un incumplimiento de todas las obligaciones anteriormente descritas, conducta que debe ser calificada como ilícita. Debe puntualizarse que si bien efectivamente se produce la vulneración del pacto en exclusividad, esta conducta se

⁵¹ STS num. 502/2002 de 23 de mayo (RJ 2002\7158).

⁵² STS num. 340/2003 de 3 de abril (RJ 2003\3002).

⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., CALZADA CONDE, M.A., DEL BARRIO PÉREZ, A.: *Contratos mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 537-539.

⁵⁴ STS num. 340/2003 de 3 de abril (RJ 2003\3002).

entiende implícita en la terminación del contrato puesto que no se produce la compra de mercancía a ambos suministradores (lo cual sí incumpliría únicamente dicho pacto), sino que resuelve el contrato para adquirir únicamente a Fer LED S.L.

En relación al incumplimiento debe añadirse que este no repercute sobre las prestaciones pasadas, motivo por el cual en los contratos de duración como el de suministro, a diferencia de los contratos de ejecución instantánea, es más correcto hablar de “terminación” que de “resolución” ya que la primera no tiene efecto retroactivo, sino que obra para el futuro, sin afectar a la totalidad de los efectos ya producidos⁵⁵.

3.3. Análisis de posibles reclamaciones contra las partes

3.3.1. Posible reclamación contra Fernando

Al no considerarse como ilícita la conducta llevada a cabo por Fernando, no procedería ningún tipo de reclamación contra su persona.

3.3.2. Posible reclamación contra Textiles del Suroeste S.A

Ante el incumplimiento del contrato producido por parte del cliente, el suministrador podrá, según lo dispuesto en el artículo 332 del CCom, “pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercancías”.

La petición de rescisión del contrato resulta barroca puesto que ya ha sido el suministrado quien ha procedido a dicha finalización, aunque de forma ilícita, de modo que parece redundante solicitarla nuevamente.

La acción de cumplimiento se encuentra relacionada con el artículo 339 del CCom, mediante el cual el comprador está obligado al pago del precio una vez que las mercancías son puestas a su disposición. En relación a esta acción el CCom establece un requisito para su demanda, como es el depósito judicial de las mercancías; no obstante nuestro Tribunal Supremo proclama en su sentencia de 1 de octubre de 2007 la inaplicación de la exigencia del mismo en supuestos de rescisión voluntaria unilateral del contrato por el comprador,⁵⁶ como es el caso que nos ocupa.

Así, Pantallas LED Filo S.L podría pedir el cumplimiento del contrato por parte de Textiles del Suroeste S.A sin necesidad de previo depósito de las mercancías pendientes de recepción.

El CCom establece asimismo en el artículo 333 que en caso de que el comprador hubiese puesto las mercancías a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, será este último quien deba responder de los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercancías. Asimismo, y según el artículo 341, el comprador estará obligado a pagar el interés legal de la cantidad que le adeude al vendedor.

En cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios, debemos puntualizar que el CCom, en los artículos referentes a la compraventa, hace referencia principalmente al derecho a indemnización que tiene el comprador en caso de incumplimiento del vendedor. No obstante el artículo 344 establece una cláusula genérica dentro de la cual se puede enmarcar el supuesto que nos ocupa al establecer que “indemnizará daños y

⁵⁵ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., CALZADA CONDE, M.A, DEL BARRIO PÉREZ, A.: *Contratos mercantiles, op.cit*, p. 549.

⁵⁶ STS num. 1043/2007 de 1 de octubre (RJ 2007\5313)

perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento”. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la referenciada sentencia de 1 de octubre de 2007 en la que establece de forma clara que “el vendedor que ha cumplido con todas sus obligaciones, incluso la entrega de mercancías, por la tradición ficta admitida en nuestro derecho, tendrá el arbitrio y la opción para entablar un pleito de indemnización de daños y perjuicios por la rescisión injusta del contrato efectuada por el comprador”.

A la hora de cuantificar esta indemnización, han de tenerse en cuenta conceptos como el daño emergente y el lucro cesante⁵⁷. En relación a este último precepto y para dicha cuantificación puede traerse a colación el incumplimiento del pacto de exclusiva, relacionándose éste con la cantidad monetaria que la parte afectada ha dejado de percibir como consecuencia del mismo.

En base a lo anteriormente expuesto podemos decir que si bien la conducta de Fernando se reputa como lícita, no procediendo ningún tipo de reclamación al respecto, sí se reputa como ilícita la conducta de Textiles del Suroeste S.A, procediendo por tanto las acciones anteriormente especificadas.

4. Calificación jurídica del despido. Actuación por parte del trabajador.

Don Juan Sánchez García es un trabajador declarado en situación de baja médica prorrogada y sin fecha concreta de finalización de la misma. Tras el conocimiento de este incremento del período de tiempo durante el cual permanecerá de baja, recibe una carta de despido.

4.1. Calificación de la situación y enfoque inicial

Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta conveniente definir en términos jurídicos la situación en la que se encuentra el trabajador, la cual se puede calificar como un caso de incapacidad temporal (en adelante IT) puesto que padece las consecuencias derivadas de una enfermedad causada por el desarrollo de su actividad profesional, imposibilitándolo temporalmente para trabajar, tal como se establece en el artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)⁵⁸. Asimismo, se encuentra recibiendo asistencia sanitaria dentro de los límites establecidos por este precepto⁵⁹.

Es importante puntualizar en este punto que el despido de Juan se produce en el año 2014, motivo por el cual no puede aplicarse la actual normativa reguladora al respecto, que data del año 2015, sino la normativa vigente en el momento del despido. La misma situación se produce en relación con la aplicabilidad del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)⁶⁰, puesto que siguiendo lo dispuesto en la disposición transitoria primera del actual Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores “continuarán

⁵⁷ Vid. STS num. 1071/2001 de 21 de noviembre (RJ 2001\9462).

⁵⁸ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 154, de 29/06/1994.

⁵⁹ El artículo 128 regula que se entiende por situación de incapacidad temporal aquella que tenga una “duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”.

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 75, de 29/03/1995.

siendo de aplicación a los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de esta ley las normas específicas aplicables a cada una de las modalidades contractuales que estuvieron vigentes en el momento en que dichos contratos se concertaron”. Es por ello que para la resolución de la presente cuestión se aplicará el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), obviando la regulación actual en la materia.

El problema que existe en relación al caso que se plantea, es que existen en nuestra normativa una serie de lagunas jurídicas en lo relativo a la protección del trabajador y de su puesto de trabajo cuando la pérdida del mismo viene dada únicamente por una situación de incapacidad temporal.

En cuanto a la calificación del despido, tendremos que acudir al ET y más concretamente al artículo 55 para diferenciar entre despido procedente, improcedente y nulo.

En este supuesto se descarta que el despido pueda ser enmarcado en una situación de procedencia puesto que, al no existir una fundamentación clara que lo motive y nos pueda permitir dilucidar la existencia de un despido por causas objetivas o disciplinarias, se presupone que se ha producido única y exclusivamente debido a la situación de enfermedad del trabajador. De este modo, a continuación nos centraremos en el análisis de si el despido del trabajador es considerado como improcedente o nulo.

4.2. Improcedencia o nulidad

La protección del trabajador en situación de incapacidad temporal se regula en los artículos 45 y 48 del ET. El hecho de que se esté ante un caso de suspensión del contrato supone, tal como se manifiesta en el artículo 48 del ET, el derecho a la reincorporación a dicho puesto una vez que finalicen las causas legales que la han provocado, que en este caso se producirá con el recibimiento de la correspondiente alta médica.

En caso de que no se produzca dicha reincorporación del trabajador, podríamos encontrarnos ante un supuesto de despido improcedente – véase sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de septiembre de 2004⁶¹ - lo cual tendría como consecuencia para el empresario el derecho a optar entre la readmisión del trabajador (incluyendo el abono de los salarios de tramitación) o proceder al abono de la correspondiente indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año⁶².

No obstante, el hecho de que el trabajador en el momento del despido se encuentre en una situación de IT, conlleva la necesidad de entrar en la discusión de si es posible una mayor protección del trabajador, otorgada con la calificación de despido nulo, entendiéndose por nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador⁶³. La protección de los derechos fundamentales del trabajador tiene una gran importancia por las propias situaciones que se derivan de la relación laboral, reconociendo el propio

⁶¹ STSJ Cataluña num. 6163/2004 de 7 de septiembre (JUR 2004\287904).

⁶² Vid. Art. 56 del ET.

⁶³ Vid. Art. 55.5 del ET y art. 108 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS).

Tribunal Constitucional ya en el año 1989 “que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador”⁶⁴.

En cuanto a los principales derechos fundamentales ligados a la situación de enfermedad que podrían verse vulnerados en este supuesto, se encuentra el derecho a la integridad física y la no discriminación.

4.2.1. Evaluación posible vulneración del derecho a la integridad física

El derecho a la integridad física se encuentra regulado en el artículo 15 de la CE, que reza lo siguiente: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”. Asimismo, la protección de la integridad física y psíquica de la persona se reconoce a nivel europeo a través del artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁵.

En los casos relativos a un proceso de IT existe un peligro para la salud, que si bien cuenta con su propio precepto protector al amparo constitucional⁶⁶, éste se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la integridad física, de modo que cualquier acción del empresario perturbadora de aquel, vulneraría el citado derecho fundamental. El problema que se presenta en este punto, es que si efectivamente se entiende vulnerado el derecho a la salud en exclusiva, podríamos no encontrarnos ante una vulneración de los derechos fundamentales, lo cual desvirtuaría por completo la defensa de la nulidad.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional deja claro que la protección del artículo 15 de la CE “no incluye el régimen de bajas por lesión o enfermedad regulado en el Derecho laboral y de Seguridad Social o en el de funcionarios, y por ello aquel precepto no contiene una suerte de derecho fundamental a la baja laboral o a la prórroga de licencia por enfermedad”⁶⁷.

Siguiendo lo anteriormente expuesto conviene citar la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007⁶⁸, en la cual se produce el despido de una trabajadora poco tiempo después de iniciarse una situación de IT. De este modo, el Tribunal Supremo califica de “inaceptable” la asimilación del derecho fundamental a la vida e integridad física con el derecho de protección a la salud “pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen [art. 53.3 CE], pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley”. Del mismo tenor literal es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008⁶⁹. Entiende por tanto que la integridad física protege más concretamente la incolumidad corporal, esto es, el

⁶⁴ Vid. STC num. 129/1989 de 17 de julio (RTC 1989\129).

⁶⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403 (15 págs.).

⁶⁶ Vid. Art. 43. 1 de la CE.

⁶⁷ Vid. STC num. 220/2005 de 12 de septiembre (RTC 2005\220)

⁶⁸ STS num. 8912/2007 de 22 de noviembre (RJ 2008\1183)

⁶⁹ STS num. 5749/2008 de 22 de septiembre (2008\5533)

derecho de una persona a no sufrir lesión o menoscabo de su cuerpo sin su consentimiento, tal como dispone la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de Diciembre de 1996⁷⁰.

En la misma línea se manifiesta el profesor MARTÍN JIMÉNEZ al considerar que es diferente la protección requerida por los trabajadores frente a actuaciones claramente ilegales por parte de las empresas que atentan contra la vida o la integridad física de aquéllos y la pretensión de cobijar bajo ese precepto cualquier tipo de actuación empresarial que ponga en peligro esos bienes jurídicos⁷¹.

En este punto conviene traer a colación el análisis jurisprudencial realizado por la profesora MORENO MÁRQUEZ del cual se extrae que efectivamente no es igual la situación del trabajador que es despedido mientras se encuentra en una situación de IT que la de aquél a quien se le amenaza con despedirle si no se reincorpora a su puesto de trabajo, pues en el primer caso no se le impide al trabajador que siga cuidando su salud o tomando el correspondiente tratamiento, lo cual sí se dificulta en el segundo supuesto⁷².

A la luz de lo anteriormente expuesto podemos decir que en el caso de un despido derivado de una situación de IT no existiría vulneración del artículo 15 de nuestra Carta Magna, sino en todo caso, del derecho a la salud, lo cual desvirtuaría la defensa de la nulidad del despido en relación a dicho precepto.

4.2.2. Tratamiento de una posible discriminación por discapacidad

A) Conceptos genéricos y regulación

El derecho a la no discriminación encuentra su mayor protección en el ámbito nacional en el artículo 14 de la CE, que establece que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”.

Esta cláusula aperturista de protección de situaciones de discriminación se encuentra presente asimismo en convenios y pactos internacionales, los cuales forman parte de nuestro ordenamiento interno,⁷³ como el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos referente a la Prohibición de discriminación⁷⁴, el artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁵, el artículo 21 de la

⁷⁰ STC num. 207/1996 de 16 de diciembre (RTC 1996\207).

⁷¹ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Nulidad del despido de un trabajador de baja médica que es presionado para que se reincorpore al trabajo” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Num. 819/2011., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

⁷² MORENO MÁRQUEZ, A.: “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego.” En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, NUM. 11/2010, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010,

⁷³ Artículo 96 de la CE.

⁷⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1959, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.)

⁷⁵ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9343 a 9347 (5 págs.).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷⁶ o los artículos 1 y 2 del Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la OIT⁷⁷.

Asimismo, en el seno de la normativa nacional, puede citarse el artículo 2 de la Ley de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social⁷⁸, que define la discapacidad como: “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”.

Si nos centramos en el plano estrictamente laboral de nuestro ordenamiento interno el artículo 4.2 párrafo c) del ET establece el derecho de los trabajadores a “no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Asimismo, el artículo 17 del ET establece la nulidad de cualquier pacto o convenio que suponga un trato discriminatorio de los trabajadores por los motivos anteriormente expuestos.

En relación al citado artículo 4.2 párrafo c) debe mencionarse que este fue objeto de una modificación como consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Directiva para el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante Directiva 2000/78/CE)⁷⁹ a través de la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁸⁰.

Esta Directiva contiene la regulación básica en materia de discriminación a nivel comunitario, teniendo como finalidad prohibir cualquier tipo de discriminación directa o indirecta por motivos de religión, discapacidad, edad u orientación sexual en el ámbito laboral.

Se considera oportuno establecer la diferencia entre discriminación directa e indirecta, puesto que en algunas ocasiones (como la que nos ocupa) no se puede ver de forma directa el factor discriminatorio, si no que se disfraza con actos que pueden derivar en situaciones discriminatorias. La discriminación directa consiste en dar un trato menos favorable causado por alguno de los motivos regulados mencionados anteriormente mientras que la discriminación indirecta se refiere a “una disposición, criterio o práctica

⁷⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403 (15 págs.).

⁷⁷ C111- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Ginebra, 42ª Reunión CIT, 25 de junio de 1958.

⁷⁸ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, páginas 95635 a 95673 (39 págs.).

⁷⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. «DOUE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22 (7 págs.).

⁸⁰ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativa y del orden social. «BOE» núm. 313, de 31/12/2003.

aparentemente neutros que pueda ocasionar una desventaja particular a una persona” caracterizadas por alguno de los supuestos anteriormente mencionados⁸¹.

B) Jurisprudencia tradicional

Al hablar de la jurisprudencia tradicional, destaca la postura de nuestro Tribunal Supremo, concretamente la sentencia 29 de enero de 2001⁸², de la cual derivará la interpretación jurisprudencial de dicho tribunal en esta materia. La cuestión que se debate es la calificación que corresponde al cese de un trabajador cuyo motivo real se debe a las bajas médicas del mismo, que hacen que su prestación de trabajo “no sea rentable para la empresa”. Se analiza si este supuesto de enfermedad puede ser incluido en el inciso final del art. 14 CE referente a cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Niega esta posibilidad al entender que “el inciso final del art. 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en este caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”. Asimismo, añade que “para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”

En relación a la literalidad anteriormente expuesta, se habla de “inflexibilidad” puesto que el Tribunal Supremo mantiene su postura sin variar prácticamente su argumentación jurídica en sucesivas sentencias posteriores⁸³.

Vemos por tanto que el Tribunal Supremo descarta que la enfermedad en términos genéricos sea considerada un factor de especial rechazo social e histórico. Para completar su justificación, afirma en su sentencia de 23 de septiembre de 2002 que el despido que se produce en estos casos se deriva esencialmente de una medida de tipo productivo conveniente para la empresa que, si bien no puede ser considerada como una causa lícita, tampoco debe ser objeto del más alto reproche jurídico.

Llegado a este punto, y a pesar de las constantes manifestaciones jurisprudenciales existentes al respecto, el juzgado de lo social número 33 de Madrid a través del auto de 7 de enero de 2005⁸⁴ decide plantear dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE). La primera de ellas se refiere a la posible inclusión dentro del ámbito protector del artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE de una trabajadora que ha sido despedida por su empresa exclusivamente debido a su enfermedad. La segunda cuestiona la posible consideración de la enfermedad como una

⁸¹ Artículo 2.2 Directiva 2000/78/CE.

⁸² STS num. 1566/2000 de 29 de enero de 2001(RJ 2001\2069).

⁸³ Vid. STS num. 6065/2002 de 23 de septiembre (RJ 2006\1923), STS num. 5017\2004 de 12 de julio (RJ 2004\7075), STS num. 885/2007 de 18 de diciembre (RJ 2008\800), STS num. 759/2008 de 22 de enero (RJ 2008\1621).

⁸⁴ AJS de Madrid de 7 de enero de 2005 (Id Cendoj 28079440332005200001).

de las señas identitarias frente a las que la mencionada directiva prohíbe la discriminación.

Para responder a estas cuestiones destaca la definición que el tribunal comunitario da de discapacidad aplicada a este ámbito, entendiéndose como una “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”⁸⁵

A partir de dicha definición y en respuesta a la primera cuestión prejudicial concluye que la enfermedad no está incluida en el marco general de la Directiva 2000/78/CE para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

En relación a la segunda cuestión prejudicial, el TJCE se manifiesta en el sentido de que la enfermedad no puede considerarse un motivo adicional a aquellos sobre los cuales la mencionada directiva prohíbe cualquier clase de discriminación.

Vemos por tanto que, dado que el legislador no hace ninguna referencia a la enfermedad como supuesto amparado bajo el principio de no discriminación, un despido no puede ser considerado nulo por este motivo. Y es que se considera que no se puede alegar en la mayoría de los casos que la discapacidad sea consecuencia de una enfermedad o viceversa. En este mismo sentido se manifiesta la mencionada sentencia al entender que “la Directiva 2000/78 CE no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”. Por todo ello el despido por discapacidad y el despido por enfermedad deben ser valorados de forma independiente, para evitar circunstancias como que el trabajador pueda sentirse guarecido de cualquier posibilidad de despido por el hecho de encontrarse en una situación de baja laboral temporal.

La mencionada línea jurisprudencial sería confirmada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de mayo de 2008⁸⁶ al entender que el despido como consecuencia de la realidad del efecto incapacitante de la enfermedad sufrida por el trabajador no implica la consideración de la decisión empresarial como discriminatoria, sino que debería ser enmarcada en la calificación legal de procedente o improcedente según el resto de circunstancias atinentes al caso.

C) Sentencia del TJUE⁸⁷ que supone una reinterpretación rupturista

Tendrían que pasar casi siete años para que este mismo tribunal efectuase un pronunciamiento diferente en este ámbito, lo cual se manifiesta a través de la sentencia del TJUE Caso Ring de 11 de abril de 2013⁸⁸.

Los supuestos originarios de la realización de las cuestiones prejudiciales son el despido de dos mujeres a causa de una enfermedad sin perspectiva de diagnóstico en cuanto a la posibilidad de reanudar la actividad profesional a tiempo completo. Ante esta situación el tribunal danés SØ- og Handelsretten suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales, dentro de las que se decide destacar la primera de ellas, referente a si se puede incluir dentro del concepto de discapacidad entendido por el Tribunal una persona que a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar a cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada así

⁸⁵ STJUE Caso Chacón Navas de 11 de julio (TJCE 2006\192).

⁸⁶ STC num. 62/2008 de 26 de mayo (RTC 2008\62).

⁸⁷ A partir del año 2009 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pasará a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

⁸⁸ STJUE Caso Ring de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013\122).

como una condición causada por enfermedad diagnosticada médicamente como incurable o curable.

Responde afirmativamente el Tribunal entendiendo que el concepto de “discapacidad” al que se hace referencia en la Directiva 2000/78/CE “comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.”

En este punto se comparte la opinión de VELASCO PORTERO al entenderse que no se produce por parte del Alto Tribunal Europeo una rectificación de su anterior sentencia a la hora de definir el término discapacidad, sino una matización puesto que se mantienen los requisitos básicos que habían sido exigidos por la anterior sentencia comentada, como el hecho de que se produzca una limitación derivada de dolencias, que sea un obstáculo para la vida profesional, y que sea de larga duración.⁸⁹ No obstante, matiza el hecho de que sí entiende que una enfermedad curable o incurable puede estar incluida en el concepto de discapacidad, lo cual se había negado en rotundo en la anterior sentencia comentada.

D) Jurisprudencia nacional tras la interpretación rupturista del TJUE

En relación a la jurisprudencia nacional existente a partir de la reinterpretación llevada a cabo por el TJUE, destaca la fundamentada Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 19 de noviembre de 2013⁹⁰, en la que se pretende calificar el despido de una trabajadora que se encontraba en situación de incapacidad temporal como consecuencia de un accidente “*in itinere*”. Esta sentencia analiza tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia como la legislación en general, llevando a cabo una crítica de la misma debido a la ausencia de una protección del trabajador clara en este aspecto. Cita en esta línea la sentencia del TJUE (asunto “Ring”) que cuestiona la rígida separación entre “enfermedad” y “discapacidad”. Por las razones expuestas entiende que el despido debe ser considerado como un acto discriminatorio y por tanto nulo.

A pesar de ello, la doctrina europea, no llega a convencer a los tribunales nacionales, que siguen interpretando casos similares en el sentido de la ya asentada doctrina del Tribunal Supremo y entendiéndolos por consiguiente como improcedentes. Este es el caso del Tribunal de Justicia de Cataluña, el cual lleva a cabo un esfuerzo argumentativo para desvirtuar la aplicabilidad de la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 y mantener así la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, entendiendo que en sí no ha variado el concepto de discapacidad puesto que el único cambio se ha producido con respecto al hecho de que la enfermedad sea curable o incurable, que para nada altera el citado concepto⁹¹.

Destaca en esta sentencia el voto particular formulado por la magistrada D^a Matilde Aragó Gassiot, al que se adhieren D^a Ascensión Solé Puig, D. Carlos Hugo Preciado

⁸⁹ VELASCO PORTERO, T.: “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, 2014, p. 153.

⁹⁰ SJS de Barcelona num. 339/2013 de 19 de noviembre (AS 2014\960).

⁹¹ STSJ de Cataluña num. 4753/2014 de 1 de julio (AS 2014\2723).

Domenech, D. Daniel Bartomeus Plana y D^a Lidia Castell Valldosera, al concluir que “la valoración en el sentido de que “discapacidad” es aplicable a la persona catalogada con un grado de más del 33% y “enfermedad” otro concepto diferente, es un criterio que ya no es sostenible, ya que ciertas enfermedades graves o de larga duración son o pueden ser efectivamente equiparables a discapacidad.

E) Posibles avances en la materia

Será a partir del año 2014 cuando se empezarán a vislumbrar mayores avances en esta, a pesar de que nuestro Tribunal Supremo seguirá manteniendo su inflexible postura, lo cual se manifiesta en su sentencia de 3 de mayo de 2016⁹². En este sentido, admite se ha producido un cambio al haberse convertido la discapacidad en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, relativa a la transposición de la Directiva 2000/78/CE, que daría una nueva redacción al art. 4.2.c) anteriormente explicado. A pesar de ello, mantiene su rígida postura al entender que el latigazo cervical que sufre la trabajadora en cuestión no puede ser considerado como un elemento de segregación y por tanto, “al no existir un factor de discriminación en el despido de la recurrente, ni estar encuadrado en los supuestos que el ET califica como despidos nulos, el mismo ha de merecer la calificación de despido improcedente”.

Llama la atención y debe ser destacado el hecho de que el Alto Tribunal hace referencia a la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas, al concluir en su misma línea y tal como ya se ha explicado, que un despido derivado de una situación de IT no puede ser considerado como factor discriminatorio. No obstante obvia la nueva interpretación llevada a cabo por el tribunal comunitario en la STJUE de 11 de abril de 2013, caso Ring, admitiendo que resta por examinar dicha sentencia.

Se puede decir por tanto que si bien el Tribunal Supremo había manifestado la necesidad de matizar o precisar su doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación⁹³, sigue manteniéndose reacio a un cambio de postura.

En relación a este tema conviene exponer de forma somera la nueva sentencia del TJUE Caso Daouidi de 1 de diciembre de 2016⁹⁴ que precisa que, a efectos de establecer una relación entre la enfermedad y la discapacidad, no es tan importante la protección que el derecho nacional otorgue a través de la incapacidad temporal, sino el hecho de que la dolencia se manifieste como “duradera”, lo cual debe ser objeto de una interpretación “autónoma y uniforme” según los distintos Estados Miembros. Para mayor concreción de lo que se considera “larga duración”, añade que ha de comprobarse que en el momento en el que se produce el supuesto de hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente perspectiva clara en cuanto a su finalización a corto plazo.

En este punto conviene exponer la opinión de RODRÍGUEZ CARDO, que manifiesta que se aproxima un incremento todavía mayor de la litigiosidad en este campo, que podrá derivar incluso en dos categorías de discapacidad diferentes, una clásica (sobre la que se postura en mayor medida el Tribunal Supremo), referente a una pérdida permanente de capacidad debido a reducciones anatómicas o funcionales, y otra más moderna (sobre la que pretende posicionarse la nueva doctrina del TJUE), de carácter

⁹² STS num. 366/2016 de 3 de mayo (RJ 2016\2152).

⁹³ Vid. STS num. 5427/2014 de 25 de noviembre (RJ 2015\27).

⁹⁴ STJUE Caso Daouidi de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016\308).

temporal y referida a condiciones que provocan una limitación para el normal desarrollo laboral⁹⁵.

4.3. Recomendación para el cliente

A pesar de la mencionada intencionalidad aperturista, centrándonos en la fecha de despido del trabajador Don Juan Sánchez (año 2014) y analizando la jurisprudencia existente hasta ese momento, no resultaría prudente la elaboración de una demanda basada única y exclusivamente en la calificación de despido como nulo.

En base a lo anteriormente expuesto se recomienda a Don Juan Sánchez interponer demanda contra la empresa en la que se solicite la declaración de nulidad del despido, manteniendo la esperanza sobre un posible pronunciamiento aperturista. No obstante, y basándonos en el principio de prudencia y congruencia⁹⁶, se recomienda solicitar de forma subsidiaria la declaración de despido como improcedente.

Esta demanda deberá ser interpuesta dentro de los veinte días hábiles siguientes a la ejecución del despido debiendo contener, además de los requisitos genéricos recogidos en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)⁹⁷, los requisitos establecidos en el artículo 104 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS)⁹⁸ referentes a las características del puesto del trabajo tales como antigüedad, salario, modalidad de trabajo y duración del contrato, categoría profesional, etc; y la forma y hechos que dieron lugar al despido.

El hecho de que este se produzca en el mes de Agosto nos obliga a evaluar si en este caso se considera dicho mes como hábil o inhábil. En este sentido, la LRJS interpreta en su artículo 43 que con carácter general los días del mes de agosto serán inhábiles salvo, entre otros supuestos, las modalidades procesales de despido.

5. Posibilidad de reclamación contra Fernando por la instalación de pantallas. Legitimación de Evaristo para interposición de la demanda. Consecuencias derivadas de la atribución de titularidad de la patente a Luciana.

A través de esta cuestión se pretende dar respuesta al conflicto en materia de patentes que se presenta entre la empresa Pantallas LED Filo SL, que había patentado unos ganchos con base en “V” que permiten un mejor agarre de las pantallas y Fernando, quien meses después, aprovechando sus conocimientos en la materia, comienza a instalar las pantallas que vende a sus clientes utilizando para ellos unos ganchos con base en “V” y parte superior ajustable para anclaje en techo.

⁹⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”, en *La Ley Unión Europea*, año IV, nº 43, Wolters Kluwer, 2016, pp. 9-14.

⁹⁶ El Tribunal Supremo en su sentencia num. 771/2011, de 4 de octubre (ID CENDOJ 28079110012011100653) manifiesta que “el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* y la causa *petendi* y el fallo de la sentencia y el Tribunal, en virtud de la máxima *iura novit curia*, puede fundar su decisión en los preceptos jurídicos que estime procedentes –aunque no hayan sido invocados- cuando no se alteren sustancialmente los hechos que fundamenten la pretensión”.

⁹⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

⁹⁸ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

5.1. Derecho aplicable

Antes de entrar en materia, conviene matizar el derecho sustantivo a aplicar en este caso puesto que, si bien la resolución del mismo se está llevando a cabo en el mes de mayo de 2017, la solicitud de patente y el desarrollo del conflicto se producen con anterioridad a dicha fecha.

Para dirimir esta cuestión, se acude a las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª de la actualmente vigente Ley de 24 de julio de 2015 de Patentes (en adelante LP 2015)⁹⁹, que establecen que los procedimientos previstos en esta Ley e iniciados con anterioridad a su entrada en vigor (es decir, al 1 de Abril de 2017), serán tramitados y resueltos conforme a la anterior Ley de 20 de marzo de 1986 de Patentes (en adelante LP 1986)¹⁰⁰. No obstante, a estas invenciones solicitadas bajo la vigencia de esta última ley le serán aplicables las disposiciones de la LP 2015 en lo referente a los siguientes títulos y capítulos: Capítulo V del Título V, títulos VI, VII, VIII, IX, X, XII y XIV y Capítulo III del Título XIII.

5.2. Análisis de la posibilidad de reclamación contra Fernando

5.2.1 Requisitos de patentabilidad y alcance del derecho de patente

Antes de entrar en el fondo del asunto, conviene hacer una pequeña referencia a los requisitos de patentabilidad, que se presupone que existen en la patente de la empresa, si bien podría no ser así, debido a que en la LP 1986 regía un sistema opcional a través del cual se podía conceder una patente mediante el denominado “Procedimiento General”, esto es, sin realizar un examen de fondo de la novedad actividad inventiva.

Entre los requisitos de patentabilidad se encuentran la novedad, la actividad inventiva y la aplicación industrial, los cuales se mantienen en la regulación actual y cuya regulación se encuentra en los artículos 4 y siguientes de la LP 1986.

En cuanto al alcance del derecho de patente, puede decirse tal como afirma el profesor MASSAGUER FUENTES que, a diferencia de lo que sucede con otros derechos de propiedad industrial, el derecho de patente tiene un contenido negativo o “ius prohibendi” puesto que permite a su titular prohibir a un tercero la explotación de la patente sin su consentimiento. Asimismo, cuando se habla de “explotación” en materia de patentes nos encontramos ante un “numerus clausus” puesto que la ley establece rigurosamente que actos son protegidos en este ámbito¹⁰¹.

5.2.2 Examen de la vulneración del derecho de patente

Es precisamente debido al contenido negativo del derecho de patente que corresponde examinar si la actuación llevada a cabo por don Fernando vulnera dicho derecho.

Esta resulta una tarea complicada debido a la ausencia de reivindicaciones en este caso, las cuales por lo general se encuentran accesibles al público y cumplen una doble función:

⁹⁹ Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. «BOE» núm. 177, de 25 de julio de 2015, páginas 62765 a 62854 (90 págs.)

¹⁰⁰ Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. «BOE» núm. 73, de 26 de marzo de 1986, páginas 11188 a 11208 (21 págs.)

¹⁰¹ MASSAGUER, J.: “El contenido y alcance del derecho de patentes”, en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, Número especial, Diciembre 2006, pp 182-184.

- Definen el objeto para el que se solicita la protección, tal como se establece en los artículos 84 del Convenio de la Patente Europea (en adelante CPE)¹⁰² y 26 de la LP 1986, indicando las características técnicas de la invención necesarias para definir el producto.
- Determinan la extensión de la protección conferida por la patente, de acuerdo con el artículo 69 CPE y 60 de la LP DE 1986.

La segunda función se considera esencial para decidir si se ha producido una violación de la patente, puesto que es necesario realizar una comparación entre la invención realizada y lo que la patente reivindica.

En este punto conviene puntualizar a cerca del modo en que las reivindicaciones deberían ser tenidas en cuenta a la hora de realizar dicha comparativa. No se pretende una interpretación de las mismas en sentido literal y estricto, de modo que la descripción y los dibujos sirvan para disipar ambigüedades que puedan surgir, pero tampoco una interpretación en la que las reivindicaciones sirvan únicamente como línea directriz. Lo que se busca es una posición que garantice una protección para el solicitante de la patente y a la vez un elevado grado de certidumbre para terceros¹⁰³.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 27 de septiembre de 2013¹⁰⁴ al establecer las siguientes reglas en materia de interpretación de las reivindicaciones: “1ª) no debe efectuarse una interpretación literal y estricta de las reivindicaciones; 2ª) las reivindicaciones deben siempre interpretarse teniendo en cuenta la descripción y los dibujos, sin que éstos sólo sirvan para disipar dudas o ambigüedades; 3ª) las reivindicaciones no son meras líneas directrices...; 4ª) la interpretación de las reivindicaciones debe buscar un punto de equilibrio entre la protección equitativa del solicitante y un grado razonable de certidumbre para terceros”

En cuanto a la comparativa entre las reivindicaciones y la invención que se pretende examinar, es necesario mencionar la literalidad del artículo 2 del Protocolo de Interpretación del artículo 69 del CPE que reza lo siguiente: “Equivalentes. Para determinar la extensión de la protección otorgada por la patente europea, deberá tenerse debidamente en cuenta todo elemento que sea equivalente a un elemento indicado en las reivindicaciones”. Con ello, se impone a los Estados miembros una interpretación del alcance de patente que tome en consideración aquellos elementos equivalentes a todos y cada uno de los comprendidos en el ámbito de protección de las reivindicaciones.

Este pronunciamiento contradice la construcción jurisprudencial existente en nuestro país denominada “doctrina de la esencialidad”, en la que, para llevar a cabo la protección de la patente se tenían en cuenta únicamente los elementos esenciales de la invención, de modo que la modificación o sustitución de los elementos secundarios no constituía un hecho relevante en la determinación de la infracción¹⁰⁵.

¹⁰² Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre la concesión de Patentes Europeas, hecho en Munich el 5 de octubre de 1973. «BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 1986, páginas 33353 a 33400 (48 págs.).

¹⁰³ Vid. Art. 1 del Protocolo interpretativo del artículo 69 CPE.

¹⁰⁴ SAP de Madrid num. 268/2013 de 27 de septiembre (Id Cendoj 28079370282013100235).

¹⁰⁵ Vid. TORRENTS, L. / VIDAL-QUADRAS, M.: “La doctrina de los equivalentes y su aplicación en España”, en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*, Grupo Español de la AIPPI, 2005, pp. 953 y 954.

Ante dicha introducción normativa que establece un nuevo marco de interpretación y aplicación de las reivindicaciones, conviene traer a colación la denominada “doctrina de los equivalentes”. A través de ella se pretende determinar qué elementos se pueden considerar como equivalentes, para lo cual se han postulado las doctrinas del test de la doble y la triple identidad¹⁰⁶. En el primero de ellos se pretende evaluar si ambos medios realizan sustancialmente la misma función para producir el mismo resultado. No obstante, ante los problemas derivados de este test, se llega al test de la triple equivalencia a través del cual se evalúa la existencia de una misma función, mismo modus operandi y mismo resultado. Este último también deja en una situación de indefensión a aquellos titulares de patentes frente a los cuales surgen medios sustitutivos que, siendo evidentes u obvios en lo referente al modus operandi y al resultado, no realizan la misma función de la misma manera.

Como solución se propone un requisito adicional consistente en que las modificaciones incorporadas en la nueva invención sean deducibles sin actividad inventiva por un experto en la materia. Se produce en este punto un juicio de obviedad de la nueva invención, para lo cual no se requiere que el experto tenga certeza absoluta en que la variante funcionaría para resolver el problema abordado por la patente, sino que es suficiente con una expectativa razonable de dicho funcionamiento. No se exige por tanto un cien por cien de seguridad de éxito, pero sí una probabilidad muy elevada del mismo¹⁰⁷.

TORRENTS y VIDAL-QUADRAS, insisten en la importancia de la seguridad jurídica en esta materia, de ahí que, en su interpretación de las reivindicaciones a la luz de la doctrina de los equivalentes, además de manifestar que la infracción de una reivindicación exige la de todos sus elementos y la importancia de la percepción de la equivalencia a la luz del experto en la materia, se insiste en que resulta esencial el “análisis de las propias limitaciones introducidas por el solicitante en su derecho”, buscándose una interpretación intencional de las mismas. Para finalizar en su aportación, se comparte que “para poder examinar la eventual existencia de una infracción por equivalencia del derecho de patente resulta imprescindible que en los desarrollos posteriores se manifiesten todas las características de la invención descrita en la patente”¹⁰⁸. Este último punto es compartido por nuestra jurisprudencia, tal como manifiesta la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en su fundamento jurídico noveno.

A pesar de que en el caso planteado el mencionado estudio no podría aplicarse debido a la falta de reivindicaciones, se ha considerado importante traerlo a colación debido a que es lo que se aplicaría en un supuesto real y completo.

En el caso que nos ocupa, y si bien efectivamente habría que estar al tenor literal de las reivindicaciones, puede decirse que existe una alta probabilidad de que se produzca la vulneración de la patente llevada a cabo por Luciana y Evaristo dado que la breve descripción aportada de la misma coincide con la de los ganchos utilizados por Fernando.

¹⁰⁶ GALACHO ABOLAFIO, A.F.: “Sentencia de 15 de octubre de 2014. La infracción de los derechos del titular de un modelo de utilidad: la aplicación de la doctrina de los equivalentes” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 99, 2015, pp. 98-100.

¹⁰⁷ Vid. STS num. 223/2015 de 29 de abril (RJ 2015\2209).

¹⁰⁸ TORRENTS, L., VIDAL-QUADRAS, M. “La doctrina de los equivalentes y su aplicación en España”, op. cit., pp. 960-966.

5.3. Posibles acciones judiciales a interponer

5.3.1 Acciones judiciales en materia de patentes

Una vez que los afectados constatan que se está produciendo una vulneración injustificada de su derecho puede suceder que se encuentren con problemas a la hora de identificar con claridad la infracción y el alcance de las mismas. En ese caso pueden demandar la aplicación de las diligencias preliminares, a través de las cuales se solicita la colaboración del órgano judicial para obtener la información necesaria para emprender un potencial litigio. En este sentido se manifiesta la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, al señalar en su auto de 13 de diciembre de 2007 que en caso de no practicarse las diligencias judiciales oportunas para constatar la vulneración de los derechos del afectado “podrían generarse dos consecuencias indeseables: 1º) que se amparase la absoluta impunidad del posible infractor de los derechos de patente (...) 2º) que, por el contrario, se generase una litigiosidad injustificada”¹⁰⁹.

En el ámbito de patentes de invención, deben distinguirse dos conceptos que, si bien no son intercambiables, responden a la misma finalidad como son las diligencias preliminares en sentido estricto y las diligencias de comprobación de hechos¹¹⁰.

Las diligencias preliminares se regulan en los artículos 256 a 263 de la LEC. Destaca el hecho de que las clases de diligencias preliminares y su solicitud constituyen un “*numerus clausus*”, dentro del cual el caso que nos ocupa se enmarca en los números 7 y 8 del apartado nº1 del artículo 256 de la LEC. A través de estas diligencias se podrán recabar datos referentes a la identidad de la entidad infractora, así como diversos medios documentales que puedan servir de prueba para la calificación de la potencial infracción. Para efectuar la solicitud de estas diligencias se exige, tal como prevé el artículo 258 de la LEC que se realice un juicio previo de admisibilidad por parte del juez en el que se compruebe que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo así como que la diligencia que se pide sea adecuada a lo que el solicitante persigue.

Las diligencias de comprobación de hechos, se aplican únicamente en el ámbito de patentes, estando regulados en los artículos 123 a 126 de la LP 2015. A través de ellas se permite al legitimado, a través del juzgado, comprobar los medios que se están empleando para infringir el ámbito de exclusiva protegido. Puede decirse por tanto que este tipo de diligencias, a diferencia de las anteriores, tienen un carácter técnico. A través de estas se da aplicación a lo dispuesto en el número 9 del apartado nº1 del artículo 256 de la LEC que prevé la posibilidad de regular diligencias preliminares a través de leyes especiales.

Además de lo anteriormente expuesto, se recomendaría a los afectados solicitar medidas cautelares puesto que, a pesar de que en la pertinente demanda se pueda pedir la cesación de los actos que infrinjan el derecho de patente, esta cesación, junto con otras medidas reguladas en el artículo 128 de la LP 2015 y en el artículo 141 de la Ley de

¹⁰⁹ AAP Madrid num. 252/2007 de 13 de diciembre (Id Cendoj 28079370282007200179).

¹¹⁰ Vid. GARCÍA GARCÍA, E.: “Las diligencias preliminares en los litigios sobre infracción de patentes en España” en *Jornadas de estudio y actualización en materia de patentes (“Los Lunes de Patentes”)*, Oficina Española de Patentes y Marcas, Madrid, 2011.

Propiedad Intelectual (en adelante LPI)¹¹¹, pueden solicitarse igualmente durante el proceso con la finalidad de asegurar la eficacia de las correspondientes acciones.

Una vez efectuadas dichas medidas y constando la existencia de la infracción, el o los afectados podrán solicitar efectivamente el cese de la actividad ilícita, el cual podrá comprender la suspensión de la explotación o actividad infractora, la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos, el comiso, inutilización o destrucción de los instrumentos con los que se fabrica la supuesta invención ilícita, etc.¹¹². Esta acción de cesación de los actos que violan el derecho de patente se encuentra en el seno de las acciones civiles que el artículo 71 de la LP 2015 habilita para dichos supuestos. Asimismo, se regulan en este artículo otras acciones destinadas a compensar al perjudicado por el daño causado como son “el embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho” o “la atribución en propiedad de los objetos o medios embargados”.

La acción que puede solicitar el afectado y que supone una mayor complicación a efectos de su aplicación y cálculo es la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Esta se encuentra regulada en los artículos 72 a 77 de la LP 2015.

En la jurisprudencia española existe una línea interpretativa que considera que existen algunas situaciones de hecho en las que, una vez constatada la infracción de un derecho de propiedad industrial, los perjuicios han de considerarse producidos “*ex re ipsa*”, es decir, admitiéndose la condena a satisfacerlos independientemente de que éstos no resulten evidentes¹¹³. Este es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2012 que, basándose en jurisprudencia anterior, admite que “se ha ido modelando una teoría del resarcimiento del daño en la que se ve debilitada la exigencia de la prueba de su causación”¹¹⁴. No obstante, otra línea jurisprudencial del Tribunal Supremo entiende que la existencia de los daños debe probarse en todo caso¹¹⁵.

En nuestra regulación se establece en el artículo 74.2 de la LP 2015 dos métodos de fijación de la indemnización por daños y perjuicios, a elección del perjudicado como son “las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor o, alternativamente, los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado” o “una cantidad a tanto alzado que al menos comprenda la cantidad que el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho”.

¹¹¹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. «BOE» núm. 97, de 22/04/1996.

¹¹² Vid. Artículo 139 LPI

¹¹³ Vid. PALMA FERNÁNDEZ, J.L.: “Propiedad industrial: daños «*ex re ipsa*» como consecuencia de la infracción de un derecho de propiedad industrial. Sentencia núm. 541/2012 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 octubre de 2012”. Gómez-Acebo & Pombo Abogados. 2013. Obtenido el 28 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=66def7b7-3782-4e7e-9fb6-f9512ed38f27>

¹¹⁴ STS num. 541/2012 de 24 de octubre (RJ 2013\1545).

¹¹⁵ Vid. SSTS num. 692/2008 de 17 de julio (RJ 2008\4482) y num. 351/2011 de 31 de mayo (RJ 2011\3999).

En el primero de los casos sí puede requerirse que efectivamente se pruebe que dichas consecuencias negativas se producen y es aquí donde se encuentran los mayores problemas, especialmente si nos centramos en la ganancia dejada de obtener o lucro cesante. No obstante, en este caso al ser Fernando el único competidor de LED Filo S.L., se podría presumir razonablemente que cada venta del demandado corresponde a una pérdida del actor¹¹⁶.

5.3.2 Posible concurrencia de acciones de Competencia Desleal

Si bien por restricciones espaciotemporales no se realizará un estudio en profundidad a cerca de este tema, sí conviene evaluar si resultaría posible la aplicación de las acciones derivadas de la competencia desleal, reguladas en el Capítulo IV de la LCD.

En este sentido, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia se centran en la posible concurrencia de acciones de derecho marcario y de competencia desleal. Estos pronunciamientos deciden aplicarse de forma analógica al caso que nos ocupa puesto que las patentes, al igual que las marcas, se encuentran en el seno de los derechos de propiedad industrial y como tal, a pesar de que cuenten con su propia legislación específica, merecen un tratamiento equitativo en aspectos como el que es objeto de tratamiento.

Para llevar a cabo dicho análisis se toma como base el trabajo doctrinal elaborado por el profesor GARCÍA PÉREZ¹¹⁷, en el que se analiza primeramente la denominada “tesis de la primacía” en la jurisprudencia, la cual expone que si existe una ley especial que recoge un determinado régimen jurídico aplicable (en nuestro caso la LP), será a ella a quien le corresponda determinar cuándo y cómo el derecho merece ser protegido. Dicha línea jurisprudencial fue instaurada a raíz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 1998¹¹⁸ y sería seguida asimismo por nuestro Tribunal Supremo, aunque no descarta que la LCD pueda proyectarse en un ámbito de subsidiariedad y complementariedad¹¹⁹.

De una línea más aperturista surge la “complementariedad relativa” que defiende la necesidad de huir del principio de especialidad y de la preponderancia de una norma sobre otra, esencialmente en aquellos casos en que la legislación especial se muestre reacia a amparar derechos supuestamente vulnerados. Esta línea interpretativa es aplicada actualmente por nuestro Tribunal Supremo afirmando que “la jurisprudencia sobre la relación entre las normas que regulan los derechos de exclusiva de propiedad industrial y las de competencia desleal, sigue el denominado principio de complementariedad relativa”¹²⁰. Añade nuestro Alto Tribunal que a través del criterio de complementariedad relativa lo que se pretende es que la mera infracción de derechos relativos a la propiedad industrial no pueda constituir un acto de competencia desleal

¹¹⁶ Vid. BAYLOS MORALES, M., MERINO BAYLOS P.: “Doctrina jurisprudencial sobre indemnización de daños y perjuicios” en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*, Grupo Español de la AIPPI, 2005, pp. 116-120.

¹¹⁷ GARCÍA PÉREZ, R., “Ejercicio acumulado de acciones basadas en la Ley de marcas y en la Ley de competencia desleal”, en AA.VV., *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, A Coruña, 2011, pp. 451- 462.

¹¹⁸ SAP de Barcelona de 4 de junio (AC 1998\1182).

¹¹⁹ Vid. STS num. 569/2006 de 13 de junio (Id Cendoj 28079110012006100702).

¹²⁰ Vid. STS num. 95/2014 de 11 de marzo (RJ 2014\2245).

pero tampoco guiarse por un principio simplista de especialidad legislativa. Para ello habrá que evaluar que las respectivas legislaciones cumplan funciones distintas¹²¹.

En el caso que nos ocupa este último requisito se cumple puesto que la LCD garantiza un correcto funcionamiento concurrencial del mercado mientras que la LP lleva a cabo una protección específica de un derecho constituido a raíz de la invención patentada.

En base a lo anteriormente expuesto, podrían aplicarse al caso las acciones derivadas de la LCD si se entiende que el hecho de que Fernando comercialice un gancho como el patentado puede producir un acto de confusión con respecto a la actividad desarrollada por Pantallas LED Filo S.L (artículo 6 LCD) o de explotación de la reputación ajena (artículo 12 LCD).

En conclusión, si bien se tiene claro la aplicabilidad de las acciones correspondientes al derecho de patentes, sería necesario conocer si se producen actos que puedan ser calificados como desleales para poder aplicar asimismo las acciones enmarcadas en la LCD.

5.4. Análisis de la legitimación de Evaristo para interponer la demanda

La legitimación para el ejercicio de acciones en el ámbito de protección del derecho de patentes se encuentra regulada en el artículo 117 de la LP de 2015, atribuyéndose la misma a los titulares de los derechos inscritos en el Registro de Patentes o a quienes acrediten haber solicitado debidamente la inscripción en dicho registro del acto o negocio en cuestión.

En este caso la titularidad se encuentra atribuida a Luciana y Evaristo, de modo que habrá que analizar si es necesario un litisconsorcio activo necesario o podrá llevarse a cabo la interposición de la demanda por parte de Evaristo, sin necesidad de que Luciana intervenga en el proceso. En este caso existen diversos pronunciamientos doctrinales por parte del Tribunal Supremo, entre los que destaca su sentencia de 3 de junio de 1993 por llevar a cabo un desarrollo doctrinal referente a la diferencia entre la figura litisconsorcial pasiva y la activa, estableciendo que no es posible su equiparación “por cuanto si bien resulta evidente que nadie pueda ser condenado sin ser oído, no lo es menos el principio de que nadie puede ser obligado a litigar ni aislada ni conjuntamente con otros”¹²².

Incluso en los casos de cotitularidad vinculados a la existencia de una sociedad de gananciales, no sería necesaria dicha figura procesal puesto que, si bien establece nuestro Código Civil ya en su primer artículo referente a la administración de la sociedad de gananciales, que su gestión corresponde conjuntamente a ambos cónyuges¹²³, el acto de defensa del patrimonio que pretende ejercitarse podría acogerse a lo dispuesto en el artículo 1385.2 del CC, en el cual se indica que efectivamente cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes o derechos comunes, ya sea por la vía de la acción o la excepción. De su lectura se deduce por tanto, que en este caso, no se requiere el consentimiento de la otra parte, si no que puede uno de los integrantes del matrimonio interponer la demanda de forma directa. En este sentido se manifiesta también nuestro Alto Tribunal al interpretar el mencionado artículo 1385 del

¹²¹ Vid. STS num. 586/2012 de 17 de octubre (Id Cendoj 28079110012012100613).

¹²² STS num. 595/1993 de 3 de junio (RJ 1993\4382).

¹²³ Vid. Art. 1375 CC.

CC en el sentido de que efectivamente no se requiere que la demanda sea interpuesta por ambos cónyuges.

Asimismo, en relación a la comunidad de bienes con carácter general establece que cualquier comunero está legitimado para ejercitar las acciones que redundan en beneficio del bien o derecho común¹²⁴.

El desarrollo doctrinal anteriormente expuesto se ve apoyado actualmente por el artículo 80 de la actual LP de 2015, al entender que “cada uno de los partícipes por sí solo podrá ejercitar acciones civiles o criminales contra los terceros que atenten de cualquier modo a los derechos derivados de la solicitud o la patente común”.

Una vez analizada la no necesidad de litisconsorcio activo necesario en el supuesto que nos ocupa, se procede a analizar la legitimación de Evaristo para poder defender sus derechos en un proceso civil, para lo cual habrá que analizar si este cuenta con capacidad procesal y legitimación propiamente dicha para interponer la correspondiente demanda.

El concepto de capacidad procesal se encuentra regulado esencialmente en los artículos 8 y 9 de la LEC, entendiéndose como la aptitud de las personas para realizar eficazmente los actos procesales propios de las partes, ya sea actuando en nombre propio o en representación de un tercero¹²⁵. Esto se relaciona con la posibilidad de comparecencia en juicio regulado en el artículo 7 de la misma ley, que se atribuye a aquellas personas que se encuentran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

En cuanto a la legitimación, esta depende de la existencia de una cierta vinculación entre las personas que se presentan como parte y la situación jurídica material o derecho que se pretende defender. De este modo se considera parte legítima quien comparece y actúa en juicio como titular de la relación jurídica u objeto litigioso¹²⁶.

Por lo anteriormente expuesto podemos decir que Evaristo, quien se presume que cuenta con capacidad procesal por encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, se encontraría legitimado para interponer la demanda al ser cotitular del bien cuya protección se pretende. Se torna un elemento indispensable acreditar fielmente la titularidad de dicho bien e interés legítimo en el momento de ejercitar la acción correspondiente, considerándose una *quaestio iuris* que supondrá la obligación por parte del juzgador de atender “de oficio” a su examen previo¹²⁷.

5.5. Consecuencias derivadas de la atribución de titularidad a Luciana

La atribución de la titularidad de la patente a Luciana hace recaer sobre ésta la obligación de explotar la invención patentada, ya sea por ella misma o por persona o entidad autorizada, tal como dispone el artículo 90 de la LP de 2015.

En este punto es necesario traer a colación una de las características de las patentes: su transmisibilidad, lo cual provoca que puedan ser objeto de licencias en su totalidad¹²⁸. Así Luciana, al ser socia participante del 50% de Pantallas LED Filo S.L (empresa que

¹²⁴ Vid. STS num. 1297/2007 de 5 de diciembre (RJ 2007\8903).

¹²⁵ Vid. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p.108.

¹²⁶ Vid. Art. 10 LEC.

¹²⁷ Vid. STS num. 260/2012 de 30 de abril (RJ 2012\4715).

¹²⁸ Vid. Art. 83 LP de 2015.

hasta el momento se encargaba de la explotación de la patente) y ante la imposibilidad de la explotación de la patente por ella misma debido a la ausencia de medios materiales, otorgará a dicha empresa una licencia contractual que le permita llevar a cabo dicha explotación. Se presupone que, ante el elevado interés de Luciana en la empresa le otorgará una licencia exclusiva, impidiéndose por tanto el otorgamiento de otras licencias a terceros.

Se plantea por tanto si Pantallas LED Filo S.L., como licenciataria exclusiva de la patente puede ejercitar las acciones correspondientes para la protección de la misma o si se requiere en todo caso la personación de Luciana como demandante.

En relación a la figura del licenciataria existe una discusión doctrinal respecto a la legitimación del licenciataria inscrito en el Registro y el no inscrito que se viene gestando desde finales del siglo pasado dado que, si bien no cabe duda de que un licenciataria inscrito en el Registro puede ejercitar la correspondiente acción judicial, queda menos claro que esto pueda llevarse a cabo por parte del licenciataria no inscrito. Así, nuestro Tribunal Supremo rechazó dicha posibilidad de forma estricta a través de su sentencia de 18 de octubre de 1995, estableciendo que “nadie duda de que la licencia inscrita produce efectos frente a todos, pero la no inscrita solo produce efectos inter partes; por eso, el licenciataria en exclusiva no inscrito podrá pedir que actúe el titular de la patente, pero no actuar por sí mismo frente a tercero con base en la licencia”¹²⁹. Esta postura, a pesar de ser apoyada años después por nuestros tribunales – ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 9 de enero de 2007¹³⁰ – sería matizada en el año 2000 por el mismo tribunal permitiendo la legitimación activa del licenciataria al ser el directo perjudicado de la violación anunciada¹³¹.

La actual LP de 2015, en concreto su artículo 117, en cuanto a la discusión referente a si el licenciataria no inscrito tiene legitimación para llevar a cabo las acciones de protección de su derecho, establece diferencias entre el licenciataria que no ostenta un derecho en exclusiva, y aquel caso en el cual sí que lo ostenta. En el primer caso un requisito de legitimación activa es que el cesionario y el licenciataria tengan inscrito su título para tener reconocida la legitimación para interponer acciones; se pide por tanto que el licenciataria al menos haya solicitado la inscripción de su derecho en el Registro de Patentes. Esto en opinión de MASSAGUER “parece una formalidad huera, que solo beneficia, en forma de ingreso de tasas, a la OEPM y a los infractores, a quienes brinda una eficaz defensa formal en un ámbito en que sus intereses materiales no quedan comprometidos”¹³². A pesar de dicho requisito registral, el artículo 117.3 de la LP de 2015 permite al licenciataria requerir al titular de la patente para que entable la acción judicial correspondiente, de modo que si en el plazo de tres meses no la hubiese ejercitado, podrá llevarla a cabo el licenciataria en su propio nombre, acompañando el requerimiento efectuado. Este requisito registral no se reputa necesario en el caso del licenciataria que ostenta un derecho en exclusiva puesto que este podrá ejercitar todas las acciones que se reconozcan al titular de la patente frente a terceros que infrinjan su derecho¹³³.

¹²⁹ STS num. 893/1995 de 18 de octubre (Id Cendoj 28079110011995102173).

¹³⁰ SAP de Madrid num. 1/2007 de 9 de enero (RJ 2007\160600).

¹³¹ Vid. STS num 695/2000 de 11 de julio (RJ 2000\6016).

¹³² Vid. MASSAGUER, J., “La reforma de la Ley de Patentes” en Almacén de derecho, 2015. Obtenido el 30 de mayo de 2017. Disponible en: <http://almacendederecho.org/la-reforma-de-la-ley-de-patentes/>

¹³³ Vid. Art. 117.2 LP 2015

En base a lo anteriormente expuesto, y como respuesta a la pregunta puede concluirse que el otorgamiento de la titularidad de la patente a Luciana supondría un cambio en la legitimación para el ejercicio de las acciones de protección de la misma, que recaería sobre la propia titular y sobre la sociedad LED Filo S.L. en calidad de titular de una licencia exclusiva.

6. Conclusiones

Cuestión nº 1.

La calificación jurídica del contrato de Fernando corresponde a un contrato de agencia puesto que efectúa una labor de promoción y captación de clientes para la empresa LED Filo S.L. sin que para dicho desempeño la empresa le imponga unas pautas exhaustivas de cómo desarrollar su trabajo. Asimismo, el contrato tiene una vocación de estabilidad al no preverse su finalización una vez alcanzados determinados objetivos.

Tras el transcurso de los tres años fijados en el contrato, Fernando continúa realizando la actividad de captación de clientes, motivo por el cual el contrato pasa a ser indefinido. La resolución de este contrato se considera conforme a derecho si bien, en caso de no respetarse el plazo de preaviso y generar este hecho un daño para el agente, este tendrá derecho a la percepción de una indemnización.

La resolución del contrato también otorga a Fernando el derecho a exigir la indemnización por clientela al favorecer el incremento de las operaciones de la empresa, lo cual seguirá produciendo ventajas para la misma y la indemnización de daños y perjuicios en caso de que hubiese realizado alguna inversión en inmovilizado como consecuencia de una orden procedente del empresario y ésta estuviese pendiente de amortizar.

Cuestión nº 2.

El negocio desarrollado por Fernando tras finalizar sus funciones como agente debe reputarse como lícito puesto que, si bien presta sus servicios a un antiguo cliente de Pantallas LED Filo S.L., no se ha producido por este ningún tipo de inducción a la infracción contractual o captación del mismo mediando mala fe, sino que ha sido Textiles del Suroeste S.A quien se ha puesto en contacto con Fernando para solicitar sus servicios. De este modo, aun en el caso de existir un pacto de limitación de la competencia, este no se vería vulnerado ya que lo que se producen son ventas pasivas, cuya prohibición no puede incluirse en dicho pacto.

En relación a la conducta de Textiles del Suroeste S.A, debe en primer lugar llevarse a cabo la calificación del contrato como de suministro, siendo las obligaciones del suministrado la recepción de la mercancía el pago del precio. Lo que se ha producido en este caso es una resolución anticipada del contrato por parte del cliente, que provoca a su vez el incumplimiento de las mencionadas obligaciones, a las cuales debe sumarse el incumplimiento de un pacto de exclusiva. De este modo debe calificarse esta conducta como ilícita.

Por lo anteriormente expuesto, no cabe ningún tipo de reclamación contra Fernando, pero Pantallas LED Filo S.L sí podrá ejercitar la acción de cumplimiento y la acción de

indemnización de daños y perjuicios contra Textiles del Suroeste S.A, para cuyo cálculo podrá traerse a colación el daño derivado del incumplimiento del pacto de exclusiva.

Cuestión nº 3.

La protección que nuestro ordenamiento otorga al trabajador despedido a causa de una incapacidad temporal no es muy clara, lo cual nos obliga a realizar un profundo análisis jurisprudencial e interpretativo al respecto.

En este análisis nos encontramos ante una cuestión controvertida, especialmente en lo que se refiere al tratamiento de una posible discriminación por discapacidad que a su vez pudiese derivar en la calificación de despido como nulo por vulneración del artículo 14 de nuestra Carta Magna, existiendo dos tesis contrapuestas: por una parte nuestro Tribunal Supremo que se muestra reacio a la equiparación entre enfermedad y discapacidad, así como a la consideración del despido por enfermedad como un factor discriminatorio y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sí observa una gran similitud entre la discapacidad e incapacidad temporal, especialmente cuando esta se presenta con una larga duración.

Por todo ello, y partiendo de una intención aperturista de nuestros tribunales aún no manifestada, se recomienda la interposición de una demanda contra la empresa solicitando la nulidad del despido y de forma subsidiaria la declaración el mismo como improcedente.

Cuestión nº 4.

La utilización de Fernando de unos ganchos con base en V como los patentados por la empresa LED Filo S.L nos permite calificar esta conducta como ilícita, si bien no cabe posicionarnos de forma contundente a cerca de este asunto debido a la ausencia de reivindicaciones.

Ante esta situación, se recomienda al afectado la solicitud de diligencias preliminares para asegurar la concurrencia de dicha infracción así como de medidas cautelares dirigidas a la eficacia de las correspondientes acciones. Asimismo se recomienda la solicitud del cese de la actividad ilícita y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios derivada de la misma.

Para la interposición de estas acciones Evaristo se encuentra perfectamente legitimado antes de la correspondiente disolución del régimen económico matrimonial de gananciales puesto que ostenta la cotitularidad del bien en cuestión y se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

La atribución de la titularidad a Luciana hace recaer sobre ésta la obligación de explotar la invención patentada. Ante esta situación existen elevadas probabilidades, debido al interés que la titular ostenta en la empresa Pantallas LED Filo S.L, que le atribuya una licencia contractual en exclusiva. En esta situación la legitimación para la interposición de las correspondientes acciones recaería sobre la propia titular y sobre la empresa, en calidad de licenciataria exclusiva.

7. Bibliografía y jurisprudencia consultada

Bibliografía

- BARONA VILAR, S.: *Competencia Desleal: tutela jurisdiccional- especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional: doctrina, legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 590.
- BAYLOS MORALES, M. / MERINO BAYLOS P., “Doctrina jurisprudencial sobre indemnización de daños y perjuicios” en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*, Grupo Español de la AIPPI, 2005, pp. 116-120.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., CALZADA CONDE, M.A., DEL BARRIO PÉREZ, A.: *Contratos mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 537-539, 549.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 390, 398-402.
- GARCÍA NINET, J.I.: *Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª Edición, Pamplona, 2009, pp 225-226.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2006, pp 33- 34, 98-101.
- GADEA SOLER, E., SANCRISTÁN BERGIA, F.: *El contrato de agencia. La Ley 12/1992 en la jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2010, p.66.
- GALACHO ABOLAFIO, A.F.: “Sentencia de 15 de octubre de 2014. La infracción de los derechos del titular de un modelo de utilidad: la aplicación de la doctrina de los equivalentes” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 99, 2015, pp. 98-100.
- GARCÍA GARCÍA, E.: “Las diligencias preliminares en los litigios sobre infracción de patentes en España” en *Jornadas de estudio y actualización en materia de patentes (“Los Lunes de Patentes”)*, Oficina Española de Patentes y Marcas, Madrid, 2011.
- GARCÍA PÉREZ, R., “Ejercicio acumulado de acciones basadas en la Ley de marcas y en la Ley de competencia desleal”, en AA.VV., *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, A Coruña, 2011, pp. 451- 462.
- LARA GONZÁLEZ, R. “¿Contrato de mediación o contrato de agencia? El carácter estable y continuado de la relación”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº11, Aranzadi, 2015.
- LARA GONZÁLEZ, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 162- 175.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A. “*Teoría General de la Obligación y el Contrato*”, Edisofer, 4ª edición, Madrid, 2016, pp 331-332.
- MARTÍNEZ SANZ, F.: *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal (práctica jurídica)*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 241.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Nulidad del despido de un trabajador de baja médica que es presionado para que se reincorpore al trabajo” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Num. 819/2011., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- MASSAGUER, J.: “El contenido y alcance del derecho de patentes”, en *Actualidad Jurídica* (Uría & Menéndez), Número especial, Diciembre 2006, pp 182-184.

- MASSAGUER, J.: “La reforma de la Ley de Patentes” en Almacén de derecho, 2015. Obtenido el 30 de mayo de 2017. Disponible en: <http://almacenederecho.org/la-reforma-de-la-ley-de-patentes/>
- MERCADAL VIDAL, F.: *El contrato de agencia mercantil*, Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1998, pp. 542-547.
- MORENO MÁRQUEZ, A., “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego.” En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, NUM. 11/2010, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- MOXICA ROMÁN, J: *La ley del Contrato de Agencia. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 168 – 169, 190-191, 199-201.
- Memento práctico: “Contratos Mercantiles” Francis Lefevre, 2015-2016, pp 578-580.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p.108.
- PALMA FERNÁNDEZ, J.L., “Propiedad industrial: daños «ex re ipsa» como consecuencia de la infracción de un derecho de propiedad industrial. Sentencia núm. 541/2012 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 octubre de 2012”. Gómez-Acebo & Pombo Abogados. 2013. Obtenido el 28 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=66def7b7-3782-4e7e-9fb6-f9512ed38f27>
- QUINTÁNS EIRAS, R.: *Las obligaciones Fundamentales del Agente*, Civitas, Madrid, 2001, p.345.
- RODRÍGUEZ CARDO, I., “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?”, en *La Ley Unión Europea*, año IV, nº 43, Wolters Kluwer, 2016, pp. 9-14.
- TORRENTS, L. / VIDAL-QUADRAS, M. “La doctrina de los equivalentes y su aplicación en España”, en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*, Grupo Español de la AIPPI, 2005, pp. 953 y 954.
- TORRENTS, L., VIDAL-QUADRAS, M. “La doctrina de los equivalentes y su aplicación en España”, en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*, Grupo Español de la AIPPI, 2005, pp. 960-966.
- VELASCO PORTERO, T. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, 2014, p. 153.
- VIERA ÁLVAREZ, C.: “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2010, pp. 197-203.

Jurisprudencia:

- STC num. 129/1989 de 17 de julio (RTC 1989\129)
- STS num. 595/1993 de 3 de junio (RJ 1993\4382)
- STS num. 893/1995 de 18 de octubre (Id Cendoj 28079110011995102173)
- STS num 4046/1996 de 2 de julio (RJ 1996\5631)
- STS num. 5730/1996 de 21 de octubre (Id Cendoj 28079140011996100520)
- STC num. 207/1996 de 16 de diciembre (RTC 1996\207)
- SAP Barcelona de 4 de junio (AC 1998\1182)
- STS num. 1566/2000 de 29 de enero (RJ 2001\2069)
- STS num 695/2000 de 11 de julio (RJ 2000\6016)

- STS num. 914/2000 de 21 de octubre (RJ 2000\8811)
- STS num. 1071/2001 de 21 de noviembre (RJ 2001\9462)
- STS num. 248/2002 de 19 de abril (RJ 2002\2206)
- STS num. 502/2002 de 23 de mayo (RJ 2002\7158)
- STS num. 6065/2002 de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2006\1923)
- SAP Alicante num. 76/2003 de 13 de febrero (AC 2003\833)
- STS num. 340/2003 de 3 de abril (RJ 2003\3002)
- SAP de Córdoba num. 245/2003 de 12 de mayo (JUR 2003\151775)
- STS num. 4625/2003 de 2 de julio (Id Cendoj 28079140012003100828)
- STS num. 43/2004 de 9 de febrero (RJ 2004\1189)
- STS num. 5017/2004 de 12 de julio (RJ 2004\7075)
- STSJ Cataluña num. 6163/2004 de 7 de septiembre (JUR 2004\287904)
- STS num. 1156/2004 de 30 de noviembre (Id Cendoj 28079110012004101140)
- AJS de Madrid de 7 de enero de 2005 (Id Cendoj 28079440332005200001)
- STC num. 220/2005 de 12 de septiembre (RTC 2005\220)
- STS num. 569/2006 de 13 de junio (Id Cendoj 28079110012006100702)
- STJUE Caso Chacón Navas de 11 de julio (TJCE 2006\192)
- STS num. 1169/2006 de 24 de noviembre (RJ 2007\262)
- SAP de Madrid num. 1/2007 de 9 de enero (RJ 2007\160600)
- STS num 559/2007 de 23 de mayo (RJ 2007\3603)
- STS num. 560/2007 de 25 de mayo (RJ 2007\3604)
- STS num. 631/2007 de 31 de mayo (Id Cendoj: 28079110012007100579)
- STS num. 991/2007 de 28 de septiembre (RJ 2007\5311)
- STS num. 1043/2007 de 1 de octubre (RJ 2007\5313)
- STS num. 1032/2007 de 8 de octubre (RJ 2007\6805)
- STS num. 8912/2007 de 22 de noviembre (RJ 2008\1183)
- STS num. 1297/2007 de 5 de diciembre (RJ 2007\8903)
- STS num. 885/2007 de 18 de diciembre (RJ 2008\800)
- STS num. 759/2008 de 22 de enero (RJ 2008\1621)
- STC num. 62/2008 de 26 de mayo (RTC 2008\62)
- STS num. 692/2008 de 17 de julio (RJ 2008\4482)
- STS num. 5749/2008 de 22 de septiembre (2008\5533)
- STS num. 870/2009 de 10 febrero (Id Cendoj 28079140012009100097)
- STS num. 383/2009 de 8 de junio (RJ 2009\4573)
- STS num. 645/2009 de 15 de octubre (RJ 2009\5574)
- STS num. 868/2010 de 10 de enero (RJ 2011\152)
- STS num. 860/2011 de 10 de enero (RJ 2011\151)
- STS num. 19/2011 de 11 de febrero (RJ 2011\2349)
- STS num. 771/2011, de 4 de octubre (Id Cendoj 28079110012011100653)
- STS num. 777/2011 de 9 de noviembre (RJ 2012\1371)
- STS num. 260/2012 de 30 de abril (RJ 2012\4715)
- STS num. 341/2012 de 31 de mayo (RJ 2012\6549)
- STS num. 480/2012 de 18 de julio (RJ 2012\8363)
- STS num. 586/2012 de 17 de octubre (Id Cendoj 28079110012012100613)
- STS num. 541/2012 de 24 de octubre (RJ 2013\1545)
- STS num. 105/2013 de 8 de marzo (RJ 2013\5523)
- STJUE Caso Ring de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013\122)

- SAP de Madrid num. 268/2013 de 27 de septiembre (Id Cendoj 28079370282013100235)
- SJS de Barcelona num. 339/2013 de 19 de noviembre (AS 2014\960)
- STS num. 95/2014 de 11 de marzo (RJ 2014\2245)
- STC num. 53/2014 de 10 de Abril (RTC 2014\53)
- STSJ de Cataluña num. 4753/2014 de 1 de julio (AS 2014\2723)
- STS num. 606/2014 de 5 de noviembre (RJ 2014\6452)
- STS num. 5427/2014 de 25 de noviembre (RJ 2015\27)
- STS num. 162/2015 de 31 de marzo (ID CENDOJ: 28079110012015100200)
- STS num. 223/2015 de 29 de abril (RJ 2015\2209)
- STS num. 366/2016 de 3 de mayo (RJ 2016\2152)
- STS num. 525/2016 de 22 de julio (RJ 2016\3220)
- STJUE Caso Daouidi de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016\308)