

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**PANTALLAS LED FILO S.L, SOCIEDAD DE
GANANCIALES, CONTRATO Y DESPIDO.**

**PANTALLAS LED FILO S.L., SOCIEDADE DE
GANANCIAIS, CONTRATO E DESPEDIMENTO.**

**PANTALLAS LED FILO S.L., MARRIAGE IN
COMMUNITY OF PROPERTY, CONTRACT AND
DISMISAL OF AN EMPLOYEE.**

Tutor: PROF. Catedrático AREAN LALÍN, MANUEL.

Alumno: SOLÓRZANO VÁZQUEZ, SANTIAGO

GRADO EN DERECHO.

20016-2017.

INDICE.

0. Introducción del supuesto de hecho.....	5
Cuestión I	
1.1. Hechos.....	7
1.2. Calificación del Contrato de Fernando.....	7
1.3. Rasgos generales del Contrato de agencia.....	7
1.3.1. Independencia del agente.....	9
1.3.2. Obligaciones de las partes.....	9
1.3.2.1. Obligaciones de Fernando como agente.....	10
1.3.2.2. Obligaciones de Pantallas LED Filo S.L. como empresario.....	11
1.3.3. Remuneración de Fernando.....	11
1.3.4. Formalización del Contrato de agencia.....	13
1.4. Resolución del Contrato de agencia.....	14
1.4.1. El preaviso.....	14
1.5. Derecho de Fernando a reclamar alguna indemnización.....	15
1.5.1. Indemnización por daños y perjuicios.....	15
1.5.2. Indemnización por clientela.....	16
Cuestión II	
2.1. Hechos.....	19
2.2. Constitución de la sociedad Fer LED S.L.....	19
2.3. Licitud del negocio desarrollado por Fernando.....	19
2.3.1. ¿Existe un pacto de no competencia entre Pantallas LED Filo S.L. y Fernando?.....	20
2.3.2. Existe un derecho exclusivo sobre los clientes por parte de Pantallas LED Filo S.L?.....	20
2.3.3. ¿Existe una conducta desleal sobre la actividad desarrollada por Fernando?.....	21
2.4. Actuación de Textiles del Suroeste S.L.....	22

2.4.1. Formalización de un contrato de suministro entre Pantallas LED Filo S.L. y Textiles del Suroeste S.L.....	22
2.4.2. Pacto de exclusiva.....	24
2.4.2.1. Vulneración del pacto de exclusiva.....	25
2.5. Reclamación de Pantallas LED Filo S.L. contra Textiles del Suroeste S.L.....	26
2.6. Reclamación de la sociedad Pantallas LED Filo S.L. contra Fernando.....	26

Cuestión III

3.1. Hechos.....	27
3.2. Determinación del accidente de trabajo.....	28
3.3. Determinación de la Incapacidad laboral derivada del accidente de trabajo.....	28
3.4. Suspensión del Contrato de trabajo.....	31
3.5. Calificación del despido.....	31
3.5.1. Improcedente o nulo.....	32
3.6. Efectos del despido.....	35
3.7. ¿Cómo puede actuar Juan al respecto?.....	37

Cuestión IV.

4.1. Hechos.....	37
4.2. Violación del derecho de patente.....	38
4.2.1. Excepciones a la violación del derecho de patente.....	38
4.3. Reclamaciones posibles contra Fernando.....	40
4.4. Legitimación de Evaristo para interponer la demanda.....	44
4.5. Consecuencia del hecho de que la titularidad de la patente se haya atribuido a Luciana.....	44
Conclusiones.....	45
Bibliografía.....	47
Fuentes normativas.....	48

Abreviaturas:

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CdC: Código de Comercio.

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

LCA: Ley de Contrato de Agencia.

LCD: Ley de Competencia Desleal.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

LPa: Ley de Patentes.

LSC: Ley de Sociedades de Capital.

LRJS: Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

RD: Real Decreto.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SL: Sociedad Limitada.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

0. Supuesto de hecho.

El supuesto de hecho que se va a examinar gira alrededor de la sociedad Pantallas LED Filo S.L., y los problemas que debe de afrontar con sus trabajadores, clientes y la patente diseñada por los socios de la misma.

La sociedad Pantallas LED Filo, S.L. es una empresa dedicada a la elaboración, innovación y mejora de pantallas LED. Dicha sociedad se encuentra formada por dos socios: don Evaristo Vázquez Taboada y doña Luciana Sandá Ares, que contrajeron matrimonio 1993, estableciendo como régimen económico matrimonial la sociedad de gananciales.

En enero de 2007 la sociedad formaliza con don Fernando Pérez López un contrato con una duración de tres años, cuyo objeto es 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 ésta 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 €
	1.336.559	
A.1) RESULTADO DE EXPLOTACIÓN	€	747.198 €
+ Ingresos financieros	23.765 €	7.879 €
- Gastos financieros	8.768 €	2.566 €
A.2) RESULTADO FINANCIERO	14.997 €	5.313 €
	1.351.556	
A.3) RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS	€	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).

En septiembre de 2013, tras haber realizado una búsqueda activa de empleo sin resultados positivos, Fernando decide 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 trabajadores, 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.

Cuestión I)

1.1.Hechos.

La primera cuestión que se nos plantea atiende a la calificación del contrato de Fernando Pérez López con la empresa Pantallas LED Filo S.L., la posterior resolución del mismo por parte de la empresa el 1 de enero de 2013, y por último, las reclamaciones que pueda ejercer Fernando respecto a esa resolución.

La relación contractual existente entre Fernando y la sociedad Pantallas LED Filo S.L. se formaliza en enero de 2007, cuyo objeto es la difusión del producto y la captación de nuevos clientes para la empresa, y con una duración de tres años. Transcurrido dicho lapso temporal, Fernando prosigue desempeñando su labor con normalidad para la sociedad y ésta continua retribuyendo sus servicios, tratándose los mismos en un sistema de remuneración a partes iguales de una cantidad fija de 12.000 euros anuales y otra variable.

1.2.Calificación del contrato de Fernando.

A la hora de determinar jurídicamente el contrato de Fernando, se podría decir que es un contrato de agencia, ya que atendiendo a los hechos, el contrato tiene por objeto la difusión del producto y captación de nuevos clientes para Pantallas LED Filo, S.A.

1.3.Rasgos generales del Contrato de agencia.

Este tipo de relación contractual se encuentra regulada en la ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia¹. La presente ley, en su artículo 1 define el contrato de agencia como aquel en el que *“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”*.

De este artículo podemos derivar una serie de presupuestos necesarios que se deben de cumplir en un contrato para que tenga la consideración de contrato de agencia.

El primero de los requisitos que hay que tener en cuenta es que el contrato de agencia debe de formalizarse entre dos personas naturales o jurídicas. Las partes del presente contrato son, por un lado Fernando, persona natural de acuerdo con lo previsto en el Capítulo I, del Título II, del Libro Primero del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil²; y por otro lado, la Sociedad Pantallas LED Filo S.L., persona jurídica, de acuerdo con los artículos 1 y 33 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital³, pues esta se adquiere por la sociedad limitada con su inscripción en el Registro Mercantil.

¹ BOE, núm. 129, de 29/05/1992.

² BOE, núm. 206, de 25/07/1889.

³ BOE, núm. 161, de 03/07/2010.

El segundo de los requisitos que debe de atender este tipo de contrato hace referencia a la relación entre las partes, que debe ser continuada y estable. Fernando y la Sociedad Pantallas LED Filo S.L firman un contrato por tiempo definido de tres años, y una vez transcurrido dicho lapso temporal, Fernando sigue desempeñando su labor de la misma manera y la sociedad por su parte, sigue retribuyendo sus servicios, por lo que se entiende que la relación entre las partes es continuada y estable.

El tercero de los requisitos que hay que tener en cuenta es la remuneración. En el contrato se ha pactado una remuneración en favor de Fernando que es efectivamente pagada por la empresa, por lo que se puede considerar que se cumple con este requisito.

El cuarto de los requisitos hace referencia a la función del agente de promover actos y operaciones de comercio. La labor de Fernando consiste en difundir el producto y captar nuevos clientes, actuaciones que encajan a la perfección en la definición de “*actos u operaciones de comercio*”.

El quinto requisito está referido a la actuación del agente, consistente en promover por cuenta ajena o en promover y concluir por cuenta y en nombre ajenos tales actos u operaciones de comercio. Este presupuesto aparece desarrollado en el artículo 6 LCA, en el cual se dice que “*el agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad*”. En el caso que nos atiende, Fernando ha sido contratado para difundir el producto y captar nuevos clientes, por lo que a partir de los datos aportados se deduce que, en todo caso, actúa por cuenta ajena y quién se obliga frente a los clientes es la empresa (al no tener más datos asumimos que la labor de Fernando finaliza cuando capta a su cliente).

El sexto y último requisito derivado del artículo 1 LCA, atiende a que el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones. En este caso, Fernando no asume ningún tipo de riesgo. Si se diera el caso de que Fernando tuviera que pagar por las pantallas que no consigue vender, por ejemplo, si estaría asumiendo un riesgo, pero en este caso Fernando no recibe ninguna consecuencia negativa en caso de no lograr sus objetivos, con la excepción de percibir un menor sueldo o un posible despido.

Esta serie de presupuestos deja marcada perfectamente la diferencia entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo asalariado o por cuenta ajena. En el primero de ellos es el propio trabajador el que adquiere o se beneficia inmediatamente de los resultados productivos, apropiándose de aquellos que son susceptibles de apropiación; mientras que en el segundo caso, los frutos del trabajo no son adquiridos ni siquiera en un primer momento por el trabajador, sino que pasan directamente a otra persona, que se beneficia de ellos desde el mismo instante en que se producen.

1.3.1. Independencia del agente.

De acuerdo con el artículo 2 LCA, se determina la necesidad de independencia del agente, diciendo que “*no se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan*”. En el apartado 2 del presente artículo se especifica con mayor atención al requisito de independencia de un contrato de agencia, determinando que “*existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda*

organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios". Así, cabe determinar la independencia como un factor imprescindible, *"el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio y es básica la independencia del agente y esta independencia, que le permite al agente organizar libremente la actividad empresarial y el tiempo dedicado a la misma, se manifiesta en el contenido propio de las obligaciones asumidas en el contrato, propias de una relación mixta de servicios y de agencia"*⁴.

A partir de los datos aportados del caso, se puede apreciar a la perfección que Fernando actúa de forma independiente, ya que en ningún momento se menciona alguna de las cuestiones características de un contrato de trabajo, como puede ser el horario o el lugar de trabajo específico. De esta manera, Fernando tiene la posibilidad de realizar su labor conforme a sus propios criterios, siempre con el objetivo de difundir el producto y la captación de nuevos clientes para la sociedad Pantallas LED S.L.

Por ello, podemos identificar el contrato de agencia como un contrato de carácter mercantil, pues no se puede apreciar que las funciones principales del agente se encuentren identificadas con los elementos típicos de la figura laboral, como son la ajenidad o la dependencia, llegando así a la conclusión de que la relación existente entre Fernando y la sociedad Pantallas LED Filo S.L. no es constitutiva de un contrato de trabajo⁵.

De la misma manera, la relación propia del agente comercial, que es de carácter mercantil, está regulada en la LCA, y queda fuera del ámbito de la aplicación de la legislación laboral por mor de lo dispuesto en el artículo 1.3 f) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁶, por la cual no se considera un contrato de trabajo *"la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma"*, presupuesto que se identifica perfectamente con la definición propia del contrato de agencia recogido en el artículo 1 LCA.

1.3.2. Obligaciones de las partes:

En lo que respecta a las obligaciones de cada una de las partes, el contrato de agencia es un contrato bilateral, dando lugar a una relación jurídica que las partes han de cumplir lealmente y de buena fe⁷. Cada una de las partes tiene una serie de obligaciones que deben de cumplir en todo momento.

1.3.2.1. Obligaciones de Fernando como agente

Las obligaciones a las que deberá de estar sujeto Fernando como agente de la sociedad Pantallas LED Filo S.L. están recogidas en los artículos 9 y 7 de la LCA.

Según el artículo 9.1 LCA, el agente deberá de ejercitar su actividad profesional de promover o concluir las operaciones que se le hubieren encomendado, ya sea

⁴STS de 18 de Junio de 2010 [RJ 2010/4891].

⁵TSJ de Asturias de 17 de abril de 2015 [AS 2015/1062].

⁶BOE, núm. 255, de 24/10/2015.

⁷SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO Y GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Edición 37, Editorial Aranzadi SA. Cizur Menor (Navarra), 2015, Pág. 234.

personalmente o por medio de sus dependientes, actuando siempre de forma leal y de buena fe y velando por los intereses del empresario principal por cuya cuenta actúe.

Esta obligación implica que Fernando ha de actuar con la diligencia de un ordenado empresario a la hora desarrollar su actividad, consistente en difundir el producto y la captación de nuevos clientes, comunicando a la sociedad Pantallas LED Filo S.L. toda información relevante, desarrollando su actividad conforme a las instrucciones recibidas, siempre que no afecten a su independencia.

Por otra parte, Fernando tendrá también una legitimación pasiva para recibir reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o prestados como consecuencia de las operaciones promovidas aunque no las hubiera concluido, y deberá de llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativas a la empresa por cuya cuenta está actuando⁸.

Tiene la obligación de no competencia, que como se prevé en el artículo 7 LCA, implica el deber de no ejercer por su cuenta, o por cuenta de otro empresario, una actividad empresarial profesional respecto a los mismos bienes o servicios iguales o análogos a los que debe promover como consecuencia del contrato de agencia. Esta obligación podría desaparecer en el caso de que Fernando y la sociedad Pantallas LED Filo S.L. incluyan en el contrato pacto en contrario⁹. Atendiendo a este requisito, Fernando debe de dedicarse de forma exclusiva a promocionar el producto y encargarse de captar nuevos clientes para la sociedad Pantallas LED Filo S.L., ya que a partir de los datos aportados en el caso no se aprecia ningún cláusula en la cual se otorgue la posibilidad a Fernando para colaborar con otra empresa para desarrollar una actividad respecto de servicios iguales o análogos a los que le compete con la sociedad con la que ha formalizado el contrato.

Por otro lado, las partes también podrán formalizar por escrito en el contrato, la extensión de la prohibición de competencia del agente incluso una vez extinguido el contrato. Este pacto de limitación de competencia no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato, y si éste hubiera sido por tiempo menor, el pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior al año. Además, la limitación de la competencia sólo podrá extenderse a una determinada zona geográfica y al grupo de personas confiado al agente y a los bienes o servicios que hubiese promovido¹⁰.

De esta manera, al igual que en el presupuesto anteriormente expuesto, no se aprecia ninguna cláusula por la cual Fernando tenga la prohibición de ejercer competencia una vez se extinga el contrato. Sobre esta cuestión vamos a desarrollar en mayor profundidad más adelante, pues es una situación a partir de la cual va a surgir un conflicto entre Fernando y la sociedad Pantallas LED Filo S.L.

⁸AA.VV: *Contratación Mercantil y Bancaria*. Edición I, El Derecho Editores SA, Madrid, 2010. Pág. 294.

⁹SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ CALERO Y GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, Pág. 234.

¹⁰Art. 20 y 21 LCA.

1.3.2.2. Obligaciones de Pantallas LED Filo S.L. como empresario.

Por su parte, las obligaciones del empresario con el agente están recogidas en el artículo 10 de la LCA. De esta manera, la sociedad Pantallas LED Filo S.L deberá actuar lealmente y de buena fe, al igual que se le exige al agente¹¹, estando obligado a:

a. Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.

b. Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.

c. Satisfacer la remuneración pactada.

Además de esto, el empresario deberá comunicar al agente en el plazo de quince días, la aceptación o el rechazo de la operación propuesta. Asimismo, también deberá comunicarle dentro del plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, la ejecución, ejecución parcial o falta de ejecución de ésta.

1.3.3. Remuneración de Fernando.

El pago de la remuneración pactada es un elemento esencial, por lo que “*se deniega la naturaleza del contrato de agencia por carecer de una remuneración a cargo de su principal*”¹². La remuneración del agente puede consistir en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de las dos anteriores. Si en el contrato no se ha fijado la remuneración, será la que resulte de los usos y en defecto de éstos la que sea razonable atendiendo a las circunstancias que hayan concurrido en la operación, como aparece recogido en el artículo 11.1 LCA.

En el caso que se nos presenta, el sistema de remuneración de Fernando constaba a partes iguales de una cantidad fija de 12.000 euros anuales y otra variable atendiendo al volumen o el valor de las operaciones promovidas o, en su caso, concluidas por su actuación. Esto se muestra perfectamente en la remuneración que percibe durante la vigencia del contrato: año 2007: 15.550 €; año 2008: 16.895€, año 2009: 26.050€; año 2010: 22.300€, año 2011: 18.300; año 2012: 14.301€.

A la hora de determinar que son las operaciones que han de tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de la provisión, estas aparecen comprendidas en los artículos 12 y 13 LCA, atendiendo a aquellas operaciones en las que haya intervenido Fernando como agente, ya sea durante la vigencia del contrato como incluso una vez extinguido el mismo¹³.

En el artículo 12 LCA aparecen determinados todos aquellos actos y operaciones por los que Fernando tendrá derecho a comisión durante la vigencia del contrato, siendo las siguientes:

¹¹ MEMENTO PRÁCTICO. *Contratos Mercantiles 2011-2012*, Editorial FRANCIS LEFEBVRE SA, C/Santiago de Compostela (Madrid), 2011, Pág. 585.

¹² STS de 4 de noviembre de 2004 [RJ/7224].

¹³ SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ CALERO Y GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, op.cit., Pág. 236.

a. los actos u operaciones de comercio concluidos como consecuencia de la intervención profesional del agente.

b. los actos u operaciones de comercio concluidos con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

Además de lo expuesto anteriormente, “cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente”¹⁴.

Atendiendo a este presupuesto, hay que decir que en el momento en el que la sociedad Pantallas LED Filo S.L. formaliza el contrato con Fernando, acuerdan que este desarrolle su actividad por la zona del sureste de la península, por lo que atendiendo al apartado 2 del artículo 12 LCA, Fernando tendrá derecho a la comisión por cualquier acto u operación sobre esa zona geográfica, aunque él no haya participado en la promoción o conclusión de dicho acto u operación.

Por su parte, en el artículo 13 LCA se recogen todos aquellos actos y operaciones que se haya concluido después de la extinción del contrato de agencia por los cuales Fernando tendría derecho a comisión:

a) los actos u operaciones que se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato.

b) Cuando el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato.

Además, “*el agente no tendrá derecho a la comisión por los actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia, si dicha comisión correspondiera a un agente anterior, salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes, fuese equitativo distribuir la comisión entre ambos agentes*”¹⁵.

En lo que respecta al artículo 13 LCA, aunque no resulte de gran importancia atendiendo a los hechos derivados del caso, Fernando deberá tener conocimiento de ello, pues aunque ya se haya extinguido el contrato, deberá de tener en cuenta que cualquier actividad en la que participe, o simplemente por haber recibido el encargo de realizar la misma, que se concluya tras la terminación del contrato, tendrá derecho a comisión.

El nacimiento del derecho a la comisión aparece regulado en el artículo 14 de la Ley diciendo que “*la comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero*”. El derecho nace como se prevé en el art. 10 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986

¹⁴Artículo 12.2 LCA.

¹⁵Artículo 13.2 LCA.

relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes¹⁶, cuando se produce cualquiera de los supuestos anteriores, sin que las partes en el contrato puedan establecer que sólo surgirá en uno de los dos casos¹⁷. Así, podemos decir que el derecho de Fernando a la comisión nacerá a partir del momento en el que la sociedad Pantallas LED Filo S.L o un tercero hubieran ejecutado o hubiera decidido realizar el acto u operación de comercio en el que el mismo hubiese participado.

Además, Fernando como agente, en defensa de su derecho de comisión podrá ejercer su derecho de información frente a la sociedad Pantallas LED Filo S.L., que deberá de suministrar trimestralmente, o en un plazo inferior si así se ha pactado, los datos precisos sobre los elementos que puedan servir para el cálculo de las comisiones como se prevé en el artículo 15 LCA.

En lo referente al pago de la comisión, el artículo 16 LCA reconoce que “*deberá de realizarse no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural al momento en el que hubiera nacido el derecho salvo que se hubiere establecido un plazo inferior*”. De esta manera, a partir de los datos que aporta el caso, no se aprecia ningún plazo inferior establecido por las partes, por lo que el pago por parte de la sociedad Pantallas LED Filo S.L deberá efectuarse conforme a lo previsto en este artículo.

1.3.4. Formalización del Contrato de Agencia

En lo que respecta a la formalización del contrato, siguiendo la regla general de los contratos mercantiles, el contrato de agencia no requiere formalidad alguna, si bien, deberá de realizarse por escrito si lo exige cualquiera de las partes en cualquier momento de la operación¹⁸, ya sea Fernando en la posición de agente, o por su parte, la sociedad Pantallas LED Filo S.L, haciendo constar las modificaciones que en su caso se hubieran introducido en el mismo, como expresa el artículo 22 LCA.

Atendiendo a la duración del contrato de agencia, el artículo 23 LCA dice que podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido.

En el contrato que se nos presenta entre Fernando y la sociedad Pantallas LED Filo S.L., las partes van a formalizar un contrato con una duración de tres años, sin embargo, transcurrido dicho lapso temporal, Fernando prosigue desempeñando su labor de captación de clientes para la sociedad y ésta continúa retribuyendo sus servicios.

De esta manera, el contrato inicialmente se constituyó como un contrato por tiempo determinado, prorrogado tácitamente, transformándose en un contrato indefinido en lo que respecta a la duración del mismo. Esta situación aparece recogida en el artículo 24 en su apartado 2 LCA, que reconoce que “*aquellos contratos de agencia por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida*”.

¹⁶DOCE núm. L 382 de 31-12-1986.

¹⁷SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ CALERO Y GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, op.cit, Pág. 236.

¹⁸MEMENTO PRÁCTICO. *Contratos Mercantiles 2011-2012*, op.cit. Pág. 584

1.4. Resolución del Contrato de Agencia.

Atendiendo a la resolución del contrato de Fernando, esta se va a producir el 1 de enero del año 2013. La resolución de un contrato de agencia se puede realizar por diversas causas, pudiendo las partes poner fin, de mutuo acuerdo a la relación jurídica establecida¹⁹. En aquellos contratos de agencia convenidos por tiempo determinado, se extinguirá por el cumplimiento del término pactado, tal y como aparece reconocido en el artículo 24 LCA. Por su parte, en los contratos de agencia de duración indefinida como el que finalmente se resuelve en el caso que se nos presenta, se puede producir por diferentes circunstancias, según las cuales se tendrán en cuenta a hora de determinar la indemnización correspondiente.

En los contratos de duración indefinida cada una de las partes podrá unilateralmente poner fin al mismo mediante preaviso por escrito, cuyo plazo será de un mes por cada año de vigencia de contrato, con un máximo de seis meses, pudiendo las partes pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior al establecido para el preaviso del empresario como aparece indicado en el artículo 25 LCA.

1.4.1. Preaviso

El preaviso es una condición imprescindible para poner fin al contrato de duración indefinida, considerándose su omisión como incumplimiento contractual²⁰. *“Para los contratos que inicialmente tenían una duración determinada que se transformen en contratos de duración indefinida (circunstancia que se puede apreciar perfectamente en el caso que nos ocupa), para la determinación del preaviso se computa la duración que haya tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo al mismo el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida”*, como aparece indicado en el artículo 25.5 LCA.

En este caso, a partir de los datos aportados, se puede decir que Fernando y la sociedad Pantallas LED Filo S.L. formalizaron un contrato en enero de 2007, finalizando el mismo en el año 2011. La sociedad Pantallas LED Filo S.L. pone fin al contrato de forma unilateral sin que se pueda apreciar el preaviso que se le concede a la parte afectada, que debería de ser, atendiendo a los años de vigencia del contrato, de seis meses.

En el artículo 26.1 LCA, se prevé que *“cada una de las partes podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso: cuando la otra parte hubiera incumplido total o parcialmente las obligaciones legal o contractualmente establecidas o cuando concurren circunstancias excepcionales, cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso”*. Además de estas dos excepciones, el contrato de agencia, también se podría extinguirse según el artículo 27 LCA *“por muerte o declaración de fallecimiento del agente”*.

La causa que alega la Sociedad Pantallas LED Filo S.L no se puede apreciar que sea producida por alguna de las causas que recoge la LCA en su artículo 26, entendiéndose que el descontento por parte de la empresa ante el resultado de la actividad realizada por el agente no se puede considerar un incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales, circunstancia prevista para resolver el contrato sin necesidad de

¹⁹ MEMENTO PRÁCTICO. Contratos Mercantiles 2011-2012, op.cit. Pág. 587.

²⁰ AA.VV: Contratación Mercantil y Bancaria. op.cit. Pág. 300.

preaviso. Se debe de considerar que *“para que el incumplimiento por el agente de los objetivos o previsiones de venta pueda operar como motivo de extinción del contrato, es preciso que se cumplan determinadas condiciones, cuales son: 1ª) Que se hayan establecido objetivos o previsiones de ventas para el agente que operen como objetivos mínimos y obligatorios”*²¹.

A partir de los datos derivados del caso, se puede valorar que la resolución del contrato de Fernando no resulta conforme a derecho, ya que no se aprecia incumplimiento alguno por el cual se otorgue la posibilidad a la sociedad Pantallas LED Filo S.L. de resolver el contrato sin preaviso por escrito de un mes por cada año de vigencia de contrato, que en su caso sería de 6 meses, atendiendo a que las partes formalizaron el contrato de agencia en enero de 2007, resolviéndose el 1 de enero de 2013.

Teniendo en cuenta los hechos ocurridos, a partir de la resolución unilateral del contrato de Fernando por parte de la sociedad Pantallas LED Filo S.L. sin el preaviso necesario para ello en base a lo recogido en la Ley sobre Contrato de Agencia, Fernando podría tener derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, además de la correspondiente indemnización por clientela y teniendo en cuenta los años que lleva trabajando para la empresa y los clientes obtenidos para la misma.

1.5.Derecho de Fernando a reclamar alguna indemnización

1.5.1. Indemnización por daños y perjuicios

La indemnización por daños y perjuicios aparece regulada en el artículo 29 LCA atendiendo a aquellos casos en los que *“el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios por la extinción anticipada del contrato, siempre que no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”*.

Cabe destacar de este precepto, a la hora de interpretarlo con el caso que nos atiende, que Fernando tendrá derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios por la sociedad Pantallas LED Filo S.L., únicamente por los gastos causados para poner en marcha o adecuar su empresa, conforme a las instrucciones, ya sea expresas o implícitas, siempre que no se hubiesen amortizado los gastos al extinguirse anticipadamente la relación.

Atendiendo a esta cuestión, en base a los datos recogidos en el caso, no se aprecia ninguna circunstancia por la cual Fernando haya realizado una inversión derivada de alguna instrucción por parte de la sociedad Pantallas LED Filo S.L., por ello, cabe determinar que dicho aspecto no es suficiente para otorgar una indemnización por daños y perjuicios.

En relación con lo anterior, es de gran importancia tener en cuenta la Sentencia del TS de 20 de Mayo de 2009²², que pone de manifiesto que la indemnización por daños y perjuicios por gastos no amortizados recogida en el artículo 29 de la LCA, no impide reclamar al amparo del régimen general del artículo 1101 CC, por cualquier otro incumplimiento vinculado con la extinción del contrato a causa una denuncia unilateral

²¹SAP de Burgos de 23 de Junio de 2016 [JUR 2016/192946]

²² [RJ 2009/3184].

por el empresario, por el cual la parte afectada deje de percibir unas ganancias que hubiese obtenido en el caso de que no hubiese mediado la extinción del contrato. A tal efecto, cabe entender que el actor tiene derecho a una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la ausencia de tal preaviso, perjuicios que la jurisprudencia ha fijado en el lucro cesante dejado de percibir en el periodo en que el contrato se hubiera prorrogado de haber mediado el preaviso, esto es en las comisiones que el agente hubiera percibido de la empresa comitente durante los seis meses posteriores a la comunicación de la finalización del contrato, en que este se hubiera prorrogado de haber mediado el preaviso²³.

Por los datos aportados en el caso, Fernando, agente dedicado a promocionar el producto y aportar nuevos clientes a la sociedad Pantallas LED Filo S.L., sí que ha resultado afectado a causa de la pérdida de ganancias por su actividad, ya que además de los ingresos variables percibidos en función de la cantidad de clientes que aportase a la sociedad, también percibía unos ingresos fijos anuales de 12.000 euros, cantidades que va a dejar de percibir por el incumplimiento de la sociedad Pantallas LED Filo S.L. de avisar con la antelación debida a Fernando de la extinción de la relación contractual, que debería de ser de seis meses. Por ello, Fernando tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios fundamentando su reclamación por lucro cesante basado en el citado artículo 1101 CC.

1.5.2. Indemnización por clientela.

Por su parte, a la hora de determinar la indemnización por clientela en los contratos de agencia, esta se da por el mero hecho de la terminación del contrato, incluso si se produce por fallecimiento del agente. La indemnización tiene por objeto reparar el perjuicio sufrido por el agente tras la extinción del contrato y la compensación por la actividad prestada de la que se va a beneficiar el empresario²⁴.

En el artículo 28 LCA se contempla la indemnización por clientela, denominada también “fondo de comercio”, en el cual se recoge que *“cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”*.

De esta manera, a partir del artículo 28 de la LCA se pueden deducir cuatro presupuestos imprescindibles para que el agente tenga derecho a indemnización por clientela²⁵.

El primero de ellos consiste en que se haya producido la extinción del contrato de agencia. En este caso se puede apreciar la resolución del contrato el 1 de enero de 2013 por denuncia unilateral del mismo por parte del empresario.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a la aportación de nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente. *“Se estima suficientemente acreditada que el agente ha obtenido un incremento de la*

²³SAP de Burgos de 23 de Junio de 2016 [JUR 2016/192946]

²⁴MEMENTO PRÁCTICO. Contratos Mercantiles 2011-2012, op.cit. Pág. 588.

²⁵ AA.VV: Contratación Mercantil y Bancaria. op.cit. Pág.302.

clientela como consecuencia de su actividad; corresponde al demandante la carga de probar este hecho que opera como presupuesto de su pretensión, ahora bien, ello ha de ser necesariamente matizado con la disponibilidad y facilidad probatoria”²⁶. En este punto hay que prestar atención a la clientela obtenida tras la llegada de Fernando a la sociedad Pantallas LED Filo S.L.

En la gráfica de la evolución de la clientela se puede apreciar un aumento inicial considerable desde el momento en que Fernando empezó a desarrollar su actividad para la sociedad Pantallas LED Filo S.L., desde 2007 hasta el año 2011, momento en el que la cartera de clientes vuelve a disminuir. Así, a partir de los datos aportados, se puede probar que Fernando ha aportado nuevos clientes al empresario, requisito que exige la ley para otorgar la indemnización por clientela.

El tercer presupuesto que hay que tener en cuenta está relacionado con el anterior, refiriéndose a la relaciones comerciales establecidas por Fernando, teniendo en cuenta las ventajas que puedan producir en la sociedad Pantallas LED Filo S.L. al continuar éste con los clientes captados por el agente, correspondiéndole a él la carga de la prueba de que tales relaciones se mantendrán en el futuro y podrán seguir manteniendo ventajas al empresario. Tal y como aparece recogido en la sentencia del TS de 30 de abril de 2004²⁷, para el caso de hacer efectiva la indemnización por clientela no se puede acarrear al agente con la carga de demostrar beneficios futuros asegurado, sino que lo decisivo es que la clientela se vea incrementada debido a la actividad del agente.

Aun así, en base a los datos aportados por el caso se puede probar igualmente que desde que Fernando pasó a formar parte de la empresa los beneficios han sido superiores. Cabe prestar atención a los resultados recogidos en el gráfico de las operaciones continuadas, donde se muestra que en el año 2006, proporcionaron un beneficio de 564.383 euros, resultados que se dan cuando Fernando aún no había entrado a formar parte de la empresa. Por su parte, en el año 2012, momento en el que Fernando ya ha desempeñado su actividad durante cinco años como agente de la sociedad Pantallas LED Filo S.L., el resultado del ejercicio de las operaciones continuadas ese año es de 1.013.667 euros.

En base a estos hechos, se puede apreciar perfectamente que Fernando ha aportado nuevos clientes a la sociedad Pantallas LED Filo S.L., siendo los beneficios mucho mayores que antes del momento en el que entró a trabajar para la empresa como agente, considerando tales como unas ventajas de las que se va a continuar beneficiando la sociedad Pantallas LED Filo S.L.

Atendiendo a estos presupuestos mencionados relacionados con la actividad desempeñada por Fernando, se pueda considerar equitativo el pago de la indemnización correspondiente.

Para determinar la indemnización por clientela, hay que tener en cuenta el artículo 28.3, que dice lo siguiente *“la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior”*. En base a esto, el cálculo de la indemnización por clientela se va a realizar a partir de los ingresos anuales de los últimos cinco años en los que Fernando a trabajo

²⁶SAP de Barcelona de 27 de Septiembre de 2016 [JUR 2017/31810].

²⁷ [RJ 2004/1678].

para la sociedad Pantallas LED Filo S.L. Estos ingresos constaban en una cantidad fija de 12.000 euros y otra variable atendiendo a la actividad realizada. De esta manera, Fernando percibe las siguientes remuneraciones en los últimos cinco años: año 2008: 16.895€, año 2009: 26.050€; año 2010: 22.300€, año 2011: 18.300; año 2012: 14.301€.

Además de esto, a la hora de calcular la indemnización también hay que tener en cuenta que no se ha acordado un pacto de no competencia por las partes, que tenga como fin restringir la actividad de Fernando una vez extinguido el contrato de agencia. *“Teniendo en cuenta, conforme a los criterios y requisitos expuestos, que la ley no dice que la indemnización tenga que ser igual al importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato, si este fuese inferior, sino únicamente que no podrá exceder, lo que resulta acorde con los criterios ponderativos a tener en cuenta según las circunstancias que concurran en cada caso; este Tribunal, ponderando las particularidades que se dan en este caso y, sustancialmente, la inexistencia de pactos que limiten la competencia del agente con posterioridad a la conclusión del contrato, lo que puede originar, que algunos clientes sigan al agente y dejen de mantener relación comercial con las demandadas, considera que la indemnización por este concepto debe reducirse al 70 % de las comisiones que percibió el demandante durante los cinco últimos años²⁸.*

Por lo tanto, en base a las ganancias obtenidas en los últimos cinco años, la indemnización por clientela correspondiente se podría determinar a partir de los ingresos medios de los cinco años que ha trabajado para la empresa, con una reducción de un 30 % a causa de la inexistencia de pactos que limiten la competencia del agente con posterioridad a la conclusión del contrato, lo que puede originar que algunos clientes sigan a Fernando. Por ello, podemos considerar que la indemnización por clientela que debe abonar la sociedad Pantallas LED Filo S.L. a Fernando debe de ser de 13.698,44 euros, considerando la misma como la más equitativa en base a los hechos.

Para reclamar las indemnizaciones correspondientes, Fernando tendrá un año a contar desde el momento de la extinción del contrato, tal y como aparece recogido en el artículo 31 LCA.

Una vez resuelto jurídicamente la cuestión relacionada con la extinción del contrato de Fernando, se entiende que el contrato que se había establecido entre este y la sociedad Pantallas LED Filo S.L. ha sido resuelto por denuncia unilateral de la empresa infringiendo el deber de preaviso previsto para este tipo de contratos, lo que supone un incumplimiento de una obligación contractual a la hora de extinguir el contrato, de la cual va a derivar una indemnización por daños y perjuicios, además de la indemnización por clientela correspondiente a los años que hubiese trabajado para la sociedad Pantallas LED Filo S.L., además de por la clientela obtenida.

Cuestión II

2.1. Hechos

Tras haber finalizado el contrato previsto con la sociedad Pantallas LED Filo S.L. el 1 de enero de 2013, Fernando se va a dedicar a la búsqueda activa de empleo sin

²⁸SAP de Madrid de 16 de Febrero de 2010 [AC 2010\514].

encontrar el resultado esperado, por lo que en Septiembre de 2013 volverá a Zamora, su ciudad natal, para montar un negocio de Pantallas LED diseñadas por el 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 de 2014 Fer LED S.L. adquiere un gran prestigio en toda España, lo que provoca que empresas de otras zonas geográficas contacten con ella para adquirir sus productos. Entre los nuevos clientes se encuentra Textiles del Sureste S.L., que hasta ese momento había sido cliente de LED Filo S.L., con quién tenía una relación contractual a través de la cual se comprometía a adquirir pantallas exclusivamente a esta empresa hasta diciembre del año 2015.

Sobre este hecho, cabe determinar la licitud del negocio desarrollado por Fernando, así como el hecho de que actualmente tenga un antiguo cliente de Pantallas LED Filo S.L.

2.2. Constitución de la sociedad Fer LED S.L.

Para la constitución de la sociedad Fer LED S.L. (presupuesto imprescindible para la legalidad de los negocios desarrollados por la empresa), vamos a determinar los requisitos que exige la legislación de una forma general. De esta manera, para la creación de la sociedad, se deberá de proceder a formalizar un contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, mediante un acto unilateral y se exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

Fernando, para constituir una sociedad, en este caso de carácter unipersonal al ser el único socio de la empresa, deberá proceder a realizar los actos recogidos en los artículos 19 y 20 LSC, adquiriendo así la personalidad jurídica correspondiente, como aparece recogido en el artículo 33 LSC, siendo todos ellos unos presupuestos exigidos por la ley para la constitución de una sociedad.

2.3. Licitud del negocio desarrollado por Fernando

La cuestión que se plantea está referida a la licitud del negocio desarrollado por Fernando, por la cual cabría plantearse en base a los hechos, si existe competencia desleal a partir de las circunstancias que causan que Textiles del Suroeste S.L. extinga la relación contractual que le unía con la sociedad Pantallas LED Filo S.L. para formalizar un contrato posteriormente con Fernando, antiguo trabajador de esa empresa.

2.3.1. ¿Existe un pacto de no competencia entre Pantallas LED Filo S.L. y Fernando?

En primer lugar, hay que tener en cuenta para resolver el caso, que la LCA prevé en el artículo 20 un presupuesto para evitar que ocurran este tipo de sucesos, disponiendo que “*las partes podrán incluir una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato. El pacto de limitación de competencia no podrá tener una duración superior a dos años, a contar desde la extinción del contrato, y si éste hubiera sido por un tiempo menor, el pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a un año*”. A esto, cabe añadir que, según como recoge el artículo 21 LCA, para que el pacto de limitación de competencia sea válido, deberá “*formalizarse por escrito, y solo podrá extenderse a la zona geográfica o a ésta y al grupo de personas confiados al*

agente y sólo podrá afectar a la clase de bienes o de servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente”.

De esta manera, en base a los artículos 20 y 21 de la LCA, Fernando podría encontrarse limitado a la hora de desarrollar una actividad semejante a la que ejerce la sociedad Pantallas LED Filo, que es la venta de pantallas LED, en una zona delimitada geográficamente y a una serie de personas con las que trataba cuando desarrollaba una labor para dicha empresa, todo ello a partir de un pacto de limitación de competencia.

Este pacto de competencia no debe superar aquellos límites impuestos a la potencialidad normativa creadora de los particulares. En todo caso, por la restricción que supone dicho pacto al derecho de libre mercado y libertad de empresa, debe constar de modo claro e inequívoco²⁹. Estos pactos, son de enorme trascendencia, ya que tener una buena clientela, es en gran medida, de lo que va a depender el éxito de su actividad empresarial, ya que cualquier empresa sin clientela, carecería de valor como tal, dificultando llevar a cabo sus operaciones.

Se puede apreciar que el pacto viene claramente justificado por la necesidad de evitar que con su marcha el agente arrastre a los clientes que formaban parte de su cartera y, por lo tanto, constituye un medio para facilitar la consolidación del fondo de comercio. Existe un riesgo de perder la clientela a favor de la competencia, a través de la actuación del agente o de quien transmite la empresa, aprovechando la relación comercial mantenida con los clientes hasta la terminación del contrato de agencia.

2.3.2. ¿Existe un derecho exclusivo sobre la clientela por parte de Pantallas LED Filo S.L.?

A la hora de abordar la cuestión que se nos plantea, se debe de decir que resulta realmente problemático determinar aquellos casos, en los que el empleado de una empresa, habiendo trabajado directamente con una determinada clientela, y una vez que finaliza su actividad en esa empresa, decide fundar la propia en el mismo sector, acudiendo a la clientela de su anterior empresa. En este tipo de supuestos, se podría considerar que siempre que no haya mediado un comportamiento ilícito por parte del antiguo trabajador en lo que respecta al apoderamiento de la información, deberán quedar impunes, siempre y cuando no se encuentre vigente el pacto de no competencia entre el agente y la sociedad, o este no se haya realizado, como es el caso que estamos tratando de determinar. Este supuesto está basado en la prohibición de limitar la libertad de empresa para llevar a cabo una actividad económica a un sujeto, tal y como aparece reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española³⁰.

La objeción que se plantea en este caso procede de considerar que la lista de clientes de una empresa es propiedad de ésta, lo cual tiene sentido si el acceso a la misma se ejecuta de forma ilícita, castigando en este caso la conducta como desleal aprovecharse de las circunstancias de haber trabajado previamente en esa empresa. Sin embargo, *“debemos considerar un medio lícito, el que quienes ahora trabajan para la demandada, y antes lo habían hecho para los actores, una vez cesada su relación con estos últimos, dirijan sus ofertas a aquellos clientes cuya existencia conocen de cuando trabajaban para la actora. Si no es posible exigir a dichos trabajadores que se desprendan de los conocimientos técnicos adquiridos en la anterior empresa o que se*

²⁹ AA.VV: *Contratación Mercantil y Bancaria*. op.cit. Pág. 307.

³⁰ BOE, núm. 311, de 29/12/1978.

*abstengan de utilizarlos en su nueva ocupación, tampoco lo es que dejen de utilizar las relaciones y conocimientos comerciales adquiridos en la anterior empresa*³¹. De esta manera, nada obsta para quién conoce de forma lícita esa información, tras un tiempo de experiencia y conocimiento personal de los clientes, pueda acudir a ellos para ofrecerles, como en su momento le haría ofrecido la empresa en cuestión, sus productos o servicios en aras de un pronto acceso al mercado y su posible promoción.

Por ello, se puede afirmar a partir de la doctrina descrita por los Tribunales, que no existe un derecho exclusivo sobre la clientela, como podría existir sobre una marca o una patente. Por lo tanto, se debe tener muy en cuenta que no se puede impedir a un empleado extinguido su contrato con la anterior empresa, desarrolle una actividad similar, pudiendo incluso convertirse él mismo en empresario, aprovechándose de la experiencia ganada en su antiguo trabajo³².

2.3.3. *¿Existe una conducta desleal sobre la actividad desarrollada por Fernando?*

En el caso que se nos plantea, hay que determinar si Fernando ha realizado una conducta desleal por captación de clientela. Así, cabe decir que la captación de clientela por parte de Fernando es desarrollada tras haberse desvinculado de la empresa para la que venía prestando sus servicios Pantallas LED Filo S.L., por lo que se considera que nos hallamos ante un empresario independiente que pugna con los demás por la clientela del sector, en el contexto propio del sistema de libre competencia. En tal situación el comportamiento desleal de captación de clientela ajena se tipifica, especialmente en el artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal³³, cuya aplicación sería referente al análisis de la conducta bajo el criterio general del artículo 4 de la LCD.

Así, no debe confundirse el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, por la utilización de información confidencial y valiosa de la empresa (propiedad, secretos empresariales), con el uso de aquellas informaciones que formen parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesional de carácter general de una persona adquiridas a lo largo de su vida laboral. Así, las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector o actividad que componen formación y captación profesional de trabajador, son de libre uso por el mismo una vez desvinculado de la anterior empresa, y este acervo adquirido comprende el conocimiento de la clientela, a la que haya tenido acceso mientras trabajaba para aquella, precisamente por haber prestado el servicio y haber mantenido trato directo con dicha clientela. El límite vendría representado por aquellos conocimientos o información, titularidad de hecho del empresario, que constituyen secreto empresarial, al cual se ha tenido acceso legítimamente en tanto se mantenía su relación con la anterior empresa, y que hayan sido explotados sin su autorización, circunstancia que aparece recogida en el artículo 13.1 LCD, atendiendo a alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente de ese mismo artículo³⁴.

En base a los hechos derivados del caso y a la cuestión que se nos plantea, no cabe apreciar que el negocio desarrollado por Fernando, así como el hecho de que tenga

³¹SAP Barcelona de 20 de enero de 2012 [AC 2012/1246].

³²GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de Competencia Desleal*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, Pág.119.

³³BOE, núm. 10, de 11/01/1991.

³⁴En el artículo 13.2 LCD se presupone como conducta desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

un antiguo cliente de Pantallas LED Filo S.L. haya sido mediante una actuación ilícita en lo que refiere a un acto de competencia desleal por captación de clientela, derivada de la inducción a la infracción contractual de Textiles del Suroeste, S.L. con la sociedad Pantallas LED Filo S.L. Se entiende que fuera de los supuestos de hecho tipificados por el artículo 14 de la LCD, el contacto con la clientela 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.

2.4. Actuación de Textiles del Suroeste S.L.

A la hora de determinar si es lícita la actuación de Textiles del Suroeste S.L., esta cuestión está referida atendiendo a los hechos, a la marcha a una empresa competidora cuando aún tenía contrato vigente con la empresa Pantallas LED Filo S.L.

En primer lugar, para atender a la licitud de la actuación de Textiles del Suroeste S.L., habrá que determinar el tipo de contrato que formaliza con la empresa Pantallas LED Filo S.L.

2.4.1. Formalización de un contrato de suministro entre Pantallas LED Filo S.L. y Textiles del Suroeste S.L.

A partir de los hechos aportados por el caso, el tipo de contrato que tendrían las partes sería un contrato de suministro, al consistir en un compromiso por el cual Textiles del Suroeste S.L. se compromete a adquirir pantallas exclusivamente a la empresa Pantallas LED Filo S.L. hasta diciembre de 2015. El contrato de suministro, que aunque no se encuentre tipificado en nuestro Derecho privado, si lo está en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público³⁵, donde se recoge la consideración de contratos de suministro “*aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente*”.

A partir de dicha definición de contrato de suministro, comprendemos que se caracteriza por ser un contrato único y no un conjunto de contratos que se suceden en el tiempo, de manera que la voluntad de las partes es servirse del mismo para asegurar la realización de prestaciones futuras durante el tiempo que persista la necesidad de ellas sin tener que realizar varios contratos.

Se trata de un contrato cuya ejecución es de tracto sucesivo y en el que se fracciona el objeto total de la prestación y normalmente tendrá una duración larga en el tiempo. Este contrato tiene en común con la compraventa que es un intercambio de cosa por precio, trasladándose el dominio de la cosa. Sin embargo, en la venta por suministro la duración en el tiempo y el tracto sucesivo cualifica el régimen del contrato como atípico.

El contrato de suministro se diferencia de la compraventa en que en esta el precio se encuentra previamente fijado y abarca la totalidad de las prestaciones fraccionadas objeto de entrega, mientras que en el contrato de suministro, esas entregas periódicas

³⁵BOE, núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

responden a las necesidades del adquirente, tratándose siempre de un contrato referido a cosas genéricas³⁶, que en este caso serán pantallas LED.

En este tipo de contratos se extraen una serie de obligaciones para la empresa Pantallas LED Filo S.L. como para Textiles del Suroeste S.L., al ser un contrato bilateral, desempeñando recíprocamente tanto uno como otro el papel del deudor y acreedor del otro. Además de la bilateralidad, este contrato se caracteriza por ser consensual (se perfecciona por el simple consentimiento) y de tracto sucesivo (su cumplimiento se difiere en el tiempo, por requerir varias prestaciones, periódicas o continuadas)³⁷.

En un principio hay que admitir la posibilidad de que el contrato de suministro puede ser de carácter civil o mercantil atendiendo a los mismos criterios que se dan para la compraventa, lo que condicionaría el sistema de fuentes en la misma medida que en la compraventa mercantil³⁸. A partir de los artículos 325 y 326 del Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio³⁹, vamos a poder determinar si el contrato que se va a dar entre Textiles del Noroeste S.L. y la sociedad Pantallas LED Filo S.L. va a ser de carácter civil o mercantil.

En primer lugar, el artículo 325 del CdC dice lo siguiente: *“será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”*. Por el propio nombre de la empresa suministrada (Textiles del Noroeste) se entiende que esta se dedica a la venta de ropa y artículos similares, de lo que va a derivar que la adquisición de pantalla será para consumo propio, sin ánimo de lucrarse con una venta posterior”. En segundo lugar, el artículo 326 del CdC dice que *“no se reputarán mercantiles: 1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieren. 2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos, de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas. 3.º Las ventas que, de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos, hicieren éstos en sus talleres. 4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo.*

Conforme al punto primero del artículo 326 que dice que no serán mercantiles aquellas compras de efectos destinados al consumo del comprador, se entiende que coincide con el caso que tratamos, pues a partir de los datos aportados entendemos de la misma manera que en el artículo anterior, que la empresa Textiles del Suroeste, por su propio nombre, no se va a dedicar a la venta de pantallas, sino que van a ser para el propio consumo, lo que le otorga un carácter civil a dicho contrato de suministro.

Así, se entiende que dicha diferenciación es importante a la hora de regular dicho contrato. *“El contrato de suministro no puede identificarse con el contrato de compraventa, aunque es a fin al mismo. Se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de voluntad y, en su defecto, por la normativa de la*

³⁶ LLAMAS POMBO, E.: *La Compraventa*, Editorial LA LEY, Las Rozas (Madrid), 2014, Pág. 140.

³⁷BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A.: *Contratos Mercantiles. Tomo I. Organización de la empresa. Intercambio de bienes materiales. Distribución. Servicios. Depósito y Contratos análogos. Financiación y contratos bancarios*, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2009, Pág. 545.

³⁸AA.VV: *Contratación Mercantil y Bancaria*. El Derecho Editores SA. Pág. 89.

³⁹ BOE, núm. 289, de 16 de octubre de 1885

compraventa (artículos 1445 y ss del CC y, en su caso si es mercantil, 325 y ss del CdC), y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos”⁴⁰. De esta manera, se entiende que la semejanza con la compraventa no implica que se identifique con ella y las normas que regulan la compraventa solo pueden aplicarse al contrato de suministro cuando suceda la razón de analogía que lo permita.

2.4.2. Pacto de exclusiva entre las partes

Una vez dispuesto que el contrato de suministro es de carácter civil, vamos a prestar atención al artículo 1255 CC, el cual recoge que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*. Es de suma importancia mencionar este artículo, pues en el contrato formalizado entre la sociedad Pantallas LED Filo S.L. y Textiles del Suroeste S.L., este último se compromete a adquirir pantallas exclusivamente al primero hasta diciembre de 2015, por lo que se entiende que las partes han formalizado un pacto de exclusiva en el contrato de acuerdo con el artículo 1255 del CC.

A partir de dicho pacto de exclusiva se entiende que va a surgir el conflicto entre las partes, al incumplir Textiles del Suroeste dicho pacto al adquirir pantallas a una empresa competidora antes de que finalizase el contrato que tenía con la empresa Pantallas LED Filo S.L.

De esta manera, la cuestión que se plantea atiende a la duración del contrato, que es un elemento de carácter esencial, por lo que habrá que determinar si existe un incumplimiento por parte de Textiles del Suroeste S.L. a la hora de resolver el contrato de forma anticipada con la empresa Pantallas LED Filo S.L., o en su caso, existe alguna causa justificada que diera lugar a dicha resolución anticipada, y que a su mismo tiempo lleve a formalizar un contrato con una empresa competidora.

En virtud de dicha cláusula, la exclusividad puede ser asumible tanto para el proveedor, que consistiría en no suministrar a nadie más que al suministrado, como al suministrado, que supondría el deber de abstenerse de procurar su abastecimiento a través de otros proveedores distintos.

2.4.2.1. Vulneración del pacto de exclusiva.

El pacto de exclusiva se considera que se ha sido violado por el suministrado cuando incumple su obligación de no adquirir la mercancía de personas distintas al proveedor. También podrá considerarse un supuesto de violación la introducción de un exclusivista en la zona de otro exclusivista, pues ambas partes están obligadas contractualmente a respetar el límite espacial impuesto por el pacto de exclusiva⁴¹.

En virtud de lo dispuesto, hay que atender al siguiente supuesto: “al durar el contrato de suministro pactado entre actora y demandado hasta el día 31 de diciembre de 2003, pues el día 1 de enero de dicho año había comenzado la prórroga del contrato

⁴⁰ STS de 7 de Febrero de 2002 [RJ 2002/2257].

⁴¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. y CALZADA CONDE, M. A.: *Contratos Mercantiles. Tomo I. Organización de la empresa. Intercambio de bienes materiales. Distribución. Servicios. Depósito y Contratos análogos. Financiación y contratos bancarios, op.cit.* Pág. 567.

de dicho año, según se deduce del contenido del contrato, no constando renuncia por escrito al contrato con dos meses de antelación a la fecha de expiración del año 2002, el demandado debía cumplir con la obligación de seguir realizando pedidos hasta el día 31 de diciembre de 2003, cosa que no hizo, sino que a partir de dicha fecha convino otro contrato distinto de suministro de helados con otra suministradora de helados, abandonando la petición de suministro de helados a la demandante. De manera tal que, como de forma adecuada razona la sentencia de instancia, hubo incumplimiento contractual por el demandado, que conlleva a instancia del actor con arreglo al artículo 1124 CC, aparte de la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicio”⁴². Así, cabe determinar de la misma manera que en el caso que nos presenta la violación del pacto de exclusiva por el suministrado al incumplir su obligación de no adquirir la mercancía de personas distintas al proveedor.

De los hechos queda claro que Textiles del Suroeste S.L. no cumplió con el contrato formalizado con Pantallas LED Filo S.L., específicamente en lo que respecta a la obligación de adquirir pantallas hasta diciembre de 2015, y la obligación así mismo de adquirirlas de forma exclusiva.

En definitiva, ninguna explicación de Textiles del Suroeste S.L. justifica de forma fehaciente y adecuada el incumplimiento del contrato que efectivamente se produjo, no pudiendo hablarse de infracción legal por parte de la sociedad Pantallas LED Filo S.L. que pudiese dar lugar a la resolución del mismo. A tal efecto,, atendiendo al artículo 1256 CC que establece que *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*, no siendo aplicable al caso ya que en el contrato se firma el compromiso consistente en adquirir pantallas de forma exclusiva, dándose por supuesto que Textiles del Suroeste S.L. ha dado su consentimiento sobre dicha cláusula, por lo que no podrá basar la resolución del contrato por tal causa, ya que simplemente se desvinculó por su cuenta, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 1256 CC. Tampoco puede resultar aplicable al caso el artículo 1285 CC por el cual *“las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”*, ya que a partir de los datos aportados no cabe duda del compromiso que efectuó con Pantallas LED Filo S.L. consistía en adquirir pantallas de forma exclusiva a esa empresa hasta diciembre de 2015.

Por todo ellos se va a entender que no es apreciable justificación alguna por parte de Textiles del Suroeste S.L. para desvincularse del contrato previsto, por lo que se entiende que su actuación ilícita.

2.5. Reclamación de la sociedad Pantallas LED Filo S.L. hacia Textiles del Suroeste S.L.

Debido a la actuación ilícita por parte del Textiles del Suroeste S.L., considerada como abusiva y contraria a la buena fe, a causa de la resolución unilateral del contrato que había formalizado con Pantallas LED Filo S.L., va a provocar que este último tenga la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

⁴² SAP de Zamora de 21 abril de 2005.[JUR 2005\129362].

Se ha establecido que cuando la revocación del contrato sea abusiva y sin buena fe, se permitirá a la otra parte reclamar y obtener la indemnización de los daños y perjuicios que acredite⁴³, fundamentándose en los artículos 1.101, 1106 y 1107 CC 07.

En el caso que se nos presenta, la jurisprudencia considera que *“la indemnización de daños y perjuicios es consecuencia del incumplimiento contractual de la recurrente respecto a los recurridos, como distribuidores de sus productos, que califica de mala fe, lo que genera consecuencias indemnizatorias, conforme al artículo 1101 del Código Civil”*; *la consecuencia jurídica al producirse un arbitrario desestimiento unilateral, es que éste se mantenga, pero no queda exonerado el concedente de toda responsabilidad, ya que le alcanza la obligación de resarcir los daños y perjuicios que hubiera ocasionado a la parte cumplidora sobre todo al haber actuado de mala fe”*⁴⁴.

Atendiendo al caso que nos corresponde analizar, cabe determinar que no es posible prever algún incumplimiento en sus obligaciones contractuales por parte de la empresa Pantallas LED Filo, por lo que se va a considerar que Textiles del Suroeste ha actuado de mala fe, más aún al apreciar que resuelve el contrato para posteriormente contratar el mismo servicio con un competidor.

A la hora de cuantificar los daños y perjuicios, en la misma sentencia del TS del apartado anterior, resuelve la misma diciendo que *“se atenderá a las circunstancias concurrentes que estime pueden aportarle elementos a efectos de dicha fijación económica. En este caso se atendió al promedio de ingresos anuales que obtenían los demandantes por su relación contractual con la sociedad que recurre”*. En el caso que se nos plantea, no es posible determinar los daños y perjuicios previstos al no estar recogidos los ingresos que percibía Pantallas LED Filo S.L. por suministrar pantallas a Textiles del Suroeste, teniendo como único dato relevante que dicho contrato finaliza en diciembre de 2015.

2.6.Reclamación de la sociedad Pantallas LED Filo S.L. hacia Fernando.

En lo que respecta a la posibilidad de que Pantallas LED Filo S.L. pueda ejercer alguna reclamación contra un antiguo trabajador suyo, Fernando por el hecho de formalizar un contrato con Textiles del Suroeste cuando este aún tenía contrato en vigor que le impedía firmar un contrato con un tercero.

En este caso debemos de considerar que Fernando es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre Pantallas LED Filo S.L. y Textiles del Suroeste S.L., pero al mismo tiempo participa con este último en la producción de un daño que lesiona al acreedor a través de la celebración de un segundo contrato posterior a la exclusiva.

Esta situación puede producirse de forma general, tanto si ese tercero induce al deudor, como si se limita a celebrar con él un contrato. En estos casos, como hemos recogido anteriormente, la actividad del deudor (Textiles del Suroeste S.L.) siempre será dolosa, ya que se entiende que decide incumplir su obligación para emprender un negocio diferente, aunque consecuentemente eso provoque un daño al no adoptar las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo⁴⁵. En cualquier caso, en lo que

⁴³ PEÑA ROMERO, K.: *El Pacto de Exclusiva*, Edición I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, Pág. 134.

⁴⁴ STS de 16 octubre. [RJ 1995\7408].

⁴⁵ PEÑA ROMERO, K., *El Pacto de Exclusiva*, *op.cit.* Pág. 264.

respecta a la actuación del tercero (Fernando), se entiende que este únicamente responderá en caso de dolo⁴⁶.

A la hora de determinar el criterio basado en el conocimiento, se entiende que “*al no haber resultado acreditado que la sociedad recurrente conociera la realidad del contrato inicialmente suscrito entre el señor O. y la sociedad actora, su manifiesta falta de intervención en él y su condición de tercero al respecto, conduce, de modo ineludible, a concluir que el Tribunal «a quo» aplicó indebidamente los artículos 1254 y 1278 e inaplicó, también de manera indebida, al igual que el Juez de instancia, el artículo 1257, todos ellos del Código Civil*”. De esta manera, a la hora de considerar si existió conocimiento por parte de Fernando sobre el contrato establecido entre Textiles del Suroeste S.L. y Pantallas LED Filo S.L., en base a los datos aportados, no cabe apreciar que tuviera conocimiento de ello, ya que durante el tiempo que Fernando trabajó para dicha empresa no se prevé que el contrato entre Pantallas LED Filo S.L. y Textiles del Suroeste S.L. estuviese vigente, además de que tampoco cabe constancia de que este último le hubiese informado sobre el pacto de exclusiva que le sujetaba con Pantallas LED Filo S.L.

Por ello, cabe entender que, como hemos dicho anteriormente que la actuación de Fernando es lícita, ya que en ningún momento se entiende que su actuación ha sido desleal a la hora de formalizar un contrato con Textiles del Suroeste, por lo que no cabrá una reclamación por parte de Pantallas LED Filo S.L. hacia su persona.

CUESTIÓN III

3.1. Hechos.

Otra de las cuestiones que se plantea en el seno de la empresa LED Filo S.L. es que uno de sus trabajadores, don Juan Sánchez García, de 40 años de edad, sufre una lesión en la espalda a consecuencia del peso de las mercancías que habitualmente tiene que desplazar, lo cual 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 jornada completa. 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.

La cuestión que se trata en este caso consiste en calificar jurídicamente el despido de don Juan Sánchez García por la empresa Pantallas LED Filo S.L. y las pertinentes consecuencias del mismo para ambas partes, atendiendo como podría actuar Juan al respecto.

3.2. Determinación del accidente de trabajo

En primer lugar, cabe prestar atención a la lesión sufrida por don Juan a consecuencia del peso de las mercancías que tenía que desplazar, lo que impide el desarrollo de su actividad laboral con normalidad. Por lo tanto, habrá que determinar si dicha situación se constituye un accidente de trabajo, cuya definición aparece recogida

⁴⁶ El dolo en lo que respecta a la actuación del tercero solo se tendrá en consideración en el caso de que tuviese conocimiento de la existencia de un pacto exclusivo anterior.

en el artículo 115.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁴⁷ considerando “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”. Por otro lado cabe determinar a la hora de considerar a una persona como trabajador por cuenta ajena a quienes voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

Así, cabe precisar la obligatoriedad de la conexión trabajo-lesión, entendiendo que la lesión no constituye accidente de trabajo si no es sufrida con ocasión o como consecuencia del trabajo desarrollado por cuenta ajena. De esta manera, atendiendo a los hechos del caso cabe considerar por un lado, que don Juan era trabajador por cuenta ajena de la empresa Pantallas LED Filo S.L., y por otro lado, el accidente debe calificarse como accidente de trabajo, ya que ha sido a consecuencia de una lesión sufrida por el trabajo realizado para la empresa antes mencionada, lo que le va a impedir desarrollar su trabajo con normalidad.

3.3. Determinación de la incapacidad temporal derivada del accidente de trabajo

Una vez dejado claro el aspecto general de dicha cuestión, vamos a determinar si dicho accidente laboral puede suponer una incapacidad temporal. La incapacidad temporal aparece regulada en la LGSS en sus artículos 128 y ss. También hay que añadir que, cuando resulte aplicable al caso el ET, en virtud de la disposición transitoria primera que será 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 estuvieran vigentes en el momento en que dichos contratos se concertaron.

En atención a lo dispuesto en la disposición primera del ET, va a resultar aplicable al caso 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 Trabajadores⁴⁸, pues el contrato celebrado entre la empresa Pantallas LED Filo S.L. y don Juan es anterior a 2015.

El artículo 128 LGSS recoge que tendrán la consideración de incapacidad temporal “*las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con 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*”. De esta definición propiamente dicha de incapacidad temporal podemos configurar cuatro presupuestos que la integran: alteración de la salud, necesidad de asistencia sanitaria, incapacidad para el trabajo y carácter temporal.

Atendiendo al primero de los presupuestos consistente en la alteración de la salud, hay que decir que no toda alteración de la salud es constitutiva de la contingencia de incapacidad temporal, refiriéndonos de esta manera a considerar que si el enfermo pudiera seguir trabajando y lo hiciera, como puede ser en aquellas enfermedades leves y con certeza de que van a ser temporalmente breves, presumiéndose una inmediata curación y en consecuencia, no tendrá la suficiente fuerza como para incapacitarle.

⁴⁷ BOE, núm. 261, de 31/10/2015.

⁴⁸ BOE, núm. 75, de 29 de marzo de 1995.

La alteración de la salud, por una parte demanda el restablecimiento de la salud transitoriamente alterada, lo que exige una asistencia médica, y por otra parte, resolver la situación de necesidad nacida por la incapacidad de ganancia⁴⁹.

Para determinar la existencia de una alteración de la salud que provoque la incapacidad, está facultado para reconocer y expedir el parte de baja el servicio público de salud competente, y en caso de contingencia profesional, corresponderá al servicio médico de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social que asuma dicha cobertura, según como aparece recogido en el artículo 2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración⁵⁰.

El segundo de los presupuestos hace referencia a la necesidad de asistencia sanitaria. Este requisito resulta exigible para otorgar la baja médica que determine la incapacidad temporal, se encuentra recogido en el artículo art. 2.2 del RD 625/2014 diciendo que *“todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo”*. En este sentido, resulta exigible la necesidad de asistencia sanitaria para el nacimiento y mantenimiento del derecho a la incapacidad temporal, puesto que sin ella no se podrán apreciar aquellos supuestos fácticos del subsidio, no pudiendo aun así exigirse con carácter estricto para todos los casos, pues se prevén situaciones en las que la asistencia sanitaria no se preste, bien porque la ciencia médica no tiene soluciones para la enfermedad, o bien porque la experiencia del caso concreto haya evidenciado que no resultan necesarias tales atenciones sanitarias⁵¹.

En cuanto al tercero de los presupuestos, está referido a la incapacidad para el trabajo, entendiéndose como tal que la alteración de la salud debe de llevar consigo una limitación seria que dificulte el desarrollo de la actividad que venía desempeñando antes de sufrir el accidente laboral. Por otra, también cabe determinar que la incapacidad debe de ir dirigida a la profesión que venía realizando, independientemente de que pueda ejercer otras actividades⁵².

El cuarto y último de los presupuestos atiende a la temporalidad. El carácter temporal de la incapacidad se determina al tratarse de una convicción médica de que la situación no va a ser permanente, sino que se tiene la esperanza de que pueda volver al trabajo con normalidad con la asistencia sanitaria adecuada. Sobre el carácter temporal, cabe determinar que la incapacidad temporal tendrá 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 curación⁵³.

A partir de estos cuatro presupuestos requeridos para la obtención de la incapacidad laboral, debemos de considerar que don Juan puede solicitar la misma, pues

⁴⁹BLANCO MARTÍN, J.M.: Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico. Edición IV. Editorial Lex Nova, 2005, Pág. 48.

⁵⁰BOE, núm. 176, de 21/07/2014.

⁵¹BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*. Edición II. Editorial Aranzadi SA. Cizur Menor (Navarra), 2009, Pág. 54.

⁵²BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social, op.cit.*, Pág. 56.

⁵³BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social, op.cit.*, Pág. 59.

por un lado, sufre una alteración de la salud a causa de una lesión en la espalda como consecuencia del trabajo que venía desarrollando, lo que le va a requerir de asistencia sanitaria.

Este segundo punto referido a la asistencia sanitaria puede suscitar más dudas a la hora de determinar la incapacidad temporal, ya que el médico responsable de otorgar la baja médica no efectúa ningún diagnóstico en cuanto a su perspectiva de reanudar su actividad laboral, pero por otra parte cabe apreciar que don Juan acudió a la consulta, por lo que partimos de la hipótesis de que cumple con su requerimiento para el reconocimiento médico que resulta exigido a partir del artículo 9 del RD 625/2014.

De esta manera, se entiende que don Juan al acudir a la consulta el 2 de febrero como estaba previsto, no pone ninguna traba por la cual no se le pueda otorgar la incapacidad temporal, cabiendo apreciar por otra parte que el médico encargado de otorgar la baja médica, no haya considerado oportuno ejercer por su parte los reconocimientos médicos previstos ya sea porque no lo hubiese considerado necesario o haya procedido falta de diligencia por su parte, lo que en cualquier caso no puede suponer que pueda afectar a los derechos derivados de la incapacidad temporal atribuidos a don Juan, ya que a partir de los datos derivados del caso entendemos que él en ningún caso incumplió alguno de los requisitos para ello. Por ello, cabe considerar que el trabajador acudió de buena fe al médico, y este le otorgó un parte de baja médica, porque consideró que estaba imposibilitado temporalmente para trabajar.

Por su parte, el empresario en base al art. 20.4 ET *“podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico”*, pudiendo de esta manera comprobar la veracidad de dicha situación.

Además, se supone que dicha lesión va a causar que no pueda efectuar el trabajo que venía desempeñando con normalidad, por lo que entendemos que se encuentra limitado para trabajar, lo que además, en relación con el punto anterior, servirá para concederle la baja médica que demuestra que se encuentra en una situación de incapacidad para trabajar.

El último punto atiende a la temporalidad, que en cuanto a los datos aportados entendemos que se cumple con dicho aspecto, ya que la baja médica correspondiente es de seis meses, prorrogada con posterioridad, sin mencionar en ningún caso que dicho plazo pueda superar el plazo máximo estipulado por la LGSS en el artículo 128, por el cual la incapacidad temporal deberá de tener *“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”*.

3.4. Suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal

De esta manera, cabe entender que es posible otorgar a don Juan la incapacidad temporal, del cual va a derivar el derecho a subsidio correspondiente, regulado en los artículos 129, 130, 131, 131 bis y 132 de la LGSS. Por otra parte, según como aparece recogido en el artículo 45.1 c) del ET *“El contrato de trabajo podrá suspenderse por Incapacidad temporal de los trabajadores”*. Así, cabe prever, que la situación de

incapacidad temporal puede actuar como causa suspensiva del contrato, en cuanto que tendrá derecho a reincorporarse al mismo cuando cese dicha situación de incapacidad⁵⁴.

3.5. Calificación del despido

A día 5 de agosto de 2014 se va a prorrogar la baja médica de don Juan, a lo que la empresa Pantallas LED Filo S.L. va a responder despidiéndole ese mismo día. La cuestión que se plantea atiende a la licitud del despido de don Juan por parte de Pantallas LED Filo S.L., y en su caso, cuáles serían las pertinentes consecuencias del mismo para las partes.

El despido es un acto jurídico unilateral, expreso y recepticio, por el que el empresario pone fin a la relación contractual establecida con un trabajador⁵⁵. Cuando sucede que el despido no se encuentra basado en una de las causas previstas en la ley que lo justifique, o simplemente no se alegue ninguna causa, o en su caso, no haya cumplido los requisitos de forma, va a provocar que se imponga al empresario la obligación de pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados o readmitir al trabajador⁵⁶.

Así, en este caso cabe apreciar que el despido está dirigido a un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal que parte de una situación precedente de suspensión del contrato de trabajo. En consecuencia habrá que tener en cuenta que la relación laboral se encuentra suspendida, lo que muchas veces exigirá que el incumplimiento imputado haya de ser previo a la suspensión de las obligaciones contractuales básicas. Cabe también la posibilidad, fuera de esa condición habitual, que la imputación que pueda generar la decisión extintiva pueda estar vinculada con actitudes que dificulten o impidan la curación y vuelta al trabajo, el respeto al deber de no incurrir en una situación de concurrencia desleal así como la obligación positiva de colaboración con la empresa.⁵⁷

De la misma manera, también debe tenerse en cuenta el artículo 52 d) del ET, en el cual el legislador permite que exista la posibilidad objetiva por parte del empresario de acudir a la extinción del contrato de trabajo *por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo*. Sin embargo, debe tener en cuenta que en el párrafo siguiente de dicho artículo, se limita esa facultad del empresario en el cómputo de las faltas de asistencia para una serie de situaciones concretas, entre los que se encuentra la falta de asistencia debidas a un accidente de trabajo, pues en este caso el trabajador se encuentra en una situación de incapacidad temporal sufrida a causa de un accidente de trabajo, y recibe la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

⁵⁴GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I.: Manual de Derecho del Trabajo, Edición VI, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, Pág. 574.

⁵⁵TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*. Edición I. Editorial Aranzadi. 2011. Pág. 27.

⁵⁶TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal, op.cit.* Pág. 40.

⁵⁷SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho a la protección a la salud*, Revista de Información Laboral, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2017 [BIB 2017/11172].

En este caso, podemos considerar que no cabe causa alguna por la cual el empresario pueda extinguir el contrato del trabajador mediante un despido por incumplimiento grave y culpable del trabajador por aquellas causas recogidas en el artículo 54 ET.

Por ello, cabe considerar que Pantallas LED Filo S.L. despide a don Juan en un momento en que se encuentra en situación de incapacidad, si que se puedan apreciar en base a los hechos algún incumplimiento grave de sus obligaciones por el cual se pueda considerar un despido disciplinario, por lo que claramente se puede determinar que en el caso que nos ocupa la empresa Pantallas LED Filo S.L. despide a don Juan de forma ilícita, sin tener en cuenta además, que en una situación de incapacidad temporal como la que se da en el caso, no solo sale perjudicado la empresa en sí misma, sino que el trabajador es otro perjudicado, al verse afectado por su estado de salud provocado por el trabajo que venía desarrollando.

En el caso que nos ocupa, vamos a considerar a partir de los datos aportados, que el trabajador en situación de incapacidad temporal no ha actuado fraudulentamente, por lo que se encuentra amparado por el ordenamiento al haber actuado de buena fe. Por ello, también cabe entender que si el trabajador hubiese actuado de mala fe, podríamos estar ante un despido disciplinario, donde ya no tendría sentido atender a las reclamaciones que podría ejercer el trabajador al respecto.

Por otra parte, cabría plantearse si el despido podría ser nulo considerando tal cuando *“la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula”* tal y como aparece recogido en el artículo 53.4 y 55.5 ET.

Hay parte de la doctrina que considera que el despido de un trabajador que se encuentra en una situación de incapacidad temporal, resulta ser una decisión discriminatoria incluida en el artículo 55 ET, al entender que se puede considerar como un trato discriminatorio aquella situación de una persona que por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social, argumentándose dicha posición en el artículo 4.2 c) del ET, que reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de disminuciones físicas.

3.5.1. Improcedente o nulo

Sobre la consideración de la nulidad en el despido a un trabajador que se encuentra en una situación de incapacidad temporal, se ha pronunciado el TS diciendo que la enfermedad, interpretándola tal desde un punto de vista genérico que se tiene en cuenta desde una perspectiva funcional de incapacidad para el trabajo, que hace 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 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en

determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador⁵⁸.

A tenor de tal concepto, se entiende que la incapacidad para el trabajo, no integra uno de tales supuestos de discriminación para considerar la nulidad del contrato, dado que pese a que implica una contingencia característica de la condición humana, no resulta específica de un grupo o colectivo de personas con una proyección de permanencia, como si ocurre, a nivel de ejemplo con la incapacidad temporal derivada de situaciones vinculadas con el embarazo, el parto o la lactancia natural que vienen a integrar una expresión de discriminación por razón de género. Por ello, se debería de considerar que para estar ante una conducta discriminatoria se debe de comprobar si se ha producido efectivamente una adscripción a una categoría o grupo social determinado, y además, que la pertenencia del trabajador a ese grupo es la causa del despido. Además, cabe añadir que el artículo 17.1 ET establece un listado de las causas que son propias de un comportamiento discriminatorio dentro de la relación laboral, donde no consta la situación de incapacidad temporal como causa de discriminación.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre dicha cuestión discriminatoria, alegando que el estado de salud de un trabajador puede llegar a constituir un factor de discriminación “encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales” contemplada en el artículo 14 CE, pero ello exclusivamente “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación”⁵⁹. A tal efecto, la conducta discriminatoria quedaría circunscrita a aquellas enfermedades que supongan socialmente un estigma o cuando se denigra al trabajador por el mero hecho de estar en situación de incapacidad temporal.

A pesar de que a partir de la línea jurisprudencial que sigue el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional no cabe considerar conductas discriminatorias en aquellas despidos de un trabajador que se encuentra en una situación de incapacidad temporal a causa de una enfermedad genérica, cabe prestar atención a la interpretación del Tribunal de Justicia de la UE, ampliando la protección de nulidad en aquellos supuestos en los que la incapacidad del trabajador no se muestre bien delimitada en cuanto a los plazos de su finalización o, en otro caso cuando pueda prolongarse de forma significativa afectando a la posibilidad del trabajador de reincorporarse a su actividad laboral, según como dispone la Sentencia del TJUE, del 11 de abril de 2013⁶⁰, conocida como doctrina Ring. Cabe apreciar que la dificultad de prever médicamente la duración de la incapacidad temporal, ya que existen varios factores a partir de los cuales una misma enfermedad o incapacidad no va a afectar de la misma manera a unos sujetos y a otros, y por otra parte, eso puede causar que en algunos casos, la situación de

⁵⁸ STS de 29 enero 2001 [RJ 2001/2069]. Esta línea jurisprudencial fue seguida por otras sentencias entre las que destacan la STS de 18 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 800], 27 de enero de 2009 [RJ 2009, 1048] y 12 de julio de 2012 [RJ 2012/ 9598].

⁵⁹STC de 26 mayo. [RTC 2008/62].

⁶⁰ [TJCE 2013/122].

discriminación se deba a la estimación que realice el empresario de la duración de la incapacidad temporal del trabajador.⁶¹

Cabe también prestar atención al Convenio 111 de la OIT, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación⁶², en el cual en el artículo 1 trata de recoger aquellos hechos que se puedan considerar discriminatorias, a partir del cual podemos apreciar que un trabajador despedido en situación de incapacidad temporal que fue contratado al apreciar que poseía el perfil adecuado que se exigía para el trabajo que venía desempeñando, y por ello, cabe considerar que la fundamentación del despido en estos casos se debe a un estado de salud, respondiendo así a la cuestión, al apreciarse una diferenciación de trato basada en las características personales del individuo y no en su perfil profesional. Por ello, dicha característica es de suma relevancia, pues el trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal disponía de un perfil idóneo para el puesto de trabajo que venía desempeñando previamente a la situación de incapacidad temporal, por lo que no es despedido porque su perfil ya no corresponda a la prestación de servicios que deba realizar cuando se le otorgue el alta médica, sino por no poder prestar dicho servicio como consecuencia de su concreto estado de salud, considerando tal como una característica personal.

De esta manera, cabe considerar que el TJUE no ha alcanzado una solución uniforme, al no pronunciarse en cuanto a la violación de los derechos constitucionales cuya apreciación deriva hacia el juez español. Pese a ello se otorga la posibilidad de que se declare la nulidad de un despido que dirigido a un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal. A tal efecto, corresponderá al juez determinar si el despido pretende eludir una situación de incapacidad temporal de duración incierta a causa de un accidente laboral, en cuyo caso se podría considerar oportuna una infracción de la normativa europea, relativa al principio de igualdad de trato en el empleo y ocupación⁶³, ofreciéndose como solución la declaración de nulidad del despido.

Por otra parte, bien cabe determinar que entre los indicios que permiten calificar la situación de incapacidad temporal como duradera, figura el que *“en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”*⁶⁴.

Por ello, en cuanto a la cuestión que se nos plantea, cabe determinar que tanto el despido nulo como el despido improcedente son igualmente válidos, pues atendiendo a la interpretación sobre la cuestión de si influyen aspectos discriminatorios, cabe considerar que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo consideran que el despido de un trabajador que se encuentra en una situación de incapacidad

⁶¹TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, op.cit. Pág. 173.

⁶²BOE, de 4 de diciembre, de 1958.

⁶³Referido a la 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.

⁶⁴STJCE 1 diciembre 2016. [TJCE 2016\308].

temporal a causa de un accidente de trabajo será un despido improcedente no nulo, ya que al derivar de una enfermedad genérica como es una lesión en la espalda, no suscita una condición discriminatoria dentro de la relación laboral, como si puede ser un embarazo o la violencia de género.

Por su parte, el TJUE, no se pronuncia sobre dicha cuestión de manera clara, sino que lo que otorga es la posibilidad de considerar discriminatoria aquellos casos en los que se la situación de incapacidad temporal no se muestre bien delimitada en cuanto a los plazos de su finalización o, en otro caso cuando pueda prolongarse de forma significativa afectando a la posibilidad del trabajador de reincorporarse a su actividad laboral, como puede ser en el caso que nos ocupa, ya que pasados los seis meses previstos en un principio por los cuales iba estar de baja médica, está misma se prorroga sin apreciar alguna fecha concreto en la que se pueda prever que vaya a reanudar su actividad laboral.

Cabe decir que en el ámbito comunitario, el TJUE ha abierto la posibilidad de incluir el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal dentro de la nulidad, pero en cualquier caso, no otorgar una solución clara al respecto, otorgando la facultad al juez español sobre la determinación de la nulidad o improcedencia del despido, en cuanto sea considerado discriminatorio o no. Por su parte, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional si que se han pronunciado sobre dicha cuestión, dejando perfectamente claro que no se pueda considerar una conducta discriminatoria aquella por la cual se despide a un trabajador a causa de una enfermedad genérica como es en el caso que nos ocupa. Por todo ello, se debe de considerar el despido de don Juan como improcedente.

3.6.Efectos del despido

En cuanto a los efectos del despido, lo que va a provocar es la extinción de la relación laboral existente entre las partes en la que fecha prevista, siendo la misma el 5 de agosto de 2014. En este caso, Pantallas LED Filo S.L. debe abonar una indemnización a don Fernando, y este tiene la posibilidad de aceptar la decisión de la empresa, confirmando de esta manera el cese efectivo en el trabajo, tal y como aparece recogido en el artículo 56.1 ET. Sin embargo, don Fernando, en caso de no encontrarse conforme con el despido, podrá impugnarlo ante las instancias competentes, lo que permitirá su valoración desde el punto de vista legal y su calificación formal, con los efectos oportunos. En tanto que no exista una calificación oficial, la valoración del despido puede entenderse como *“cuestión disputada”* y, en consecuencia, puede dar lugar a que las partes alcancen acuerdos acerca de sus efectos.

Sobre la cuestión que nos corresponde analiza en este punto, referida a la actuación de Juan al respecto, debido al despido improcedente, deberá de resultar aplicable el Estatuto de los Trabajadores vigente, a partir de la disposición transitoria undécima, la cual dispone que la indemnización por despido prevista en el artículo 56.1 será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012.

En cuanto a la actuación de Juan, el despido tendrá diferentes efectos según sea improcedente o nulo.

En el caso que nos corresponde analizar, nos encontramos ante un despido improcedente, por el cual según como aparece recogido en el art. 56 ET, *“el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar*

entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. 2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. 3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera”.

Así, debemos de considerar que la empresa Pantallas LED Filo S.L. tiene la opción de readmitir a don Juan o abonarle la indemnización legalmente establecida. De no optar de forma expresa por alguna de las dos posibilidades se entenderá que procede a la readmisión.

En el caso de que opte por la indemnización, va a suponer la extinción del contrato establecido entre las partes, *“que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”*. Optando por la indemnización, don Juan seguirá teniendo derecho a percibir las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las desde el cese efectivo en el trabajo⁶⁵, siempre que cumplan con lo establecido en el artículo 209.1 LGSS, y lo solicite en el plazo de quince días tomando como fecha inicial la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización o la resolución judicial. Si se produce la readmisión como consecuencia de recurso, las cantidades percibidas por desempleo deberán ser ingresadas por el empresario en la entidad gestora (art. 209.5 LGSS). Cuando en fase de ejecución se declare la extinción del contrato el trabajador podrá percibir prestaciones por desempleo (art. 209.5 LGSS). El empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la seguridad social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, que se considerará de ocupación cotizada a todos los efectos (art. 209.6 LGSS).

En caso de que se opte por la readmisión, la relación laboral se restablece tras ser extinguida, y cabe añadir que *“La readmisión realizada habrá de considerarse regular cuando se hubiera establecido el vínculo laboral en iguales condiciones que las que regían antes del despido”*.⁶⁶ La readmisión deberá de realizarse, de esta manera, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, tal y como aparece recogido en el art. 56.2 ET y art. 110.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social⁶⁷.

3.7. ¿Cómo puede actuar don Juan al respecto?

Tanto la empresa Pantallas LED Filo S.L. como don Juan están facultados para interponer un recurso contra la sentencia que declara la improcedencia del despido, en cuyo caso, se va a proceder a la ejecución provisional de la misma si se hubiera optado

⁶⁵GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO. A.: *Derecho del Trabajo*, Edición VII, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, Pág. 1002.

⁶⁶ STS de 4 febrero 1995. [RJ 1995\3734].

⁶⁷ BOE, núm. 245, de 11/10/2011.

por la readmisión, tal y como recoge el art. 111.1 a) LRJS. Por su parte, si se hubiese optado por la indemnización, el trabajador (en este caso, don Juan) podrá percibir prestaciones por desempleo, pues durante la tramitación del recurso se considerará que sigue en situación de desempleo involuntario, como aparece expuesto en el art. 111.1 b) LRJS.

En el caso de que a partir del recursos se incremente la indemnización, el empresario (Pantallas LED Filo S.L.) podrá proceder a un cambio de opción en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, y en tal caso la readmisión tendrá efectos desde la fecha de la primera elección, siendo deducible la cantidad equivalente a lo percibido por el trabajador (don Juan) en concepto de prestación por desempleo, tal como está recogido en el artículo 111.1. b) LRJS.

También se podría dar el caso en el que don Juan, una vez ha sido despedido, es declarado en situación de incapacidad permanente, pues cuando se proroga la baja médica, no se advierte sobre el momento exacto en el que reanudar su actividad laboral, lo provocaría que solo tendría la posibilidad de recibir la indemnización correspondiente. Esto ocurrirá en aquellos casos en los que después del despido, pero antes de la sentencia que declarase la improcedencia, el trabajador despedido es declarado en situación de incapacidad permanente⁶⁸.

Cuestión IV

4.1. Hechos.

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 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 una demanda de divorcio. Asimismo, pretende interponer una 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 tal efecto, cabría plantearse en primer lugar si existiría la posibilidad de llevar a cabo algún tipo de reclamación por la instalación de las pantallas utilizando unos ganchos con base en “V” por parte de don Fernando.

⁶⁸ STS de 24 de febrero de 2014 [RJ 2014/1400].

Para responder a dicha cuestión, en primer lugar cabe determinar en qué consiste el derecho de patente en sí, a través del cual pueda llevarse a cabo una reclamación contra un tercero.

4.2. Violación del Derecho de patente.

El derecho de patente otorga a su titular o a sus causahabientes el derecho exclusivo de explotación y utilización de la invención patentada. De la misma manera, constituye un derecho negativo por el cual se prohíbe a terceros la explotación industrial de la invención objeto de la patente⁶⁹.

En el caso que nos ocupa, cabe prestar atención a que no existe un único titular de la patente, sino que tanto Evaristo como Luciana son titulares de la misma, lo que supone que el derecho sobre la patente va a pertenecer el común a los dos, tal y como aparece recogido en el artículo 10.2 de la Ley 24/15, de 24 de Julio de la Ley de Patentes⁷⁰.

De esta manera, cabe señalar que Fernando instala las pantallas que vende a sus clientes, utilizando unos ganchos con base en “V” infringiendo la prohibición que le impide usar ese mecanismo, pues ha sido patentado unos meses antes por Luciana y Evaristo. Por ello, entendemos que Fernando no puede aprovecharse de ese mecanismo.

A tal efecto, podemos considerar que Fernando realiza un uso indebido de la patente, ya que realiza uno de los actos recogidos en el artículo 59 LPa, por el cual el titular del derecho de la patente puede prohibir a un tercero que no cuente con su consentimiento la utilización de la patente. Entre los actos recogidos, nos entramos con la fabricación, el ofrecimiento para la venta, la introducción en el comercio o la simple utilización de un producto objeto de la patenta, conductas que, en relación con los hechos derivados del caso, se entiende que han sido ejecutados sin el consentimiento de los titulares de la patente, Evaristo y Luciana.

4.2.1. Excepciones a la violación del Derecho de patente.

Sin embargo, cabe añadir que el derecho de la patente no se constituye como un derecho absoluto e independiente del fin para el que se ha sido concedido. Por ello, la LPa prevé una serie de excepciones al ámbito de protección de la patente que supone la legalización de determinadas actividades que son excepcionales del derecho de prohibición del uso del objeto patentado por terceros⁷¹.

El derecho conferido sobre la patente no se extiende a aquellos actos recogidos en el artículo 61 LPa. Entre ellos, se encuentran los actos realizados en el ámbito privado con fines no comerciales, el uso para fines experimentales, las fórmulas magistrales, etc.

De la misma manera, cabe decir que el plazo de vida de vida de la patente es de “20 años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y produce sus efectos desde el día en que se publica la mención de que ha sido concedida”. Transcurridos esos 20 años, el titular de la patente no podrá disponer de los

⁶⁹ LLOBREGAT HURTADO, M.L.: *Temas de Propiedad Industrial*, Edición II, Editorial LA LEY, Las Rozas (Madrid), 2007, Pág. 334.

⁷⁰ BOE, núm. 177, de 25 de julio de 2015.

⁷¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. A. y BERCOVITZ ÁLVAREZ. R.: *La nueva Ley de Patentes. Ley de 24/2015, de 24 de julio*, I Edición, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2015, Pág. 284.

derechos de exclusiva que tenía sobre la patente, de manera que transcurrido dicho lapo temporal no podrá impedir su uso por terceros.

Por otra parte, también cabe concretar que la atribución de una patente a su titular, no le exime de una serie de obligaciones, siendo tal el deber de explotación, que implica la ejecución y comercialización de los productos obtenidos, resulte suficiente para abastecer la demanda en el mercado español, tal y como recoge el artículo 90 LPa.

Así, en base a lo expuesto, cabe apreciar que el derecho del titular sobre una patente no es absoluto ni ilimitado en el tiempo, por lo que se pueda dar el caso de que un tercero sin el consentimiento por parte del titular de la patente, pueda hacer uso de la misma. Entre ellos, se encuentran aquellos actos recogidos en el artículo 61 LPa, además de como hemos dicho anteriormente, transcurridos los 20 años de la patente, un tercero puede hacer unos de la misma sin que sea necesario consentimiento del titular de la patente, pudiendo darse también el caso que el titular que no cumple con la obligación de la explotación efectiva del producto patentado, cualquier tercero podrá solicitar una licencia obligatoria sobre la misma, tal y como recoge el artículo 91 LPa.

Atendiendo a estas limitaciones sobre el derecho de la patente por parte del titular, vamos a apreciar si en el caso que nos ocupa se podría dar alguna de ellas.

En cuanto al uso de la patente para alguna de las conductas recogidas en el artículo 61 LPa, podemos apreciar en base a los hechos del caso, que Fernando se encarga de fabricar y comerciar el producto objeto de patente, consistiendo tal en el uso de unos ganchos con base en “V” para el anclaje en el techo de las pantallas, lo que refleja que en ningún momento la intención sea el uso únicamente para el ámbito privado o alguna de las conductas recogidas en el artículo 61 LPa.

De la misma manera, cabe apreciar que Fernando podría hacer uso del objeto patentado sin que sea necesario el consentimiento de la sociedad Pantallas LED Filo S.L. en el caso de que hubiesen transcurrido 20 años a partir de la fecha de presentación de la solicitud de la patente, sin embargo, se puede apreciar a partir de los datos aportados por el caso, que no se ha transcurrido dicho plazo que posibilite el libre uso de la patente.

Atendiendo a la posibilidad que existiría de que Fernando pudiese hacer uso de la patente en el caso de que la sociedad Pantallas LED Filo S.L. no cumpla con su obligación de la explotación efectiva del producto patentado, cabe decir que en el caso que se nos plantea no se aprecia que no cumpla con dicha obligación, por lo que consideramos que Fernando tampoco podría hacer uso de la patente en este caso, en el que además de darse el caso, se le debería de conceder la licencia para la explotación de la misma, tal y como aparece expuesto en el artículo 91 LPa.

4.3. Reclamaciones posibles contra Fernando.

Por todo ello, debemos de considerar que Fernando ha realizado un uso indebido de la patente, circunstancia por la cual tanto Evaristo como Luciana podrán realizar las reclamaciones pertinentes. En el artículo 70 LPa aparece recogido dicha facultad disponiendo que *“El titular de una patente podrá ejercitar ante los órganos judiciales, las acciones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza, contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia”*.

Cabe también prestar atención a la hora de ejercitar las acciones correspondientes contra el tercero que ha lesionado su derecho, que en el caso que nos ocupa estamos ante una situación de cotitularidad de la patente, lo que podría afectar a la hora de ejercer las acciones pertinentes contra don Fernando.

El artículo 80.2 LPa recoge una serie de acciones que uno de los titulares podrá ejercer por sí solo, entre las que se encuentra la posibilidad de ejercer *“acciones civiles y criminales contra los terceros que atenten de cualquier modo a los derechos derivados de la solicitud o de la patente común. El partícipe que ejercite tales acciones queda obligado a notificar a los demás comuneros la acción emprendida, a fin de que éstos puedan sumarse a la acción”*.

De esta manera, podemos apreciar que existe la posibilidad de que, a pesar de que la titularidad de la patente es compartida por Luciana y Evaristo, cualquiera de las dos puede realizar por sí solo acciones que vayan dirigidas contra un tercero que atente la patente común, sin que sea necesario el consentimiento de la otra parte, aunque si se encuentren obligado a notificar la acción emprendida, con el fin de que pueda sumarse a la acción. Por ello, podemos considerar que tanto Evaristo como Luciana están facultados para ejercer las reclamaciones que consideren oportunas contra Fernando.

Entre las acciones que pueden ejercer los titulares de la patente, podrán ser civiles, penales, contencioso-administrativas y cualquier otra que sirva para la defensa del derecho de la patente. Sin embargo, respecto del caso que nos corresponde analizar solo serán posibles las acciones civiles, pues atendiendo a los hechos, no se puede apreciar la intencionalidad o mala fe del infractor⁷².

Las acciones que pueden ejercitar los demandantes contra el infractor, se encuentran recogidas en el artículo 71 LPa. Entre los posibles pedimentos que el titular de la patente puede plantear frente al infractor, nos encontramos con las siguientes:

- a) La cesación de los actos que violen su derecho, o su prohibición si éstos todavía no se han producido.
- b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.
- c) El embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado.
- d) La atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular de la patente deberá compensar a la otra parte por el exceso.
- e) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el párrafo c), o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la infracción de la patente.

⁷² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. A. y BERCOVITZ ÁLVAREZ. R.: *La nueva Ley de Patentes. Ley de 24/2015, de 24 de julio, op.cit.* Pág. 303.

f) Excepcionalmente el órgano judicial podrá también, a petición del titular de la patente, ordenar la publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente, a costa del condenado, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

Al igual que la cesación, la transformación o destrucción de los objetos embargados puede también solicitarse como aparece reconocido en el artículo 71.2 LPa, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra el infractor cuando se den las circunstancias exigidas.

En el artículo 72.1 LPa aparece recogido que “*quien, sin consentimiento del titular de la patente, fabrique, importe objetos protegidos por ella o utilice el procedimiento patentado, estará obligado en todo caso a responder de los daños y perjuicios causados*”. De ello, debemos de considerar que el operador económico tiene la obligación profesional de saber si lo que fabrica o introduce en el mercado viola o no una patente ajena. Por ello, la responsabilidad de Fernando, como fabricante e importador de la patente ajena es exigible en todo caso, tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva⁷³.

Para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios debida a Luciana y Evaristo, el artículo 74.1 LPa establece que se tendrá en cuenta el valor de la pérdida que se haya sufrido, además de la ganancia que hayan dejado de obtener a causa de la violación de la patente y en su caso, los gastos de investigación en los que haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto de litigio.

En lo que respecta al valor de la pérdida sufrida, denominado daño emergente, es este un daño que surge cuando el titular de la patente sufre pérdidas en su empresa como consecuencia de la infracción de su patente, ya sea porque no se han podido amortizar las inversiones que se ha realizado para explotarla o por otros motivos⁷⁴.

Sobre la indemnización a causa de la ganancia dejada de obtener, entendida tal como el lucro cesante, vendrá condicionada por la Directiva 2004/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual⁷⁵ en la que se recogían los regímenes que se debía de seguir en caso de infracción de patentes. Por un lado, el artículo 13.1 establece que cuando el infractor haya actuado a sabiendas o con los suficientes motivos para tener conocimiento de ello, se procederá al titular de la patente de una indemnización adecuada los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción, y por otro lado, el artículo 13.2 establece que cuando no hubiera intervenido en la actividad infractora a sabiendas o con motivos suficientes para saberlo, se podrá establecer la posibilidad de ordenar la recuperación de los beneficios o el pago de los daños y perjuicios que podrán ser preestablecidos.

En último lugar, el titular de la patente, de acuerdo con el artículo 76 LPa, podrá reclamar la indemnización por desprestigio, siempre y cuando el infractor hubiese realizado una presentación inadecuada o defectuosa de la patente en el mercado, causando una pérdida de prestigio de la misma.

⁷³ STS de 1 de diciembre [RJ 2005/7746].

⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. A. y BERCOVITZ ÁLVAREZ. R.: *La nueva Ley de Patentes. Ley de 24/2015, de 24 de julio, op.cit.* Pág. 310.

⁷⁵ Diario Oficial de la Unión Europea L 157 de 30 de abril de 2004.

En el caso que nos ocupa, entre las reclamaciones que se podrían llevar a cabo Evaristo y Luciana como titulares de la patente contra Fernando, podrán exigir el cese de la actividad que venía desarrollando instalando las pantallas LED con base en “V”, ya que se entiende que violan su derecho de patente, de acuerdo con el artículo 71.1 a) LPa.

En lo que respecta a la acción por la que se puede exigir el cese de los todos aquellos actos por los que se infringen el derecho de patente, “*el Tribunal fijará una indemnización coercitiva a favor del demandante adecuada a las circunstancias por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la infracción*”. Esta indemnización trata de garantizar el cese de la actividad infractora, cuyo importe definitivo será acumulable a la que en su caso correspondiese percibir al demandado si se hubiera estimado también la acción de daños y perjuicios, así como el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar, que se fijará en ejecución de sentencia, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁷⁶.

De la misma manera, debido a la actividad que venía desarrollando por la cual Fernando vulneraba el derecho de patente que correspondía a Luciana y Evaristo, cualquiera de ellos podrá ejercer contra Fernando el derecho que les corresponde, según el artículo 72 LPa, por el cual podrán reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados por la fabricación y comercialización del producto patentado.

En cualquier caso, para que le sea concedida la indemnización por los daños y perjuicios solicitada, debemos de partir de la premisa de que en nuestro derecho, el Tribunal Supremo considera que la existencia de daños y perjuicios en materia de propiedad industrial debe de acreditarse y probarse en todo caso⁷⁷. La STS de 17 de Julio de 2008⁷⁸ reconoce que los daños y perjuicios deben de ser acreditados por quién los reclama, tanto su existencia como su importe. Igualmente, admite excepcionalmente la presunción de la existencia de daños y perjuicios cuando se presentan como reales y efectivos, sin que sea necesario probarlos.

En el caso que nos corresponde analizar, podemos apreciar que si que se ha producido un daño efectivo por parte de Fernando, consistiendo el acto lesivo en la fabricación y comercialización del producto objeto de la patente, lo cual es fácilmente probable por parte de alguno de los titulares de la patente, ya que Fernando ha introducido ese producto patentado en el mercado obteniendo un enriquecimiento injusto debido a la explotación del mismo.

Para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios existen dos alternativas a elección de los titulares de la patente, considerando que la elección estará basada según la pueda resultar más beneficiosa para ellos.

El primer modo de cálculo del lucro cesante, se encuentra recogido en el artículo 74.2 a) LPa, el cual se determina a partir del beneficio que la empresa Pantallas LED Filo S.L. hubiese obtenido previsiblemente de la invención patentada si no hubiera existido la competencia de Fernando o alternativamente, los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado.

⁷⁶ BOE, núm. 7, de 08/01/2000.

⁷⁷ HERRERI GARCÍA-RAMAL. P.: *¿Cómo fijar la indemnización de daños y perjuicios en caso de infracción de una patente?*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 782/2009, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

⁷⁸ [RJ 2008/4482].

La segunda de ellas consiste en la regalía hipotética, recogida en el artículo 74.2 b) LPA por la cual se calcula la indemnización a partir de la ganancia dejada de obtener a partir de la cantidad a tanto alzado que comprenda como mínimo, la cantidad que Fernando hubiera debido de pagar a Luciana y Evaristo por la concesión de la licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación lícitamente.

También existe la posibilidad de reclamar una indemnización debido a un daño moral, tal y como aparece recogido en el artículo 74.2.a), sin embargo, en el caso que nos ocupa no se puede considerar procedente, ya que no se puede apreciar que Fernando haya producido algún daño al honor o a la reputación de los titulares de la patente.

De la misma manera, tampoco se puede considerar la posibilidad de otorgar una indemnización por desprestigio en el caso que nos ocupa, ya que no se puede apreciar que Fernando haya causado un desprestigio por cualquier causa, especialmente en lo que respecta a la realización defectuosa o a una presentación inadecuada de la invención.

Evaristo y Luciana también podrán solicitar el embargo de todos aquellos objetos fabricados por Fernando por los cuales haya violado el derecho de patente y los medios destinados a tal producción. Igualmente, en lo que respecta a los productos o medios embargados, podrá solicitar la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción de la patente, o su destrucción si se considera oportuno.

De la misma manera, también tendrán derecho a solicitar la atribución en propiedad tanto de los objetos como de los medios infractores, teniendo en cuenta en este caso, la deducción de dichos bienes del importe de la indemnización. A tal efecto, si se diese el caso de que el valor de esos bienes excediera del importe de la indemnización concedida, Luciana y Evaristo deberán de compensar a Fernando por ese exceso.

Finalmente, también se puede considerar aplicable al caso, la solicitud por parte de Luciana y Evaristo de la publicación de la sentencia condenatoria de Fernando, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas, siendo este un modo de resarcir el daño producido por el acto ilícito, independientemente de las reclamaciones por daños morales por desprestigio, intentando también garantizar en la medida de lo posible la plena remoción de los efectos de la infracción a través de un efecto disuasoria e informador en el mercado, de modo que los actos de infracción no vuelvan a repetirse⁷⁹.

4.4. Legitimación de Evaristo para interponer la demanda

Una vez recogidas las reclamaciones posibles que se podrían aplicar al caso por parte de Luciana y Evaristo, como titulares de la patente, contra Fernando, la segunda cuestión que se plantea es si Evaristo está legitimado para interponer la pertinente demanda.

Sobre esto, como hemos dicho anteriormente, en un caso como el que se trata de analizar, en el cual nos encontramos en un régimen de cotitularidad, ya que Evaristo y Luciana son igualmente titulares de la patente objeto en cuestión, situación que aparece

⁷⁹ STS de 14 de junio de 2010 [RJ 2010/5389]

regulada en la LPa, en el artículo 80, el cual especifica en el apartado 2 d) la atribución a cada uno de los cotitulares la facultad de ejercitar las *“acciones civiles o criminales contra terceros que atenten de cualquier modo a los derechos derivados de la solicitud o de la patente común. El partícipe que ejercite la obligación queda obligado a notificar a los demás comuneros la acción emprendida, a fin de que éstos puedan sumarse a la acción”*.

De esta manera, en el caso que nos ocupa, Evaristo se encuentra en condiciones de interponer la demanda contra Fernando por la actividad desarrollada por este, la cual infringe el derecho de patente de Evaristo y Luciana, que limita a terceros explotar con su producto debidamente protegido, encontrándose cualquiera de los cotitulares de la patente facultado para emprender las acciones correspondientes, con la única obligación de notificar por parte de Evaristo de comunicar a Luciana la acción emprendida, con el único fin de que se pueda sumar a la acción, sin que sea necesario de esta manera su consentimiento.

Por ello, debemos de apreciar, en atención a los hechos, que Evaristo se encuentra legitimado para interponer la demanda contra Fernando hasta el momento en el que se atribuye a Luciana la propiedad exclusiva sobre la patente.

4.5. Consecuencia del hecho de que la titularidad de la patente se haya atribuido a Luciana.

La última cuestión que se plantea, atiende a las consecuencias que se derivan del hecho de que la titularidad de la patente se haya atribuido a Luciana.

En primer lugar, hay que decir que nos encontramos con que Evaristo y Luciana contrajeron matrimonio estableciendo como régimen económico matrimonial la sociedad de gananciales, de tal manera que para proceder a las liquidaciones de bienes, habrá que prestar atención a lo dispuesto en los artículos 806 y ss LEC.

En el artículo 811 LEC, se establece que la sentencia que haga efectiva la demanda de divorcio, procediendo a la disolución del régimen económico matrimonial, y determinando el patrimonio inicial y final de cada cónyuge, estableciendo lo que le corresponde a cada uno de los cónyuges por separado.

De esta manera, en el caso que nos corresponde analizar, el hecho de que tras hacerse efectiva la demanda de divorcio y la correspondiente disolución de la sociedad de gananciales, se va a atribuir finalmente la titularidad de la patente a Luciana, lo que va a suponer el cambio del régimen de cotitularidad de la patente, en el que tanto Evaristo como Luciana eran propietarios de la patente en las mismas condiciones, dejando Evaristo de tener derecho alguno sobre la misma, quedando Luciana como titular única del derecho sobre la patente en cuestión.

De esta manera, se puede apreciar un cambio en la titularidad de la patente, tal y como aparece recogido en el artículo 13.1 LPa, el cual dispone que *“cuando se produzca un cambio en la titularidad de una solicitud o de una patente como consecuencia de una sentencia de las previstas en el artículo anterior, las licencias y demás derechos de terceros sobre la patente se extinguirán por la inscripción en el Registro de Patentes de la persona legitimada”*. De esta manera, en el caso que nos ocupa, se produce el cambio de titularidad en virtud de la sentencia que hizo efectiva la demanda de divorcio por la cual se disuelve la sociedad de gananciales, y se atribuye a

Luciana la titularidad de la patente, inscribiéndose dicha circunstancia en el Registro de Patentes.

A tal efecto, tal y como dispone el artículo 13.1 LPa, los derechos del tercero se extinguirán en el momento en que se inscriba tal cambio de la titularidad de la patente en el Registro de Patentes, de tal manera que a partir de ese momento Evaristo no tendrá ningún derecho en lo que respecta a la patente. Por ello, debemos de considerar que Evaristo pierde todo derecho para ejercer las acciones que crea convenientes contra Fernando, siendo Luciana la única persona facultada para interponer las acciones que considere oportunas.

Conclusiones.

En lo que respecta a la calificación jurídica del contrato de Fernando, se trata de un contrato de agencia, ya que el objeto del mismo es la difusión de un producto y la captación de nuevos clientes, características que se adaptan a la perfección a este tipo de contratos. Dicho contrato finalizó en el año 2011 a través de un despido, sin cumplir con las exigencias para la resolución de este tipo de contratos, lo que va a suponer que la empresa Pantallas LED Filo S.L. deba indemnizar a Fernando por los daños y perjuicios, además de la correspondiente indemnización por clientela, especialidad que se da en este tipo de contratos.

En cuanto a la licitud del negocio desarrollado por Fernando, entendemos que no se debe de considerar ilícito el hecho de que tenga un cliente, el cual tenía un contrato con la anterior empresa para la que trabajaba, ya que no se fija ningún pacto de limitación de competencia, por el cual se pueda limitar su actividad una vez extinguido el contrato con la empresa Pantallas LED Filo S.L., además de que no se aprecia ninguna conducta ilícita mediante la cual se haya aprovechado para obtener un cliente de su anterior empresa. Por la parte que le corresponde a Textiles del Suroeste S.L., si que se puede considerar que esta empresa ha actuado de forma ilícita, debido a que incumple la relación formalizada con la empresa Pantallas LED Filo S.L. a través de contrato de suministro por la cual se comprometía a adquirir pantallas LED de forma exclusiva a esta empresa. Esta circunstancia va a provocar que la empresa Pantallas LED Filo S.L. pueda reclamar una indemnización por daños y perjuicios a la sociedad Textiles del Suroeste S.L.

Sobre el despido de don Juan por parte de la empresa Pantallas LED Filo S.L., cabe decir que nos encontramos ante un despido improcedente, ya que no se puede apreciar causa válida que pueda justificar tal despido. En consecuencia, don Juan puede demandar a esa empresa exigiendo la readmisión una vez finalice la incapacidad temporal o una indemnización por daños y perjuicios.

En cuanto a la posibilidad de llevar a cabo algún tipo de reclamación por parte de Evaristo y Luciana contra Fernando, debemos de decir que podrán presentar todas aquellas acciones recogidas en la Ley de Patentes, prestando atención al uso indebido de la patente por parte de Fernando y como va a afectar a los titulares de la misma. Se puede afirmar que cualquiera de los dos titulares de la patentes pueden presentar las acciones pertinentes contra Fernando, sin que sea necesario el consentimiento del otro titular para el caso que se está tratando. Pero también hay que añadir que el hecho de que la titularidad de la patente finalmente se haya atribuido a Luciana, va a provocar

que Evaristo ya no tenga ningún derecho sobre la patente desde el momento en que dicha circunstancia se inscribe en el Registro de Patentes.

Bibliografía.

Monografías.

AA. VV: *Contratación Mercantil y Bancaria*. Edición I, El Derecho Editores SA, Madrid. 2010.

BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*. Edición II. Editorial Aranzadi SA. Cizur Menor (Navarra), 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. A. y BERCOVITZ ÁLVAREZ. R.: *La nueva Ley de Patentes. Ley de 24/2015, de 24 de julio*, I Edición, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A.: *Contratos Mercantiles. Tomo I. Organización de la empresa. Intercambio de bienes materiales. Distribución. Servicios. Depósito y Contratos análogos. Financiación y contratos bancarios*, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2009.

BLANCO MARTÍN, J.M.: *Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico*. Edición IV. Editorial Lex Nova, 2005.

AA. VV: *Contratación Mercantil y Bancaria*. Edición I, El Derecho Editores SA, Madrid.

GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO. A.: *Derecho del Trabajo*, Edición VII, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Edición VI, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016..

LLAMAS POMBO, E.: *La Compraventa*, Editorial LA LEY, Las Rozas (Madrid), 2014.

LLOBREGAT HURTADO, M.L.: *Temas de Propiedad Industrial*, Edición II, Editorial LA LEY, Las Rozas (Madrid), 2007.

MEMENTO PRÁCTICO. Contratos Mercantiles 2011-2012, Editorial FRANCIS LEFEBVRE SA, C/Santiago de Compostela (Madrid), 2011.

PEÑA ROMERO, K.: *El Pacto de Exclusiva*, Edición I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO Y GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Edición 37, Editorial Aranzadi SA. Cizur Menor (Navarra), 2015.

TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*. Edición I. Editorial Aranzadi. 2011.

Artículos doctrinales.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho a la protección a la salud*, Revista de Información Laboral, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2017 [BIB 2017/11172].

HERRERI GARCÍA-RAMAL. P.: *¿Cómo fijar la indemnización de daños y perjuicios en caso de infracción de una patente?*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 782/2009, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009

Fuentes normativas.

Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

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

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

Constitución Española.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

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.

Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

Convenio 111 de la OIT, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación.

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.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Ley 24/15, de 24 de Julio de la Ley de Patentes.

Directiva 2004/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.