

# *La Actualidad legal empresarial en Francia*

## *Nº 2*

### **DERECHO CIVIL, MERCANTIL, DE SOCIEDADES, DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

#### **. Mercantil. Un subcontratista industrial puede requerir responsabilidad contra el adjudicador de obras aunque el contrato principal no se refiera a obras de construcción o públicas**

Habiendo sido declarado en concurso de acreedores el contratista de obras sobre varios barcos transatlánticos, los dos subcontratistas de este último, tras haber declarado sus créditos al organismo concursal, demandaron directamente el pago de dichos créditos al adjudicador de obras. En el caso de uno de ellos, la demanda se refería asimismo a daños y perjuicios. El Tribunal de Apelación de Rennes estimó las demandas de los subcontratistas, por lo que el adjudicador interpuso recurso ante el Tribunal de Casación.

El recurso del adjudicador se fundaba en los siguientes alegatos:

- Conforme al art. 3 de la ley del 31/12/1975 referente a la subcontratación, el subcontratista no puede demandar directamente al adjudicador si este último no le ha aceptado ni dado su conformidad a sus condiciones de pago.
- En este caso concreto, el Tribunal de Apelación había vulnerado dicho artículo, al considerar que ambas condiciones se hallaban reunidas porque el adjudicador había efectuado un pago a uno de ambos subcontratistas junto con una carta mencionando que dicho pago era realizado "a petición y por cuenta del contratista", cuando ello no implicaba la aceptación del subcontratista ni de sus condiciones de pago sino simplemente que el adjudicador reconocía adeudar una suma al contratista y aceptaba satisfacerla a un acreedor de este último sin que dicho acreedor fuera forzosamente un subcontratista. Se trataba del mero cumplimiento de un mandato puntual.
- Además, a tenor del art. 14-1 enmendado de la misma ley del 31/12/1975, el adjudicador contrae responsabilidad frente al subcontratista aceptado y cuyas condiciones de pago son admitidas pese a no estar presente en las obras, si no requiere del contratista –en el caso de que este último no hubiera delegado el pago de sus deudas al adjudicador– que formalice con una entidad financiera habilitada un aval solidario garantizando el reembolso de todas las sumas adeudadas al subcontratista. En cumplimiento de esa responsabilidad, el adjudicador queda obligado a resarcir el subcontratista del daño y perjuicio ocasionado. Pero, según el adjudicador, dicho artículo es aplicable a los subcontratistas industriales no reconocidos tan solo cuando la contrata principal se refiere a obras de construcción o públicas. Lo cual no es el caso, por lo que el Tribunal de Apelación ha vulnerado dicho art. 14-1 por errónea interpretación.

En sentencia del 05/11/2013, el Tribunal de Casación ha desestimado el recurso del adjudicador, en base a los siguientes considerandos:

- Uno de los subcontratistas ha comunicado los contratos de subcontratación formalizados con el contratista así como facturas contra este último.
- De los términos de la carta del adjudicador a ese subcontratista acompañadora del pago al mismo, se infiere que el pago fue realizado por cuenta del contratista quien lo había autorizado por carta, en liquidación de una factura del subcontratista a la que el propio adjudicador se refiere, lo cual evidencia que este último no se había limitado a realizar un simple pago puntual por cuenta del contratista y de lo cual cabe deducir, de modo inequívoco, que el adjudicador había aceptado al subcontratista así como sus condiciones de pago.
- En lo concerniente a la demanda de daños y perjuicios por el otro subcontratista, lo dispuesto por el 2º párrafo del art. 14-1 (obligación de suministro de un aval al subcontratista aceptado al igual que sus condiciones de pago) es aplicable a la subcontratación industrial sin hallarse, en lo más mínimo, supeditado a la existencia de una contrata principal de obras de construcción o públicas. Asimismo, por su comportamiento (imposición al subcontratista de una auditoría social sobre las condiciones de desempeño de la actividad), el adjudicador ha patentizado que conocía el objeto de la intervención de la entidad como subcontratista. Por todo lo cual, unido al impago de sus créditos, el subcontratista reúne los requisitos para incoar su demanda directamente al adjudicador.

*Casación, comercial, 05/11/2013, nº12-14645*

#### **. Mercantil. Divulgar una información, aún exacta, que sea susceptible de desacreditar un competidor, constituye un acto de competencia desleal por denigración**

Una sociedad francesa, fabricante y comercializadora de aparatos funcionando con gas así como de los cartuchos de gas butano de 190 gramos correspondientes, tenía como competidor a una Firma italiana que vendía productos similares en el mercado francés bajo su marca a través de un distribuidor francés o a través de otros distribuidores bajo sus respectivas marcas. La sociedad francesa comunicó a estos últimos distribuidores, mediante correos certificados con acuse de recibo, que los cartuchos de gas de 190 gramos que comercializaban bajo sus propias marcas no eran conformes a la Directiva europea 1999/36.

Considerando que esos correos referentes a los productos que comercializaban eran constitutivos de un acto de competencia desleal, la Firma italiana y el distribuidor francés de su marca demandaron a la sociedad francesa en pago de daños y perjuicios y requirieron la publicación de la sentencia.

El 29/03/2012, el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia del Tribunal Mercantil, condenando la sociedad francesa al pago de daños y perjuicios a los distribuidores a quienes había escrito, por entender que había denigrado voluntariamente los productos fabricados por la Firma italiana y comercializados en Francia por su distribuidor francés directamente o a través de otros distribuidores bajo sus propias marcas, lo cual era constitutivo de un acto de competencia desleal.

La sociedad francesa interpuso recurso de casación contra la decisión del Tribunal de Apelación. Por sentencia del 24/09/2013, el Tribunal de Casación ha desestimado su recurso en base a los siguientes considerandos, entre otros:

- La divulgación de una información susceptible de desacreditar un competidor constituye una denigración, importando poco que dicha información sea exacta.
- Los cartuchos señalados en los correos son fácilmente identificables por su forma particular, tratándose de modelos protegidos y no utilizados por los demás competidores, en algunos modelos comercializados bajo marcas de distribuidores figura el nombre del fabricante, y en alguno de los correos se puntualiza que se trata de productos funcionando con los aparatos de la Firma italiana, a la vista de todo lo cual el Tribunal de Apelación ha podido juzgar que la sociedad francesa queda incurso en responsabilidad por haber enviado esos correos con informaciones susceptibles de desacreditar los productos de un competidor, acto constitutivo de denigración.
- Habiendo constatado que la imagen de la Firma italiana y de su distribuidora francesa había sufrido un perjuicio tras la campaña de denigración orquestada por la sociedad francesa, los jueces competentes, al ordenar la publicación de la sentencia en los sitios Internet de la sociedad francesa y en dos revistas, han dictado, en cumplimiento de su soberana potestad, una medida que han estimado adecuada para reparar el perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la índole del daño.

*Tribunal de Casación, comercial, n° 12-19.790, 24/09/2013*

**. Mercantil. Un agente no puede representar a un competidor de su mandante sin el previo acuerdo de este último, aún cuando el cliente del mandante esté ubicado fuera del área geográfica de exclusiva del agente**

Una sociedad había rescindido por falta grave el contrato de agencia con otra entidad, por vender esta última productos competidores de los del mandante a un cliente de éste ubicado fuera del radio geográfico de su exclusiva. El agente demandó al mandante indemnizaciones en concepto de preaviso y de cese unilateral del contrato.

El Tribunal de Apelación estimó la demanda del agente, en base a que:

- El mandante invoca la vulneración de la cláusula de no competencia que figura en el art. 5 del contrato de agencia, pero en la misma el agente manifiesta representar los productos señalados en el anexo II, uno de los cuales ofreció a un cliente del mandante ubicado fuera del área geográfica a la que se refería el contrato de agencia. Ahora bien, dicho art. 5 no prohíbe al agente vender productos competidores a clientes del mandante situados fuera del área geográfica señalada por el contrato.
- Asimismo, invoca el mandante la vulneración del art. 3.2 del contrato, pero dicho artículo se limita a prohibir al agente prospectar por cuenta del mandante sin petición previa de este último.

Pero, en sentencia del 08/10/2013, el Tribunal de Casación ha anulado la sentencia del Tribunal de Apelación, fundándose principalmente en lo siguiente:

- La obligación de lealtad de un agente hacia su mandante, que implica la prohibición de representar a una empresa competidora sin autorización de dicho mandante, es aplicable, salvo pacto en contrario, a todo el área geográfica donde opera el mandante más allá del área atribuida al agente y sobre la cual éste goza de una exclusiva. Y el art. 5 del contrato de agencia enuncia que "*Durante toda la duración del contrato, el agente no puede, sin previa autorización escrita del comitente, representar o fabricar productos que son competidores a los productos [del mandante].*"
- Por consiguiente, el Tribunal de Apelación ha vulnerado, de una parte el art. L 134-3 del Código de comercio, el cual estipula esa prohibición de representación, sin hacer constar la menor salvedad referente al área de su aplicación, y de otra parte el art. 1134 del Código civil según el cual los convenios legalmente concertados hacen las veces de ley entre las partes.

*Casación, comercial, n° 12-24.064, 08/10/2013*

**. Mercantil. La fianza puede estar limitada a las rentas del fiador**

Un particular, fiador solidario de una sociedad en garantía de un préstamo bancario, fue emplazado judicialmente en su calidad de garante por el banco prestamista al pago de dicho préstamo no reembolsado. El particular alegó la nulidad de su compromiso de fianza, por no ser totalmente conforme la redacción de su mención manuscrita en el documento de garantía a lo dispuesto por el art. L 341-2 del Código de consumo.

Dicho artículo estipula: "*Toda persona física que se obliga en documento privado en calidad de fiador con un acreedor profesional debe, so pena de nulidad de su obligación, anteponer a su firma la siguiente mención manuscrita y únicamente ésta: "Al salir fiador de X.. dentro del límite de la suma de ... cubriendo el pago del capital, de los intereses y, en su caso, de las penalidades o de los intereses de demora y por un periodo de..., me obligo a reembolsar al prestamista las cantidades adeudadas con cargo a mis rentas y mis bienes si X... no lo cumple él mismo".*"

El fiador había indicado en la mención que se obligaba sobre sus rentas, omitiendo añadir sus bienes, motivo por el cual entendía que su obligación quedaba anulada, a tenor de dicho artículo L 341-2.

No obstante, los Tribunales Mercantil y de Apelación rechazaron su alegato. El Tribunal de Apelación, en sentencia del 06/09/2011, consideró que la discrepancia existente entre la redacción de la mención manuscrita del fiador y la redacción de

dicha mención tal y como figura en el art. L 341-2 no afectaba el alcance ni la índole de la obligación contraída, tanto más cuanto que la mención del fiador reproducía los demás términos de dicho art. L 341-2.

El fiador interpuso recurso ante el Tribunal de Casación, en base a que el Tribunal de Apelación había vulnerado el art. L 341-2 del Código de consumo.

Pero, por sentencia del 01/10/2013, el Tribunal de Casación desestimó el recurso del fiador por los siguientes considerandos:

- La mención manuscrita que el fiador ha puesto y firmado él mismo en el documento de garantía, al reproducir todos los términos del art. L 341-2 del Código de consumo salvo "y mis bienes", refleja la perfecta información de la que había beneficiado el fiador en cuanto al alcance y a la índole de su obligación.
- Tan solo por esos motivos, de los que resultaba que la omisión de los términos "mis bienes" traía como única consecuencia el limitar la garantía del banco a las rentas del fiador y no afectaba la validez de la garantía, el Tribunal de Apelación ha justificado legalmente su decisión.
- Por lo tanto, el motivo invocado carece de fundamento.

*Casación, comercial, n° 12-20.278, 01/10/2013*

**. Mercantil. El rompimiento brutal, sin preaviso, de una relación comercial tiene siempre carácter delictivo**

Un comisionista de transporte había encomendado a un transportista durante 15 años la entrega de productos frescos, en virtud de un contrato de transporte establecido según el modelo anexo al decreto del 26/12/2003 que rige, según sus artículos 1° y 3°, las relaciones entre un transportista subcontratista y un operador de transporte definido como un comisionista de transporte o un transportista principal. Entre diciembre 2005 y junio 2006, el comisionista cesó sus relaciones comerciales con el transportista, sin preaviso alguno.

En noviembre 2007, el liquidador amigable del transportista demandó, por ese motivo, daños y perjuicios al comisionista.

El Tribunal Mercantil estimó su demanda, pero el Tribunal de Apelación, por sentencia del 07/06/2012, dio la razón al comisionista en base a los siguientes considerandos:

- Lo dispuesto en el art. L 442-6.I 5° del Código de comercio ("*Queda comprometida la responsabilidad de su autor y le obliga a reparar el perjuicio causado, el hecho para todo productor, comerciante, industrial o persona matriculada en el registro de los oficios, de...romper brutalmente, siquiera parcialmente, una relación comercial establecida, sin preaviso escrito...*"), alegado por el Liquidador como fundamento de su demanda, no es aplicable a las relaciones comerciales que dimanen de transportes públicos por carretera de mercancías realizados por subcontratistas, por cuanto el art. 12-2 del contrato modelo, que rige las relaciones entre el transportista subcontratista y el comisionista de transporte, prevé la duración de los preavisos que deben cumplirse.
- De ello se deduce que la acción por rompimiento de relaciones sin preaviso entre el comisionista y el transportista dimana forzosamente del contrato de transporte y, por lo tanto, se halla prescrita en el plazo de un año a partir de la rescisión del contrato conforme a lo dispuesto en el art. L 133-6 del Código de comercio ("*...Todas las demás acciones a las cuales ese contrato [el de transporte] pueda dar lugar ..... están prescritas en el plazo de un año...*").
- Como el Liquidador ha emplazado judicialmente al comisionista más de un año después del rompimiento de relaciones, su demanda no es admisible y, por consiguiente, procede anular en su totalidad la sentencia del Tribunal Mercantil.

Pero el Liquidador interpuso recurso ante el Tribunal de Casación, el cual, por decisión del 01/10/2013, anuló la sentencia del Tribunal de Apelación, sobre los siguientes fundamentos:

- El art. L 133-6 del Código de comercio se refiere exclusivamente a las acciones dimanadas del transporte de mercancías, excluyendo todas aquellas ejercidas en base al art. L 442-6.I 5° del mismo Código.
- Considerando que la acción incoada por rompimiento brutal de relaciones comerciales establecidas, aunque estas últimas dimanen de un contrato de transporte, no está sujeta a la prescripción anual del art. L 133-6 del Código de comercio, la sentencia del Tribunal de Apelación ha vulnerado ambos artículos mencionados del Código de comercio.
- En consecuencia, remite la causa y las partes nuevamente al Tribunal de Apelación con distintos magistrados para que resuelva al respecto.

*Casación, comercial, n° 12-23.456, 01/10/2013*

**. Mercantil. En un procedimiento concursal, la exención de comprobación del activo no impide una acción para requerir responsabilidad por insuficiencia de dicho activo**

Una sociedad había incurrido en procedimiento concursal, concluyendo el mismo en liquidación judicial. El interventor judicial, aplicando el art. L 641-4 del Código de comercio, eximió al liquidador de comprobar la cuantía del pasivo quirografario, al ser puesto de manifiesto que el producto de la venta de los activos quedaría totalmente enjugado por las costas judiciales y el pasivo privilegiado.

El liquidador demandó entonces al gerente de la sociedad, requiriendo su responsabilidad por activo insuficiente en base al art. L 651-2 del Código de comercio.

El Tribunal Mercantil, actuando en primera instancia, condenó al gerente a asumir parte del pasivo de la sociedad, fundándose en la existencia patentizada de una insuficiencia del activo siquiera con respecto al pasivo privilegiado, por lo que cabía aplicar el mencionado art. L 652-2.

Ese artículo estipula: "*Cuando la liquidación judicial de una persona jurídica pone de manifiesto una insuficiencia de activo, el tribunal puede, en caso de falta de gestión habiendo contribuido a dicha insuficiencia de activo, acordar que el importe de la susodicha insuficiencia de activo será soportado, totalmente o en parte, por todos los dirigentes de derecho o de hecho, o por algunos de ellos, que hayan contribuido a esa falta de gestión...*".

Pero el Tribunal de Apelación anuló la sentencia del Tribunal Mercantil, mediante decisión del 31/05/2012. En efecto, consideró que, el haber eximido al liquidador de verificar el pasivo quirografario impedía prosperarse la acción en responsabilidad contra el gerente, puesto que, sin esa verificación, no era posible determinar la insuficiencia de activo fundamento de dicha acción.

El liquidador recurrió esa decisión ante el Tribunal de Casación, el cual estimó su recurso por sentencia del 05/11/2013, en base a los siguientes fundamentos:

- El Tribunal de Apelación no ha rechazado los motivos del Tribunal Mercantil, el cual constataba que, a la fecha en que los jueces de fondo resolvían, la insuficiencia de activo era cierta ya en lo referente siquiera al pasivo privilegiado y al activo del deudor por hasta, como mínimo, la cuantía de la condena pronunciada por los primeros jueces contra el dirigente social.
- Procede, pues, el requerimiento de responsabilidad al dirigente social, con arreglo al art. L 652-1.
- La exención de comprobación del pasivo quirografario, ordenada por el interventor judicial a tenor del art. L 641-4 del Código de comercio, no obstaculiza esa acción puesto que una insuficiencia de activo está puesta de manifiesto. En efecto, dicho art. L 641-4 estipula: "... No se procede a la verificación de los créditos quirografarios, si resulta que el producto de la venta del activo será completamente enjugado por las costas judiciales y los créditos privilegiados, a menos de que, tratándose de una persona jurídica, no haya lugar a poner a cargo de los dirigentes sociales de derecho o de hecho todo o parte del pasivo, en conformidad con el art. L 651-2."
- Por lo tanto, el Tribunal de Apelación ha desconocido el alcance del art. L 641-4 y vulnerado el art. L 651-2.
- Consecuentemente, la sentencia del Tribunal de Apelación de 31/05/2012 queda anulada y se reenvía a las partes y la causa ante el mismo Tribunal, compuesto de modo distinto, para sentar derecho.

*Tribunal de Casación, comercial, n° 12-22510, 05/11/2013*

## **DERECHO TRIBUTARIO**

### ***. Una sociedad deficitaria puede deducir las retenciones en origen practicadas sobre cánones percibidos en el extranjero, siempre y cuando no lo prohíba un convenio para evitar la doble imposición***

Si ello no está descartado por el convenio fiscal vigente con un Estado extranjero, la retención en origen practicada sobre el canon percibido en ese Estado origina para la sociedad beneficiaria una bonificación imputable sobre su I.S. (Impuesto de Sociedades), con objeto de evitar así la doble imposición.

Ahora bien, con arreglo a la vigente legislación francesa, la imputación de esa bonificación no puede ser diferida a otro ejercicio en caso de resultado deficitario no dando lugar a I.S., por lo que la sociedad ni puede compensar su imposición en el extranjero ni puede obtener su reembolso del fisco francés.

Sin embargo, con arreglo al art. 39-1, 4° del CGI (Código General de Impuestos), cabe la posibilidad de deducir de la base imponible el importe de la retención en origen sufrida en el extranjero, como es el caso cuando la retención la realiza un Estado extranjero que no ha concertado con Francia un convenio fiscal. Dicho art. 39-1, 4° estipula que el resultado neto se determina previa deducción de todos los gastos, los cuales incluyen en particular los impuestos recaudados durante el ejercicio.

Pese a lo cual, la Administración tributaria denegó a dos sociedades deficitarias la deducción de la retención en origen aplicada a cánones, por considerar que los convenios concertados con los Estados que habían practicado esa retención estipulaban la eliminación de la doble imposición sobre esas rentas mediante una bonificación del I.S., como método excluyente de cualquier otro.

Ambas sociedades recurrieron esa decisión de la Administración ante el Tribunal administrativo. En apelación, el Tribunal desestimó el recurso de una de ellas en julio 2012. Pero, un año después, el 18/07/2013, el Tribunal estimó el recurso de la otra sociedad.

La doctrina aplicada por el Tribunal ha sido la misma en ambos casos, aunque con resultados distintos porque las circunstancias no son iguales.

En efecto, el Tribunal ha confirmado el principio, recogido por el mencionado art. 39-1, 4°, de que las sociedades pueden deducir las retenciones en origen que han soportado en el extranjero. Ahora bien, el Tribunal manifiesta que procede referirse a lo dispuesto en los convenios fiscales aplicables al caso, los cuales prevalecen sobre la ley interna, para determinar si obstaculizan o no esa deducción.

Aplicando lo que antecede, en el caso de una de las sociedades, los convenios aplicables (franco-japonés y franco-italiano) excluían expresamente la deducción del resultado francés de la retención en origen, como medio de evitar la doble imposición. Mientras que en el caso de la otra sociedad, en el convenio aplicable (franco-griego) no figuraba explícitamente dicha exclusión. Por ello, se ha reconocido a esta última sociedad deficitaria la posibilidad de deducir de su resultado la retención en origen practicada en Grecia sobre los cánones percibidos en ese país. En cambio, se ha denegado esa misma posibilidad a la otra sociedad para las retenciones practicadas en Japón y en Italia.

Por consiguiente, a tenor del criterio del Tribunal administrativo de Apelación, la deducción de resultados deficitarios de las retenciones practicadas en el extranjero sobre cánones se justifica por el art. 39-1, 4° del CGI, si bien su efectividad se halla supeditada a que el convenio fiscal aplicable no descarte explícitamente dicha deducción.

No obstante, cabe interrogarse sobre el alcance práctico de las eventuales exclusiones explícitas de las deducciones contenidas en algunos convenios fiscales. Puesto que el propósito de los convenios es precisamente evitar la doble imposición,

resulta contradictorio que el convenio pretenda privar a un contribuyente que no puede beneficiar de la bonificación del I.S. por tener pérdidas del derecho sustitutivo de deducción.

Precisamente, la sociedad cuyo recurso fue desestimado por el Tribunal administrativo de Apelación ha recurrido ante el Consejo de Estado invocando el principio de subsidiaridad de los convenios fiscales. Con arreglo a ese principio, un convenio fiscal internacional no puede, en ningún caso, dar lugar a la recaudación de un impuesto que la ley nacional no permite recaudar. La respuesta del Consejo de Estado al recurso incoado ante él puede sentar jurisprudencia en ese sentido.

*Tribunal administrativo de Apelación, n° 12VE00572, 18/07/2013*

**. Posibilidad de imputar sobre la Contribución adicional de 3 % al I.S. (Impuesto de Sociedades), la bonificación fiscal generada por una retención en origen sobre rentas en el extranjero: doctrina administrativa.**

La Contribución adicional, contrariamente a las demás contribuciones complementarias del I.S., no es igual a una fracción de dicho impuesto ni grava la base imponible al mismo sino que grava las rentas distribuidas. En virtud del art. 235 ter ZCA, II del CGI (Código General de Impuestos), "*Las bonificaciones fiscales de toda índole ..... no son imputables sobre la contribución*". Por consiguiente, las bonificaciones fiscales generadas por retenciones en origen sobre rentas percibidas en países con los cuales hay un convenio fiscal no pueden imputarse sobre la contribución adicional.

No obstante, la Administración tributaria ha establecido la siguiente doctrina que, por su importante alcance práctico, se transcribe literalmente: "*Sin embargo, cuando un convenio fiscal para eliminar la doble imposición en cuanto al impuesto sobre la renta...establece que bonificaciones fiscales derivadas de rentas cuya fuente radica en el Estado o en el territorio cocontratantes con Francia son imputables sobre el impuesto de sociedades y sobre los impuestos de misma índole calculados en Francia sobre esas rentas, se admite que el importe de las bonificaciones que no haya podido ser imputado sobre el importe de sociedades sea imputable sobre el importe de la contribución social establecida por el art. 235 ter ZC del CGI, luego eventualmente sobre la contribución excepcional establecida por el art. 235 ter ZAA del CGI y, por último, sobre la contribución adicional establecida en el art. 235 ter ZCA, II del CGI, en las condiciones y dentro de los límites señalados por el convenio*".

La doctrina se fundamenta en lo dispuesto por el art. 2, § 4, del modelo de convenio de la OCDE, según el cual el convenio es aplicable también a los impuestos de índole idéntica o análoga que fueran establecidos después de la firma del convenio y que se añadirían o sustituirían a los impuestos existentes. Otra ventaja de esta doctrina es que considera la contribución adicional como un impuesto de índole idéntica o análoga al impuesto sobre sociedades, aún cuando no grava la misma base que este último.

Asimismo, una consecuencia de esta doctrina es que, tal y como ha sido ya planteado al Consejo de Estado, cuando la situación deficitaria no permite la generación por la retención en el extranjero de una bonificación del I.S., al no haber tal impuesto, no es aplicable el artículo de un convenio estipulando, en aras de eliminar la doble imposición, que la retención no es deducible de la base imponible en Francia y que da derecho solamente a una bonificación del impuesto.

Por lo tanto, dicho artículo del convenio no puede obstaculizar la aplicación del derecho interno, en este caso el art. 39-1, 4° del CGI. Consecuentemente, una sociedad deficitaria puede proceder a una distribución, con objeto de hacerse con una base imponible a la contribución adicional del 3% e imputar así, sobre dicha contribución, la bonificación generada por la retención practicada en el extranjero.

Ahora bien, en el caso de dividendos percibidos bajo el régimen de sociedades matrices, al no tributar éstos al I.S., las retenciones en origen no generan bonificaciones.

Pero como la doctrina administrativa antes mencionada admite que puedan imputarse sobre la contribución adicional las bonificaciones generadas por las retenciones sobre las rentas percibidas en el extranjero, cabe deducir que considera esas rentas incluidas en la base imponible a dicha contribución adicional y, por consiguiente, entiende que la susodicha contribución grava no las distribuciones sino el beneficio, definido no como aquel imponible pero como el distribuido que puede, pues, incluir los dividendos a los que se aplica el régimen de sociedades matrices.

Esta conclusión queda afianzada por el art. 235 ter ZCA, 1, el cual puntualiza que las sociedades se hallan sujetas a la contribución adicional del 3% "*en concepto de los importes que distribuyen en el sentido de los artículos 109 a 117*". Y el art. 110 señala que los beneficios son incrementados con los "*ingresos deducibles del beneficio neto, en virtud del 1 del artículo 216*", refiriéndose este último artículo a los dividendos acogidos al régimen de las sociedades matrices.

Así pues, la doctrina ampara los sujetos pasivos que imputan sobre la contribución adicional del 3% las bonificaciones que dimanen de retenciones practicadas en el extranjero, inclusive sobre los dividendos acogidos al régimen de las sociedades matrices.

**. El excedente de retención en origen no imputable sobre el Impuesto sobre la Renta adeudado por un no residente, debe ser devuelto**

Un no residente había solicitado la devolución de la parte de las retenciones, practicadas sobre sus rentas francesas a tenor del art. 182 B del CGI (Código General de Impuestos), que excedía el importe del Impuesto sobre la Renta adeudado por él. Como la Administración tributaria denegó su solicitud, el no residente acudió al Tribunal administrativo pero éste desestimó también su demanda por sentencia del 02/12/2011.

El no residente interpuso entonces recurso ante el Tribunal administrativo de Apelación.

Dicho Tribunal ha estimado el recurso, mediante sentencia del 09/07/2013, en base a los siguientes considerandos:

- La retención practicada, a tenor del art. 182 B del CGI, sobre las rentas francesas de un no residente, sujeto pasivo del Impuesto francés sobre la Renta por ese mismo concepto, debe tener la consideración de un pago a cuenta sobre

la liquidación del Impuesto sobre la Renta exigible, ya que no reviste carácter liberatorio y es solamente un medio de recaudación de dicho Impuesto sobre los sujetos pasivos no residentes.

- Consecuentemente, en el supuesto de que la retención no pueda imputarse íntegramente sobre la cuantía del Impuesto sobre la Renta por ser dicha cuantía inferior a la de la retención, resulta que el excedente de retención debe ser devuelto al sujeto pasivo, aún cuando tal devolución no esté expresamente contemplada por la ley.
- Por lo tanto, queda anulada la sentencia del Tribunal administrativo de 02/12/2011 y se procederá a la devolución de las cantidades solicitadas en concepto de excedente de retención.

*Tribunal administrativo de Apelación, n° 12VE00553, 09/07/2013*

***. Un crédito fiscal generado por la compensación de pérdidas en modo "carry back" posteriormente al inicio de un procedimiento concursal es reembolsable inmediatamente***

El sistema de compensación de pérdidas en modo "carry back" permite imputar la pérdida de un ejercicio sobre el beneficio anterior, dando lugar a un crédito sobre la Administración tributaria correspondiente al excedente de impuesto satisfecho anteriormente.

El crédito puede ser utilizado para el pago del Impuesto sobre Sociedades adeudado durante los 5 ejercicios posteriores al ejercicio deficitario. En caso de no haber podido utilizar el crédito en ese plazo, al término del mismo la sociedad puede requerir de la Administración le reembolse el crédito.

Ahora bien, cuando las empresas son objeto de un procedimiento concursal, el art. 220 quinquies, I del CGI señala que pueden solicitar el reembolso inmediato del crédito fiscal en "carry back" no utilizado a partir de la fecha del auto judicial que ha iniciado dicho procedimiento concursal. Pero, según la doctrina administrativa (BOI-IS-DEF-20-20, n° 140 y 150) solo los créditos fiscales generados antes del inicio del procedimiento concursal pueden ser reembolsados anticipadamente.

Los Tribunales administrativos de Rouen, en 2007, y de Lyon (en 2012) sentenciaron con arreglo a la doctrina administrativa. Pero, el 07/05/2013, el Tribunal administrativo de Apelación ha admitido el reembolso anticipado de un crédito fiscal generado posteriormente a la fecha de apertura de un procedimiento concursal.

Ha fundamentado su decisión en los siguientes motivos:

- De lo dispuesto por el art. 220 quinquies, I, 6° párrafo, no resulta una limitación de la solicitud de reembolso anticipado únicamente a los créditos fiscales por "carry back" no utilizados generados antes de la fecha de la decisión judicial iniciando el procedimiento concursal.
- La expresión "*a partir de la fecha del juicio que ha abierto ese procedimiento*" figurando en dicho artículo 220 quinquies, I, 6° párrafo, define la fecha en la que el crédito fiscal puede ser reembolsado y no la fecha en que debe apreciarse si ha sido utilizado, como aduce la Administración tributaria.
- Por lo tanto, ninguna norma legal impide el reembolso anticipado de un crédito fiscal generado después de la apertura de un procedimiento concursal.

La Administración tributaria ha recurrido contra esa decisión del Tribunal administrativo de Apelación ante el Consejo de Estado, aunque esa decisión del Tribunal administrativo de Apelación parece conforme al propósito que informó el establecimiento del art. 220 quinquies, cual era ayudar a las empresas en dificultad.

*Tribunal administrativo de Apelación, n° 12LY02242, 07/05/2013*

***. Una holding mixta puede deducir el IVA gravando los gastos asumidos por ella en relación con tomas de participaciones realizadas por filiales suyas, siempre y cuando acredite que ella sola prestará servicios imponibles a las entidades participadas por dichas filiales***

Una sociedad holding mixta, con actividad industrial y comercial a la vez que prestadora de servicios a las filiales de su grupo, había encargado estudios a un banco de negocios y a un despacho de auditoría en el marco de un proyecto de compra de varias sociedades propiedad de un competidor. La compra había sido llevada a cabo no por la holding misma sino por una de sus filiales, sociedad exclusivamente patrimonial.

A raíz de una inspección de la holding, la Administración tributaria había anulado la deducción del IVA soportado sobre los gastos de los estudios antes mencionados, por considerar que la holding no se había beneficiado directamente de dichos estudios ya que no había sido ella quien había realizado las adquisiciones de participaciones para las cuales los susodichos estudios habían sido efectuados.

En efecto, el derecho a deducir el IVA soportado requiere, en principio, la existencia de una relación entre las operaciones que han dado lugar al IVA soportado y las operaciones objeto del IVA recaudado y adeudado. Esa relación directa e inmediata presupone que los gastos asumidos para adquirir bienes y servicios integren los elementos constitutivos del precio de las operaciones dando derecho a deducción y para cuya realización los gastos han sido efectuados. No obstante, si tal relación directa e inmediata no existe, los gastos, en tanto en cuanto integran los gastos generales de una empresa, son constitutivos del precio de los productos de la empresa y guardan así una relación directa e inmediata con el conjunto de la actividad económica del sujeto pasivo.

Por ello, los gastos asumidos por una holding mixta de cara a compras de participaciones por ella misma son deducibles, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal administrativo de Apelación ratificó el criterio de la Administración por el mismo motivo que esta última, en sentencia del 03/05/2011, basándose además en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre ese mismo caso particular.



Pero la holding interpuso recurso contra la decisión del Tribunal administrativo ante el Consejo de Estado y este último, en sentencia del 24/06/2013, ha matizado su propia jurisprudencia anterior, estimando el recurso de la holding con arreglo a los siguientes considerandos:

- Si bien la toma de participaciones financieras en otras empresas no es constitutiva de una actividad económica según concepto de la directiva del IVA, no ocurre igual cuando esa toma de participaciones se realiza dentro de una perspectiva de desarrollo del volumen de negocios al suministrar la holding a sus nuevas filiales servicios jurídicos, comerciales, administrativos, financieros y otros, ya que la prestación de esos servicios da lugar a operaciones características de una actividad económica y sujetas al IVA. La holding puede entonces deducir la totalidad del IVA habiendo gravado los gastos efectuados con vistas a esa toma de participaciones, en tanto que gastos generales guardando una relación directa e inmediata con el conjunto de su actividad económica.
- Si, como es el caso, la holding decide la toma de participaciones en sociedades cuyos títulos los detentará una filial cuyo objeto es exclusivamente patrimonial, en tanto que la holding acredite documentalmente que, habida cuenta de la organización del grupo, ella sola prestará a las sub-filiales los servicios característicos de una actividad económica y sujetos al IVA, tiene derecho a deducir el IVA habiendo gravado los gastos efectuados en vistas a esa inversión, los cuales gastos tienen la consideración de gastos generales que mantienen una relación directa e inmediata con el conjunto de su actividad económica.
- De no realizarse el proyecto de toma de participaciones, la holding puede deducir el IVA habiendo gravado los gastos efectuados específicamente para ese fin.

El Consejo de Estado ha privilegiado, pues, un enfoque económico del IVA.

*Consejo de Estado, n° 350988, 24/06/2013*

### **. Las modalidades de la prefinanciación de la bonificación fiscal "competitividad-empleo" son suavizadas para los grupos integrados fiscalmente**

La Administración tributaria acaba de proceder a varios ajustes de su doctrina referente a la utilización de la bonificación fiscal "para la competitividad y el empleo" (bonificación CICE) establecida por el art; 244 quater C del CGI (Código General de Impuestos). Entre otros ajustes, ha suavizado las modalidades de prefinanciación de dicha bonificación para aquellos grupos integrados fiscalmente.

En primer lugar, la obligación de imputar la bonificación CICE sobre el impuesto adeudado previa deducción de las retenciones no liberatorias y demás bonificaciones de las que la empresa es beneficiosa, queda suprimida. Dicha obligación, aparte de carecer de fundamento legal o normativo, resultaba desfavorable para las empresas ya que, en caso de no poder imputar la bonificación CICE por exceder el impuesto adeudado, tenían que aguardar 3 años hasta el reembolso de la Administración. La enmienda doctrinal permite así el imputar la bonificación CICE antes que aquellas bonificaciones reembolsables inmediatamente.

Por lo demás, para que las empresas pudieran beneficiar lo antes posible de la ventaja financiera procurada por la bonificación CICE, el art. 199 ter C del CGI ha establecido un mecanismo de prefinanciación. En virtud de ese artículo, el crédito derivado de la bonificación puede ser cedido o pignorado antes de la liquidación del impuesto sobre el cual se imputará dicha bonificación; es posible ceder o pignorar solamente una parte del crédito pero únicamente una vez, no pudiendo dividir esa parte para proceder a varias cesiones o pignoraciones.

En el caso de un grupo de empresas integrado fiscalmente, la Administración ha puntualizado que únicamente la sociedad matriz está habilitada a prefinanciar la bonificación mediante la cesión o pignoración del correspondiente crédito fiscal.

Ahora bien, contrariamente a la norma de cesión o pignoración antes mencionada, la Administración ha admitido que la sociedad matriz de dicho grupo empresarial integrado fiscalmente realice 4 cesiones o pignoraciones parciales del crédito, sin que el número de cesiones pueda exceder el número de empresas que componen el grupo fiscal. Dentro del límite de 4 cesiones o pignoraciones, cada sociedad del grupo no puede beneficiarse de la prefinanciación mas que una vez.

De este modo, la doctrina facilita la competitividad dentro de los grupos.

*Doctrina administrativa, BOI-BIC-RICI-10-150-20, 30-10, 30-20, 10-150-40.*

## **DERECHO LABORAL**

### **. Recalificación en contrato indefinido de un contrato de duración determinada y abono retroactivo de salarios**

Una asalariada había trabajado durante 4 años en la Administración de Correos, en base a 46 contratos de duración determinada (CDD), siendo contratada al cabo de ese tiempo con contrato indefinido (CDI). La asalariada demandó a Correos ante el Tribunal laboral, requiriendo la recalificación del primer CDD en contrato indefinido así como el abono de salarios con carácter retroactivo correspondiente al reajuste de la antigüedad desde el primer contrato CDD, el abono de una indemnización de vacaciones pagadas correspondiente a los salarios liquidados con carácter retroactivo, y el abono de daños y perjuicios por haberla mantenido en una situación precaria.

Es de recordar que el art. L 1245-1 del Código de trabajo estipula: "*Es considerado de duración indefinida todo aquel contrato laboral concertado en desconocimiento de lo dispuesto por los artículos L 1242-1 [Un contrato laboral de duración determinada, sea cual sea su causa, no puede tener ni como fin ni como efecto el proveer con carácter duradero un empleo relacionado con la actividad normal y*

permanente de la empresa], L 1242-6 [... está prohibido concertar un contrato laboral de duración determinada 1º) para sustituir un asalariado cuyo contrato laboral se halla suspendido a raíz de un conflicto laboral colectivo, 2º) para realizar ciertos trabajos especialmente peligrosos figurando en una lista establecida por vía reglamentaria...], L 1242-12, primer párrafo [El contrato laboral de duración determinada se establece por escrito e incluye la definición precisa de su causa. En su defecto, se considera haber sido concertado por un plazo indefinido...], L 1243-11, primer párrafo [Cuando la relación laboral contractual continúa después del vencimiento del término del contrato de duración determinada, este último se convierte en contrato de duración indefinida], L 1243-13 [El contrato laboral de duración determinada es renovable una vez por plazo determinado ...], L 1244-3 [Al vencimiento de un contrato laboral de duración determinada, no puede recurrirse, para proveer el puesto del asalariado cuyo contrato ha finalizado, ni a un contrato de duración determinada ni a un contrato de trabajo temporal antes de vencer un plazo de carencia calculado en función de la duración del contrato, renovación inclusive], y L 1244-4 [No es aplicable el plazo de carencia ....].

El Tribunal de Apelación desestimó, por sentencia del 23/11/2011, la demanda de la asalariada referente al reajuste de salarios correspondiente a la regularización de la antigüedad desde el primer contrato CDD. En primer lugar, recordó que el mantenimiento de la antigüedad está previsto únicamente si el contrato CDD continúa tras su vencimiento para convertirse en contrato indefinido, a tenor del art. L 1243-11. Aparte esa circunstancia, la regularización de antigüedad procedería en caso de haberse sucedido ininterrumpidamente los contratos CDD o si, en caso de interrupción, la asalariada acreditara que se había mantenido a disposición de la empresa. En ese caso de relación contractual continua, la antigüedad de la asalariada se computaría a partir de la primera contratación.

Pero al no acreditar esa continuidad en la relación contractual, ya que se produjeron ceses de actividad superiores a 1 mes entre dos contratos, la asalariada no puede pretender a un reajuste de salarios en el periodo durante el cual trabajó para la empresa con contratos CDD.

También desestimó el Tribunal de Apelación la demanda referente a daños y perjuicios complementarios, causados por el hecho de no haber podido la asalariada obtener unas ventajas específicas de su empresa debido a que no era titular entonces de un contrato indefinido con suficiente antelación, por entender que la empresa había cumplido correctamente la norma interna aplicable al respecto.

La asalariada recurrió la sentencia del 23/11/2011 ante el Tribunal de Casación, el cual estimó su recurso, el 19/09/2013, por los siguientes motivos:

- Como consecuencia de la recalificación de los contratos de duración determinada, se considera que la asalariada ha ocupado un empleo a duración indefinida desde el día de su primera contratación en la empresa y que tiene derecho a obtener la reconstitución de su carrera en punto a la antigüedad así como la regularización de su retribución, por lo que el Tribunal de Apelación ha vulnerado el art. L 1245-1.
- En cuanto a la demanda de daños y perjuicios complementarios, es admisible por cuanto la recalificación de los contratos CDD en un contrato CDI surte efecto a partir de la fecha de celebración del primer contrato de duración determinada con carácter irregular, habiendo el Tribunal de Apelación vulnerado a ese respecto el art. L 1245-1.
- Por todo lo cual, el Tribunal de Casación anula la sentencia del Tribunal de Apelación de 23/11/2011 y reenvía la causa y las partes ante otro Tribunal de Apelación.

*Tribunal de Casación, social, nº 12-12271, 19/09/2013*

**. No constituye una falta grave del asalariado con contrato laboral de duración determinada, su negativa en aceptar modificaciones de sus condiciones de trabajo**

Una asalariada había sido empleada con contrato de duración determinada del 16/12/2005 al 16/12/2007, puntualizando el contrato que el puesto de trabajo estaba ubicado en la sede del empleador en la ciudad de Marsella. El 21/05/2007, este último rompió el contrato laboral anticipadamente alegando como motivo falta grave de la asalariada, al haberse negado ésta a desempeñar sus funciones en la nueva sede de su empleador situada a 15 km. de Marsella pero comunicada por los transportes públicos urbanos.

La asalariada demandó daños y perjuicios por rompimiento, abusivo en el fondo e irregular en la forma, de su contrato.

El Tribunal de Apelación, en sentencia del 05/05/2011, desestimó todas las demandas de la asalariada, por los siguientes considerandos:

1. En lo referente a la demanda de daños y perjuicios por procedimiento irregular de despido, alegando la asalariada que había sido convocada a la entrevista previa mediante correo sencillo y no certificado, en vulneración de los artículos L 1232-2, L 1332-2, L 1235-5 y R 1332-2 del Código de trabajo, sin embargo la misma asalariada admitía haber recibido la convocatoria y la carta certificada o la remisión de la carta contra resguardo no condicionan la validez de la convocatoria a la entrevista previa sino un medio destinado a facilitar la prueba de que se ha recibido la convocatoria. Por lo tanto, el procedimiento de rescisión del contrato laboral es regular en la forma.
2. En lo referente a la demanda de daños y perjuicios por rompimiento anticipado del contrato, la nueva sede se halla en el mismo sector geográfico que la anterior al estar comunicada por los transportes públicos urbanos de Marsella y el cambio del lugar de trabajo no constituye una modificación del contrato laboral que haya de ser sometida a la conformidad de la asalariada. Asimismo, la asalariada dejó de presentarse en su lugar de trabajo sin avisar, no contestó a un correo certificado de su empleador emplazándola a que acudiera a su puesto, tampoco se presentó a la convocatoria, todo lo cual es constitutivo de una falta grave que impedía su mantenimiento en la empresa incluso durante el periodo de ,preaviso en virtud del art. L 1221-1 del Código de trabajo según el cual el contrato laboral debe ser cumplido de buena fe.

Habiendo recurrido dicha sentencia la asalariada, el Tribunal de Casación, con fecha 20/11/2013, ha acordado:

1. Sobre la demanda de daños y perjuicios por procedimiento irregular de la convocatoria previa al despido, el art. L 1242-14 del Código de trabajo señala que lo dispuesto en los artículos L 1232-2 y L 1235-6 del mismo Código se aplican únicamente al procedimiento de despido y no al procedimiento de rescisión de un contrato laboral de duración



determinada, estando dicha rescisión, cuando se decide por falta grave, sujeta tan solo a lo estipulado en los artículos L 1332-1 a L 1332-3, que no prevén trámite alguno para la convocatoria a la entrevista previa a la sanción disciplinaria. Por lo tanto, el Tribunal de Apelación ha considerado correctamente que el procedimiento era regular.

2. Sobre la demanda de daños y perjuicios por rompimiento anticipado del contrato, el rechazo por un asalariado de un cambio en sus condiciones de trabajo, si bien evidencia un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, no constituye por sí solo una falta grave y, por lo tanto, el Tribunal de Apelación ha vulnerado el art. L 1243-1 del Código de trabajo.
3. Consecuentemente, queda anulada la sentencia del Tribunal de Apelación del 05/05/2011, salvo en cuanto desestima la demanda de daños y perjuicios por irregularidad del procedimiento de convocatoria a la entrevista previa, y para los demás extremos remite la causa y las partes nuevamente ante el Tribunal de Apelación compuesto distintamente.

*Tribunal de Casación, Social, n° 12-30100, 20/11/2013*

**. Los contratos de duración determinada concertados sucesivamente con un mismo asalariado para el mismo puesto de trabajo y con la misma duración son constitutivos de un único contrato indefinido**

Una sociedad de espectáculos había empleado cada mes, durante 17 años y para un número de días casi siempre idéntico, un jefe de control por turno con otros jefes de control para una misión técnica independiente del contenido de las emisiones producidas por dicha sociedad. Aunque las emisiones habían ido variando en el tiempo por su contenido, duración y frecuencia, la actividad de producción de la sociedad seguía siendo permanente al igual que la actividad del asalariado.

En el litigio entre la sociedad y el jefe de control derivado del despido de este último, el Tribunal de Apelación había concluido que el objeto de los contratos de duración determinada concertados sucesivamente con el asalariado era proveer de forma duradera un empleo vinculado con la actividad normal y permanente de la empresa. Consecuentemente, había recalificado la relación laboral entre las partes en contrato indefinido.

Esa decisión se situaba en la misma línea de la jurisprudencia del Tribunal de Casación, a tenor de la cual la determinación, mediante acuerdo colectivo, de la lista concreta de los empleos para los cuales puede recurrirse a contratos de duración determinada "de uso" no exime al juez, en caso de litigio, de comprobar concretamente la existencia de causas objetivas que definen el carácter, temporal por naturaleza, del empleo concernido (*Casación, social, 30/11/2010, n° 09-68609, Casación, social, 16/05/2012, n° 11-11851*).

El empleador cuestionó esa jurisprudencia, basándose en el derecho comunitario. Alegó que esa decisión del Tribunal de Apelación contradecía la directiva 99/70 del 29/06/1999, la cual estipula la intervención de los agentes sociales y que el acuerdo colectivo constituye una causa objetiva de utilización del contrato de duración determinada "de uso".

Pero el Tribunal de Casación ha desestimado ese alegato, en sentencia del 09/10/2013. En efecto, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (CJCE) que la justificación del uso de los contratos laborales de duración determinada debe apoyarse no en normas generales sino en circunstancias precisas y concretas dimanantes en particular de la índole específica de las tareas a realizar (*CJCE, 04/07/2006, expediente 212/04*).

Ahora bien, un convenio colectivo es ciertamente una norma de índole genérica y no puede justificar causas concretas que autoricen el empleo de contratos laborales de duración determinada "de uso". Además, la directiva de 1999 instituye solamente reglas mínimas y su art. 8.1 abre posibilidad a los Estados miembros de insertar normas más favorables para los trabajadores.

Por consiguiente, el Tribunal de Casación mantiene su jurisprudencia al respecto y ratifica la decisión de recalificación adoptada por el Tribunal de Apelación.

*Tribunal de Casación, Social, n° 12-17882, 09/10/2013*

**. El impago de la indemnización adeuda por el empleador por cláusula prohibiendo hacer competencia no exime al asalariado del cumplimiento de dicha cláusula**

Un asalariado contratado como ingeniero comercial y en cuyo contrato figuraba una cláusula prohibiéndole hacer competencia, en este caso no trabajar como ingeniero comercial para una empresa de la competencia durante 1 año, dimitió el 07/09/2009 y su empleador le recordó su obligación de no hacer competencia el 17/09. El 02/11/2009, fue contratado como director para Francia por una sociedad competidora directa de la que acaba de dejar.

Su anterior empleador suspendió entonces el pago de la indemnización pactada en razón al incumplimiento de sus obligaciones y emplazó al asalariado ante el Tribunal laboral en demanda de daños y perjuicios por vulneración de la cláusula prohibiendo hacer competencia.

El Tribunal de Apelación dio la razón al empleador, por lo que el asalariado interpuso recurso ante el Tribunal de Casación.

Este último ha confirmado, el 20/11/2013, la sentencia del Tribunal de Apelación, en base a los siguientes fundamentos:

- La cláusula objeto del litigio no impide al asalariado ejercer una actividad conforme a su formación y experiencia, apoyándose en las constataciones del Tribunal de Apelación "que ha examinado las nuevas funciones desempeñadas por el interesado, sin detenerse en su denominación ni ampliar el campo de aplicación de la cláusula más allá de sus previsiones, ha constatado que eran de la misma índole y correspondían a las desempeñadas por el asalariado en concepto de ingeniero comercial". Los jueces de fondo han observado asimismo que el asalariado "disponía de una experiencia profesional y de una formación que no le limitaban al sector informático de los laboratorios médicos".
- En segundo lugar, el Tribunal de Casación ha estimado que "el Tribunal de Apelación, que ha constatado que habían transcurrido solamente unos días entre la salida del asalariado de la empresa, tras la exención de cumplir con el preaviso, y la decisión del empleador de no abonar la contrapartida financiera, ha podido deducir de ello que ese plazo

no bastaba para liberar al asalariado de su obligación, de la que había hecho caso omiso inmediatamente al pasar al servicio de una empresa de la competencia.". Por lo tanto, no cabe deducir del hecho de abstenerse de pagar la contrapartida financiera de la cláusula prohibiendo hacer competencia desde el 31/10, cuando el asalariado había dejado la empresa el 23/10, la voluntad del empleador de eximir al asalariado de su obligación de no hacer competencia. Esa abstención de algunos días tampoco es constitutiva de un incumplimiento tan grave como para autorizar al asalariado a considerarse desligado o eximido de su obligación.

*Tribunal de Casación, Social, n° 12-20074, 20/11/2013*

**\*\*\***