

Your World First

C/M/S/

Law.Tax



Referencias Jurídicas

Mayo 2019

Referencias Jurídicas

Mayo 2019

Posts jurídicos

Corporate / M&A

Guía Técnica de la CNMV sobre las Comisiones de Nombramientos y Retribuciones del Consejo4
Ana Vázquez

El precio equitativo en una OPA de exclusión6
Celso Méndez

La adjudicación 'in natura' de la cuota resultante de la liquidación requiere de acuerdo unánime sobre una propuesta de reparto concreta8
Elena Alcázar

Mercados y Servicios Financieros

Impacto sobre la financiación empresarial del nuevo régimen de protección del deudor hipotecario10
Inés Caruana

Laboral

Nuevas obligaciones laborales para los empresarios12
Alejandro Gil y Olga Albalá

Derecho Público y Sectores Regulados

La transitoriedad de la Ley de Contratos del Sector Público15
Rocío Gros

Propiedad Industrial e Intelectual

Artiach pierde un contencioso en defensa de su marca "Dinosaurus"17
Claire Murphy y Blanca Cortés

Inmobiliario y Construcción

Las distintas figuras jurídicas en la explotación hotelera19
Jorge Peño

Guía Técnica de la CNMV sobre las Comisiones de Nombramientos y Retribuciones del Consejo

Ana Vázquez
Corporate / M&A

La CNMV publica, con fecha 20 de febrero de 2019, la versión definitiva de la Guía Técnica sobre Comisiones de Nombramientos y Retribuciones del Consejo de Administración, incluyendo algunos cambios y matices respecto a su propuesta inicial que se sometió a consulta el pasado noviembre. Con este texto definitivo quedan fijadas las recomendaciones del órgano regulador en esta materia, con las que se espera favorecer el funcionamiento de los procesos referidos a la selección, nombramiento y retribución de los consejeros de las sociedades anónimas cotizadas.

Entre las primeras modificaciones respecto a la propuesta inicial que ya se comentó en el número publicado el 19 de febrero de 2019 de Referencias Jurídicas, cabe señalar que la CNMV ha enfatizado el carácter orientativo de la Guía refiriéndose expresamente a esta característica en la introducción.

Antes del apartado referido a los principios básicos que según la CNMV deben regir la actuación de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones ("CNYR"), se incluye un primer apartado que se refiere a "aclaraciones previas", con las que se pretende facilitar la lectura de la Guía. En concreto, se explica que la referencia a la CNYR se realiza sin perjuicio de que se puedan establecer dos comisiones

distintas y que las funciones de dichas comisiones deben estar también orientadas a la selección de los miembros de la alta dirección. Sobre este último ámbito, dada la complejidad del término, la CNMV precisa quiénes deberían considerarse integrados en la alta dirección a efectos.

Las principales modificaciones respecto de la propuesta inicial de la guía afectan a los principios básicos que deben regir el funcionamiento de esta comisión. En lo que se refiere al principio de diálogo interno, se ha suprimido la recomendación de constituir un canal interno de comunicación que mantenga en contacto periódico a la CNYR con el presidente, el primer ejecutivo o el consejero coordinador, y con los directivos, limitándose la versión definitiva a recalcar la importancia de una comunicación regular o puntual con los mismos.

Se flexibiliza, además, la recomendación incluida en un principio sobre la dotación de un presupuesto a la CNYR, pues se permite que el Consejo pueda establecer otros mecanismos alternativos, que faciliten y mejoren el acceso de la CNYR a recursos adecuados para contratar a asesores externos cuando se precisen. En lo que se refiere a la selección de asesores externos que asistan a la CNYR en sus tareas de selección y de retribución, se aconseja que sean asesores distintos para cada función. No obstante, se abre la posibilidad de elegir un único asesor para desempeñar más de una de esas funciones en el supuesto, por ejemplo, de que la sociedad cuente ya con miembros expertos en dicho ámbito y que se minimicen los posibles conflictos de intereses.

Otro de los cambios más reseñables respecto a la Propuesta de Guía es que se elimina el término "microdominical" en referencia a los consejeros dominicales que, en su caso,



Cabe señalar respecto al apartado que recopila otras funciones de la CNYR, el matiz introducido a la recomendación sobre la labor de información por parte del presidente de la comisión en la Junta General.

formen parte de la CNYR, y se precisan los requisitos a cumplir por dichos consejeros. En concreto, se aconseja que formen parte de la comisión consejeros dominicales cuyo accionista representado no tenga control o influencia significativa sobre la gestión de la compañía ni sea titular de un porcentaje relevante, añadiendo en esta versión como ejemplo de porcentaje relevante el que sea superior al 5%.

La CNMV opta también en esta versión definitiva de la Guía por recalcar la figura del consejero coordinador, aconsejando que sea miembro de la CNYR o que, en otro caso, la comisión mantenga contacto habitual con él.

Se reorganiza el apartado relativo a la evaluación y selección de consejeros, incluyendo algunos cambios como, por ejemplo, en lo que se refiere a la valoración de los consejeros personas jurídicas. Se concreta qué tipo de circunstancias deben valorarse respecto a las personas jurídicas que vayan a ostentar dicho cargo: situaciones concursales, procedimientos penales, sanciones administrativas, conflictos de intereses, etc.

Además, se suprime, en el punto referido al examen y organización de la sucesión de altos directivos, la recomendación de crear un plan de carrera para los directivos que se identifiquen como candidatos para cubrir puestos de alta dirección, previéndose que la CNYR sea, al menos, informada antes de que se aprueben los planes de sucesión y de carrera o desarrollo profesional de los altos directivos.

Por último, cabe señalar respecto al apartado que recopila otras funciones de la CNYR, el matiz introducido a la recomendación sobre la labor de información por parte del presidente de la comisión en la Junta General. En concreto,

se ha acotado la labor de información respecto a la Propuesta de la Guía, pues en esta versión definitiva se ha optado por especificar que la información que comunique el presidente de la comisión, además de que sea sobre las actividades y asuntos acaecidos durante el ejercicio, se refieran a materias de su competencia en la medida en que sean especialmente relevantes.



El precio equitativo en una OPA de exclusión

Celso Méndez
Corporate / M&A

La Audiencia Nacional, ha anulado la resolución de la CNMV que autorizaba una OPA de exclusión, al considerar que el precio equitativo no había sido correctamente calculado y que existía un conflicto de interés respecto a la entidad bancaria que lo había fijado, incumpliendo el principio de protección al accionista.

El 5 de abril de 2019 la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª, estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por un accionista minoritario contra la resolución de la CNMV que autorizaba la OPA de exclusión de una sociedad mercantil española. El accionista minoritario había interpuesto la demanda alegando que el precio equitativo había sido incorrectamente calculado y que el banco emisor del informe de valoración estaba conflictuado, y solicitando la declaración de nulidad de la decisión de la CNMV. La Sentencia ello anuló el acuerdo de aprobación de la CNMV, por considerarlo no conforme a derecho respecto a la fijación del precio equitativo y ordenó a la CNMV a recalcular el precio equitativo siguiendo los métodos correctos.

La Audiencia Nacional expone en los fundamentos de derecho que la CNMV había autorizado una OPA de exclusión, mediante acuerdo de 22 de diciembre de 2016, al considerar que los términos de la oferta estaban ajustados a las normas vigentes y considerar suficiente el contenido del folleto explicativo, lo que incluía la calificación como

precio equitativo de la contraprestación de 6 euros por acción.

En su argumentación la Audiencia Nacional se limita a citar literalmente el artículo 5 de la Directiva CE 2004/25 y el artículo 10 del Real Decreto de OPAs, que versan tanto sobre las OPAs de exclusión, como sobre la información y métodos de cálculo que debe fijar el experto en el informe de valoración referido en el antiguo artículo 34.5 de la Ley 24/1988 del mercado de valores (actual artículo 82.6 del Real Decreto Legislativo 4/2015).

En especial, la Audiencia Nacional hace hincapié en los métodos de cálculo que dicho informe de valoración puede utilizar, enumerando en concreto los siguientes: (i) el valor teórico contable de la sociedad; (ii) el valor liquidativo de la sociedad; (iii) la cotización media ponderada de los valores durante el semestre anterior al anuncio de la propuesta de exclusión; (iv) el valor de la contraprestación ofrecido con anterioridad, si se formuló una OPA el año precedente; y (v) otros métodos de valoración aplicables y comúnmente aceptados tales como, descuento de flujos de caja, múltiplos de compañías, etc. En principio, dichos criterios de cálculo deben considerarse de forma conjunta, salvo que se justifique la exclusión de alguno de ellos, lo que deja cierto margen al realizar la valoración respecto de cómo modular su utilización.

Una vez enumerados, la Audiencia Nacional analiza, quizás de forma demasiado sucinta, el informe de valoración que la entidad bancaria mandatada emitió y en el que se justificaba la consideración de la contraprestación de 6 euros por acción como precio equitativo.



La Audiencia Nacional concluye que, pese a que la ley no prohíbe la prestación de servicios cuando confluyen conflictos de interés, la intervención podría ser invalidada con el fin de proteger los intereses de los accionistas minoritarios si resultare necesario.

En este momento la Audiencia Nacional deja entrever por primera vez la línea que seguirá en su fallo, al cuestionar, con extrañeza, que la entidad bancaria hubiese considerado como método más adecuado el referido al “descuento de flujo de caja”, que, según expone, es un método que el apartado 5 del artículo 10 del Real Decreto de OPAs incluye entre los métodos de carácter residual, y que no hubiese seguido ni se le hubiese exigido por la CNMV, cuestión a su parecer injustificada, la utilización del método de valoración consistente en el “valor teórico contable”, que había sido utilizado en otras ocasiones y que la CNMV siempre había considerado adecuado.

Asimismo, el accionista minoritario alega que el perjuicio no estriba en el simple hecho de que la entidad bancaria no tuviese en cuenta el “valor teórico contable”, a pesar de que éste había sido auditado en las cuentas anuales por auditores independientes, sino en que la utilización como criterio del “valor teórico contable” supondría que la contraprestación ascendiera a 10,29 euros por acción, cifra muy superior a los 6 euros por acción que, según se deduce de las alegaciones del accionista minoritario, la entidad bancaria no consideró.

El accionista minoritario insiste en desacreditar el informe de valoración emitido, así como el precio que calificó como equitativo, alegando también que la entidad bancaria debía haberse abstenido de realizar el informe de valoración, ya que existía un notorio conflicto de interés al confluir en ella la condición de agente global de la financiación, de avalista de la OPA y las funciones de intermediario y liquidador. A juicio del accionista minoritario todo ello le hacía tener un especial interés en que el precio de la OPA no fuese elevado.

La Audiencia Nacional concluye que, pese a que la ley no prohíbe la prestación de servicios cuando confluyen conflictos de interés, la intervención podría ser invalidada con el fin de proteger los intereses de los accionistas minoritarios si resultare necesario. A tal efecto no bastaría según la Audiencia con la creación de murallas chinas en la entidad que, por ejemplo, elabora el informe de valoración sobre el precio equitativo.

Será, por tanto, preciso esperar a confirmar si en el futuro se mantiene esta línea argumental, ya que podría suponer que los participantes de los mercados deban tener un especial cuidado cuando presenten distintos servicios en una misma operación.

La adjudicación 'in natura' de la cuota resultante de la liquidación requiere de acuerdo unánime sobre una propuesta de reparto concreta

Elena Alcázar
Corporate / M&A

La adjudicación de la cuota de liquidación a los socios *in natura*, en lugar de en dinero, requiere del acuerdo unánime de dichos socios, que debe adoptarse tras la determinación del haber líquido a repartir, incluyendo la forma de realizar la división del patrimonio social y la propuesta de liquidación concreta.

La DGRN confirmó en una resolución de 14 de febrero del presente año la decisión de un registrador mercantil de Barcelona que denegaba la inscripción de una escritura de liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada en la que se adjudicaba la cuota de liquidación mediante la atribución de los bienes resultantes de la liquidación, alegando que faltaba el acuerdo unánime de los socios conforme a lo exigido por el artículo 393.1 LSC.

En este supuesto el interés radica en que en una junta general celebrada en 2015 los socios habían aprobado de forma unánime que el haber social, consistente en plazas de aparcamiento, debía adjudicarse entre los socios, de forma proporcional a sus porcentajes de participación en la sociedad y en base a los valores establecidos por la Sociedad de Tasación.

En el acta de la referida junta se recoge además que, a la pregunta de uno de los socios relativa a la forma en la que se haría el reparto, el presidente contestó que ese extremo todavía no se había determinado; pero que en todo caso se haría con presencia de notario y repartiendo de la mejor forma posible.

Un año después se celebró una nueva junta general en la que se aprobó, con el voto favorable de los socios que representaban el 75,25% del capital social y votando en contra los socios que representaban el 24,75%, el acuerdo de efectuar la adjudicación ante notario de las plazas de aparcamiento utilizando el procedimiento de sorteo y asignación. El objeto era que quedasen asignadas las plazas a los socios para que, una vez aprobado el balance final de liquidación, pudieran otorgarse las escrituras de adjudicación.

Posteriormente, en 2018, se celebraron otras dos juntas en las que se aprobaron, con los mismos porcentajes a favor y en contra, los acuerdos de aprobación del balance final de liquidación y la propuesta de reparto del haber social, procediendo el liquidador de la sociedad a adjudicar a los socios las plazas de aparcamiento. Los socios que habían votado en contra de estos acuerdos exigieron que se subastaran o se vendieran los bienes inmuebles y que se repartiera el dinero resultante entre ellos en la proporción correspondiente a cada uno.

El registrador mercantil suspende la inscripción de la escritura de liquidación porque, a pesar de existir el consentimiento unánime de todos los socios a la adjudicación *in natura* prestado "ab initio" en la junta general de 2015, posteriormente parte de los socios expresaron su oposición al pago de la cuota de liquidación con adjudicación de las plazas de aparcamiento concretas, alguna de ellas en proindiviso, siendo por tanto la liquidación contraria al artículo 393.1 LSC.


Tal calificación fue recurrida por la sociedad alegando que el consentimiento unánime exigido por la LSC había sido debidamente prestado en la junta general de 2015 y que,



La DGRN concluye que no basta el acuerdo previo y genérico para aprobar el pago de la cuota de liquidación *in natura*, sino que es imprescindible que el acuerdo unánime de los socios sea adoptado una vez determinado el haber líquido repartible, la forma de realizar su división y adjudicación a los socios, y siempre que la junta haya aprobado el proyecto de división.

no al no haber sido impugnado dicho acuerdo por ninguno de los socios, debía ser vinculante para todos ellos, pues lo contrario supondría una vulneración de la doctrina de los actos propios.

No obstante, la DGRN, utilizando como referencia una resolución de 1986, concluye que no basta el acuerdo previo y genérico para aprobar el pago de la cuota de liquidación *in natura*, sino que es imprescindible que el acuerdo unánime de los socios sea adoptado una vez determinado el haber líquido repartible, la forma de realizar su división y adjudicación a los socios, y siempre que la junta haya aprobado el proyecto de división.



Impacto sobre la financiación empresarial del nuevo régimen de protección del deudor hipotecario

Inés Caruana
Mercados y Servicios Financieros

La nueva regulación relativa a los contratos de financiación inmobiliaria tiene por destinatario a las personas físicas. El régimen, sin embargo, puede afectar también a operaciones de financiación empresarial, entre otras razones porque el régimen se aplica a financiaciones garantizadas personalmente por personas físicas. El impacto supone que las fuertes restricciones para las cláusulas de vencimiento anticipado podrían afectar a contratos de financiación empresarial.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha sido desarrollada de manera parcial mediante el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, con el objeto de transponer la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 y asegurar los derechos de los prestatarios consumidores de créditos inmobiliarios. Este desarrollo parcial afecta a distintos extremos cuyo análisis exhaustivo no procede aquí (así, a los requisitos exigibles para la prestación de servicios de asesoramiento, el registro de los prestamistas inmobiliarios, las obligaciones de información de los prestamistas, la utilización de medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario y a las características exigibles al seguro de responsabilidad civil profesional o aval bancario de los intermediarios de crédito).

La nueva regulación entrará en vigor el próximo 16 de junio de 2019 y afecta a la concesión de préstamos (i) con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, o (ii) cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles contruidos o por construir.

El ámbito de aplicación tanto de la Ley 5/2019 como del Real Decreto 309/2019 es más amplio que el contemplado por la Directiva, ya que serán de aplicación a aquellos contratos de préstamo concedidos por profesionales, siempre que el prestatario sea una persona física, independientemente de su consideración como consumidor, y extendiendo su aplicación a los fiadores o garantes personas físicas. De ahí que la norma puede afectar a financiaciones empresariales en las que el deudor sea una persona jurídica, en tanto que sus previsiones serán aplicables, al margen de la naturaleza del prestatario, si el fiador o el garante interviniente sea persona física. Como es conocido, esta situación no es infrecuente.

La Ley no parece clara en cuanto a la extensión de la norma en aquellos contratos de financiación concedidos a un prestatario persona jurídica, cuando se otorga una garantía por parte de un garante o fiador persona física. Siguiendo con la finalidad de la Directiva—esto es, la protección de los consumidores de créditos inmobiliarios— cabría pensar que la Ley únicamente sería de aplicación al contrato de garantía otorgado por el garante persona física y no al propio contrato de financiación. La falta de una respuesta legal nítida obliga a esperar a la interpretación que, en su caso, harán nuestros tribunales.



Otro aspecto en el que esta regulación, dirigida exclusivamente a la financiación inmobiliaria a personas físicas, puede afectar a la financiación empresarial es la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado en caso de incumplimiento.

Otro aspecto en el que esta regulación, dirigida exclusivamente a la financiación inmobiliaria a personas físicas, puede afectar a la financiación empresarial es la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado en caso de incumplimiento.

En este sentido, se modifica la redacción del apartado segundo del artículo 693 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, vigente desde la reforma de 2013, de tal manera que siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se podrá producir el vencimiento anticipado del contrato si las cuantías vencidas no satisfechas equivalen, al menos (i) al tres por ciento de la cuantía del capital concedido o a doce plazos mensuales, si la mora se produjese en la primera mitad de duración del préstamo, o (ii) al siete por ciento de la cuantía del capital concedido o a quince plazos mensuales, si la mora se produjese en la segunda mitad de duración del préstamo.

La anterior regulación, que establecía un impago equivalente a tres cuotas mensuales, no diferenciaba entre contratos suscritos por deudores persona físicas o deudores personas jurídicas, por lo que se aplicaba a ambas categorías. En cambio, con esta nueva regulación, se deja claro que la posibilidad de vencer anticipadamente el contrato por impago de doce o, en su caso, quince cuotas mensuales es solamente aplicable a aquellos contratos de financiación inmobiliaria concluidos por una persona física. Por tanto, en cualquier otro tipo de financiación como, por ejemplo, la financiación empresarial, el prestamista ya no tendría que esperar al impago equivalente a determinadas cuotas mensuales por parte del prestatario para declarar el

vencimiento anticipado. Así, podría reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en caso de falta de pago de uno solo de los plazos.

Nuevas obligaciones laborales para los empresarios

Alejandro Gil y Olga Albalá
Laboral

El pasado mes de marzo el Gobierno aprobó los RDL 6/2019 y 8/2019, cuya entrada en vigor conlleva una serie de obligaciones para los empresarios, tales como la implantación de planes de igualdad o el registro de la jornada diaria de los trabajadores.

La reciente publicación y entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación ("RDL 6/2019"), y el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo ("RDL 8/2019"), ha introducido importantes novedades en dichas materias, con implicaciones relevantes para las empresas.

Ambos textos normativos, que ya han sido convalidados por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados en su sesión de fecha 3 de abril de 2019, introducen modificaciones tanto en el Estatuto de los Trabajadores, como como en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la Ley General de Seguridad Social y en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, con dos objetivos claros: (i) hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, y (ii) luchar contra la precariedad laboral.

Planes de igualdad e igualdad salarial

Entre las modificaciones más importantes se encuentran, por un lado, la obligación de las empresas de elaborar y aplicar planes de igualdad y, por otro, medidas tendentes a la reducción de la brecha salarial existente entre hombres y mujeres como, entre otras, la elaboración de un registro con los valores medios de los salarios.

En lo que respecta a los planes de igualdad, la obligación se fija para las empresas de 50 o más empleados, lo que supondrá una significativa ampliación (hasta ahora el límite estaba en más de 250 trabajadores). Para facilitar la adaptación, se ha fijado un periodo transitorio para aprobar estos planes, que varía en función del tamaño de las empresas: (i) tres años: para empresas de entre 50 y 100 trabajadores; (ii) dos años: para empresas de entre 101 y 150 trabajadores y (iii) un año: para empresas de entre 151 y 250 trabajadores.

Junto a la ampliación de las empresas afectadas, se ha modificado también el contenido de los referidos planes, con la finalidad de eliminar los obstáculos que puedan impedir o dificultar la igualdad efectiva entre ambos sexos. Además, los planes habrán de estar inscritos en el nuevo Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, dependiente de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas.

En lo relativo a la igualdad de remuneración por razón de sexo, la modificación del Estatuto de los Trabajadores supone la introducción de una definición de trabajo con igual valor, estableciendo que este lo será cuando las funciones



Las empresas, a partir del pasado 12 de mayo de 2019, deberán tener implementado un sistema efectivo de registro de la jornada de trabajo o, al menos, acreditar que se encuentran en fase de implementación del citado sistema.

encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación requeridas para desempeñar el trabajo, y las condiciones laborales en las que dichas actividades se lleven a cabo sean equivalentes.

Registro salarial

Otra de las novedades fundamentales es la nueva obligación para las empresas de tener un registro con los valores medios de los salarios, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, y que será accesible para todos los trabajadores a través de sus representantes legales.

Por último, para las empresas con 50 o más trabajadores, cuando el promedio de las retribuciones de los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en, como mínimo, un 25%, se deberá justificar en el registro salarial el motivo de dicha diferencia.

Registro horario

En lo que respecta al RDL 8/2019, entre las principales novedades se encuentra la obligación para las empresas de tener un registro diario de la jornada de trabajo. Esta obligación devendrá plenamente en vigor el próximo 12 de mayo de 2019, tras el periodo de dos meses de margen concedido por la propia norma.

Según se declara en la norma, su objetivo es garantizar el efectivo cumplimiento de la jornada de trabajo y crear un ambiente de seguridad jurídica corrigiendo, así, la situación de precariedad laboral, los bajos salarios y la pobreza

que afecta a un gran número de trabajadores. No obstante, la norma no especifica un sistema concreto para registrar la jornada de los trabajadores.

Ello es especialmente relevante, por cuanto se incluye la obligación de fijar en el registro, el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada trabajador, aunque respeta la posibilidad de mantener cierta flexibilidad horaria con el objetivo de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar. Se exige, además, la conservación de dicha información durante un periodo de cuatro años, entendiéndose la falta de registro como una infracción laboral grave, que puede ser sancionada con una multa que oscila entre 626 y 6.250 euros.

Una de las principales preguntas que se plantean sigue siendo el modo de llevar a cabo este registro. A pesar de que la norma no especifica este punto, y del esperado y necesario desarrollo, la Inspección de Trabajo ha venido entendiendo que, aunque el sistema o herramienta de registro de la jornada resulte de libre elección para la empresa, este deberá garantizar la fiabilidad e invariabilidad de los datos, debiendo reflejar cada día la efectiva prestación de servicios, y la hora de inicio y fin de la jornada laboral.

Las empresas, a partir del pasado 12 de mayo de 2019, deberán tener implementado un sistema efectivo de registro de la jornada de trabajo o, al menos, acreditar que se encuentran en fase de implementación del citado sistema.

Para más información sobre este punto, puede visitarse el [Q&A](#) preparado con preguntas y respuestas sobre los puntos clave de esta nueva obligación empresarial. >>



Finalmente, conviene señalar que el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social publicó, el pasado lunes 13 de mayo, una [Guía práctica sobre el registro de la jornada de trabajo](#). Como cuestiones esenciales que incluye dicha guía, se destacan las siguientes:

1. La propia Guía excluye de la obligación de registro, las relaciones laborales de carácter especial del personal de Alta Dirección. Respecto del resto de relaciones laborales especiales, la guía aduce que *"se habrá de estar a lo establecido en su normativa específica y atender tanto a la forma y extensión con que esté regulada la jornada de trabajo como a las reglas de suplenteridad establecidas en cada caso."*
2. Cuando el tiempo de trabajo se organice de forma flexible o irregular (haciéndose expresa referencia al teletrabajo), se permite que el tiempo de trabajo registrado se pondere y globalice, a efectos de su control y contabilización, en secuencias superiores a la diaria.
3. Cuando exista representación legal de los trabajadores, las empresas deberán implementar el sistema de registro garantizando su derecho a consulta, lo que incluye, en su caso, la emisión de informe previo ex artículo 65.5 del Estatuto de los Trabajadores.
4. Si no existe representación legal de los trabajadores, corresponderá al empresario la implementación el referido sistema de registro.
5. La información sobre el registro de la jornada deberá permanecer a disposición de los trabajadores, de sus legales representantes y de la propia Inspección. Ello no implica, sin embargo, que deba entregarse copia de tal información.

La transitoriedad de la Ley de Contratos del Sector Público

Rocío Gros
Derecho Público y Sectores Regulados

El 9 de marzo de 2018 entró en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpusieron al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 ("LCSP"), que derogó el antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ("TRLCSPP").

Sin perjuicio de lo anterior, el TRLCSPP sigue resultando de aplicación en la actualidad, un año después de la entrada en vigor de la nueva ley, en virtud del régimen transitorio establecido en la LCSP.

En este sentido, conviene analizar el alcance del régimen transitorio establecido en la LCSP en diferentes aspectos de carácter eminentemente práctico.

Régimen jurídico aplicable: inicio del expediente de contratación

La disposición transitoria primera de la LCSP, en su apartado primero, dispone que: *"Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido inicia-*

dos si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos".

A la vista de la disposición anterior, como regla general los procedimientos de contratación se regirán por la LCSP cuando el expediente de contratación se haya iniciado con posterioridad al 9 de marzo de 2018, entendiendo que se inician en el momento en el que se publica la convocatoria de la licitación, (i) sin que surta los efectos de convocatoria el anuncio de información previa, salvo en los contratos de concesiones de servicios sociales y otros específicos en los que la convocatoria de la licitación se realiza, en todo caso, mediante anuncio de información previa al establecerlo obligatoriamente la Directiva de Concesiones, y (ii) sin que quepa considerar que la remisión del anuncio surta los efectos de la publicación¹. No obstante, en los procedimientos negociados sin publicidad, el expediente de contratación se entenderá iniciado a la fecha de aprobación de los pliegos.

En particular, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ("TACRC") ha concluido, en la Resolución nº 468/2018 de 11 de mayo de 2018, que aquellas cláusulas del pliego que determinen como régimen jurídico el TRLCSPP cuando resulta de aplicación la LCSP devienen inaplicables por ser contrarias al régimen transitorio de la LCSP.

1. Véase Resolución nº 429/2018 del TACRC de 18 de mayo de 2018.



La LCSP se aplica a los acuerdos de rescate y a los encargos que se realizan con posterioridad a la entrada en vigor, entendiéndose por fecha del encargo la de su formalización documental.

Recurso especial en materia de contratación

La Disposición transitoria primera de la LCSP, en su apartado cuarto, establece que: *"En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor"*.

Los Tribunales competentes en materia de contratación pública interpretan que este precepto se refiere a las "actuaciones" recurribles establecidas en el artículo 44.2 de la LCSP, pero no a los "contratos" susceptibles de recurso que, en base a la citada disposición, serán los establecidos por el TRLCSP. Por tanto, cabe distinguir entre los contratos a los que se vincula el recurso, que es norma sustantiva, y los actos susceptibles de recurso, que es norma procedimental.

Así, frente a los actos dictados con posterioridad al 9 de marzo de 2018 en expedientes que se rigen por la normativa anterior, solo cabe el recurso respecto de contratos que se rigen por el artículo 40 del TRLCSP, aunque se puede interponer contra cualquiera de los actos dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley a que se refiere el artículo 44.2 de la LCSP (anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de la LCSP, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios

siempre que no cumplan las condiciones previstas en la LCSP y acuerdos de rescate de concesiones)².

Respecto del régimen de adjudicación

De conformidad con la disposición transitoria primera de la LCSP, en su apartado segundo, los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP se regulan por el TRLCSP en cuanto a sus efectos, cumplimiento, duración, extinción, modificación y régimen de prórrogas.

No obstante, en virtud del apartado tercero de la mencionada disposición, la LCSP se aplica a los acuerdos de rescate y a los encargos que se realizan con posterioridad a la entrada en vigor, entendiéndose por fecha del encargo la de su formalización documental.

Sobre este particular, concluye el TACRC en la Resolución nº 892/2018 de 5 de octubre de 2018 que *"de ese texto resulta que el régimen sustantivo de los encargos y los rescates si se realizan con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley, es el de la propia Ley, aunque se refieran a contratos anteriores (en el caso de rescates), pero no dice lo mismo respecto de los modificados, que se rigen por la norma que rija el contrato que se modifica"*.

2. Véase Resolución nº 650/2018 del TACRC de 6 de julio de 2018.



Artiach pierde un contencioso en defensa de su marca “Dinosaurus”

Claire Murphy y Blanca Cortés
Propiedad Industrial e Intelectual

El Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona ha desestimado la demanda interpuesta por Galletas Artiach, S.A.U. contra La Flor Burgalesa S.L. por infracción marcaria y actos de competencia desleal.

El pasado 3 de abril, el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona dictó sentencia desestimando las pretensiones de Galletas Artiach S.L.U, quien solicitaba se condenase a la Flor Burgalesa S.L. por infracción de marca, y subsidiariamente, por la comisión de actos de competencia desleal, por inducir a confusión al consumidor y aprovecharse de su reputación, al incorporar signos distintivos similares a los suyos, tanto a las galletas como a los embalajes. La demandante basaba su pretensión en sus marcas denominativas y mixtas “Dinosaurus”. Por el contrario, la demandada invocaba su titularidad sobre la marca mixta de la Unión Europea “Gallesaurus”.

Ante tales alegaciones, el Juzgado realizó en primer lugar el juicio de confusión, a partir del cual se determina si, de la semejanza de los signos en conflicto, se puede desprender un riesgo de confusión del público al que se dirigen los productos. Para realizar este juicio, la sentencia utiliza los parámetros establecidos en la STS 95/2014 Sala 1ª, de 11 de marzo, a saber, *“que el riesgo de confusión consiste en (...) que el público pueda creer que los productos o servicios identificados con los signos que se confrontan proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas y que la determinación concreta del riesgo de confusión debe efectuarse en consideración a la impresión de conjunto de los signos en liza producida en el consumi-*

dor medio de la categoría de productos, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual, en particular, los de elementos dominantes”.

En el juicio de confusión el Juzgado procedió a un contraste global, denominativo y gráfico, de la totalidad de los elementos de que se nutrían las marcas, así como de los envoltorios de los productos para finalmente analizar la semejanza fonética, gráfica y conceptual entre los signos.

Respecto de la semejanza fonética, el Juzgado determinó que no hay coincidencia en ninguna de las dos mitades de cada denominación (“Dino-saurus” y “Galle-sauros”), lo que asimismo podía desprenderse de la comparación gráfica en tanto ni los colores, ni la fuente, ni la colocación de las palabras tenía un parecido suficiente.

Finalmente, el Juzgado tampoco aprecia semejanza conceptual, pues ambas marcas evocan la extinta especie de los dinosaurios, que no es, por si misma y en principio, apropiable y registrable, a menos que junto con su denominación o representación se introduzca algún elemento que, singularizándola, la transforme cualitativamente y permita así su registro.

Por todo lo anterior, el Juzgado concluye que no concurre el pretendido riesgo de confusión, añadiendo que en la comparación entre marcas mixtas y denominativas habrá semejanza cuando la marca denominativa constituya la denominación evidente, espontánea y completa del concepto evocado por la marca mixta, cuestión que no se produce en el presente caso.



El Juzgado concluye que no concurre el pretendido riesgo de confusión, añadiendo que en la comparación entre marcas mixtas y denominativas habrá semejanza cuando la marca denominativa constituya la denominación evidente, espontánea y completa del concepto evocado por la marca mixta, cuestión que no se produce en el presente caso.

Por lo demás, el Juzgado consideró relevante el hecho de que la demandante no invocara la tutela de ninguna marca figurativa tridimensional, pues, al no hacerlo, no es posible extender la protección jurídica que le proporciona el registro marcario a otras galletas con forma de dinosaurio, es decir, detentar la exclusividad sobre la forma de la galleta en si misma considerada. En cualquier caso, se añade que, aun cuando dicha forma de la galleta hubiese estado registrada como marca figurativa tridimensional, ésta tendría escaso valor distintivo.

Por último, establece el Juzgado que el embalaje de la demandada no guarda ninguna relación con el de la actora, motivo adicional por el que se desestiman sus pretensiones.

Finalmente, respecto del ilícito concurrencial, en aplicación del principio de complementariedad relativa, el Juzgado establece que no resulta procedente aplicar la ley de competencia desleal para enjuiciar hechos que se hallan plenamente comprendidos en la esfera de la Ley de Marcas.



Las distintas figuras jurídicas en la explotación hotelera

Jorge Peño
Inmobiliario y Construcción

Tres son los mecanismos jurídicos a la hora de llevar a cabo la explotación hotelera: arrendamiento de negocio, de inmueble y contrato de gestión (añadimos una modalidad mixta: la franquicia). Del conocimiento de sus diferencias jurídicas depende una correcta asunción o limitación de los riesgos.

El sector turístico es uno de los principales motores de la economía española y, dentro de él, el hotelero es un segmento tradicionalmente esencial en su rendimiento. Tras unos años de aumento de la inversión inmobiliaria en este mercado, los indicadores apuntan a una cierta estabilización, por lo que la atención a los riesgos y el análisis de las distintas alternativas jurídicas para la inversión, siempre imprescindibles, cobran ahora especial relevancia.

Conviene esbozar, por ello, cuáles son y en qué se diferencian los distintos mecanismos jurídicos en la explotación de un establecimiento hotelero. Dejando a un lado el supuesto de explotación directa por el propietario del inmueble, estos mecanismos son, fundamentalmente, tres: (i) contrato de arrendamiento de industria; (ii) contrato de arrendamiento sometido a Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU); y (iii) contrato de gestión hotelera.

Finalmente, haremos mención a un sistema mixto que combina los anteriores: el contrato de franquicia.

1. Contrato de arrendamiento de industria

Consiste en el arrendamiento, no sólo del inmueble sino del negocio hotelero con sus enseres, licencias, empleados, mobiliario y demás activos afectos. Se trata por tanto de un contrato atípico sometido al Código Civil (CC).

El propietario del inmueble lo es también del negocio, si bien no interviene en el control de la explotación, por lo que será el arrendatario (la cadena hotelera) quien asuma los riesgos de su marcha.

La renta suele combinar retribución fija (usualmente con referencia a un importe por habitación) y variable (en función de la facturación neta de la explotación), y con una periodicidad no necesariamente mensual sino semestral o anual.

2. Contrato de arrendamiento de uso distinto del de vivienda

En los arrendamientos sometidos a la LAU (Título I, III y IV), la separación entre la explotación del negocio y la propiedad del inmueble es, en principio, más radical. Es el arrendatario, como operador, quien aportará sus propios medios, empleados, licencias y, en definitiva, su propio negocio hotelero, que gestionará y desarrollará bajo su responsabilidad.

No obstante, la distinción nítida entre explotación e inmueble y, por tanto, de los riesgos asumidos, se diluye a menudo cuando se introducen determinadas cláusulas de control, supervisión o de buen rendimiento del negocio, u otras que indican una participación en el negocio, siendo la más habitual incluir una renta variable sobre los resultados de la explotación.



Conviene, en definitiva, conocer la naturaleza y el perfil de la inversión a realizar, así como el mayor o menor conocimiento previo del mercado por parte del inversor.

Estas cláusulas no únicamente contribuyen a desdibujar la tipicidad de esta figura o a su posible recalificación en otras figuras, sino que –y esto es lo más importante– conllevan determinados riesgos que un juez, en última instancia, podría apreciar como asumidos por el arrendador. En especial, el de que éste haya de asumir el pasivo laboral de los empleados del hotel al finalizar el arriendo.

3. Contrato de gestión

Quien opera el negocio lo gestiona en nombre y por cuenta de su titular que, por un lado, asume los riesgos de su buena (o mala) marcha y, por otro, encomienda la gestión a la cadena hotelera-operador.

La cadena hotelera puede explotar el negocio utilizando sus propios medios y marca, así como el mobiliario, equipos y accesorios (el denominado FF&E, siglas en inglés de “Furniture, Fixture and Equipment”).

Desde el punto de vista jurídico, se trata de un contrato atípico y complejo que, si bien se diferencia de otras figuras similares (como el mandato), le son de aplicación analógica determinados aspectos de las mismas (por ejemplo, del contrato de agencia), con un amplio margen de libertad de pacto. Es frecuente que la remuneración se acuerde por referencia a los resultados de la explotación, bien a los ingresos brutos totales (con liquidaciones mensuales), bien a los beneficios obtenidos (que se liquidan con carácter anual), o como combinación de ambas fórmulas.

4. Contrato de franquicia

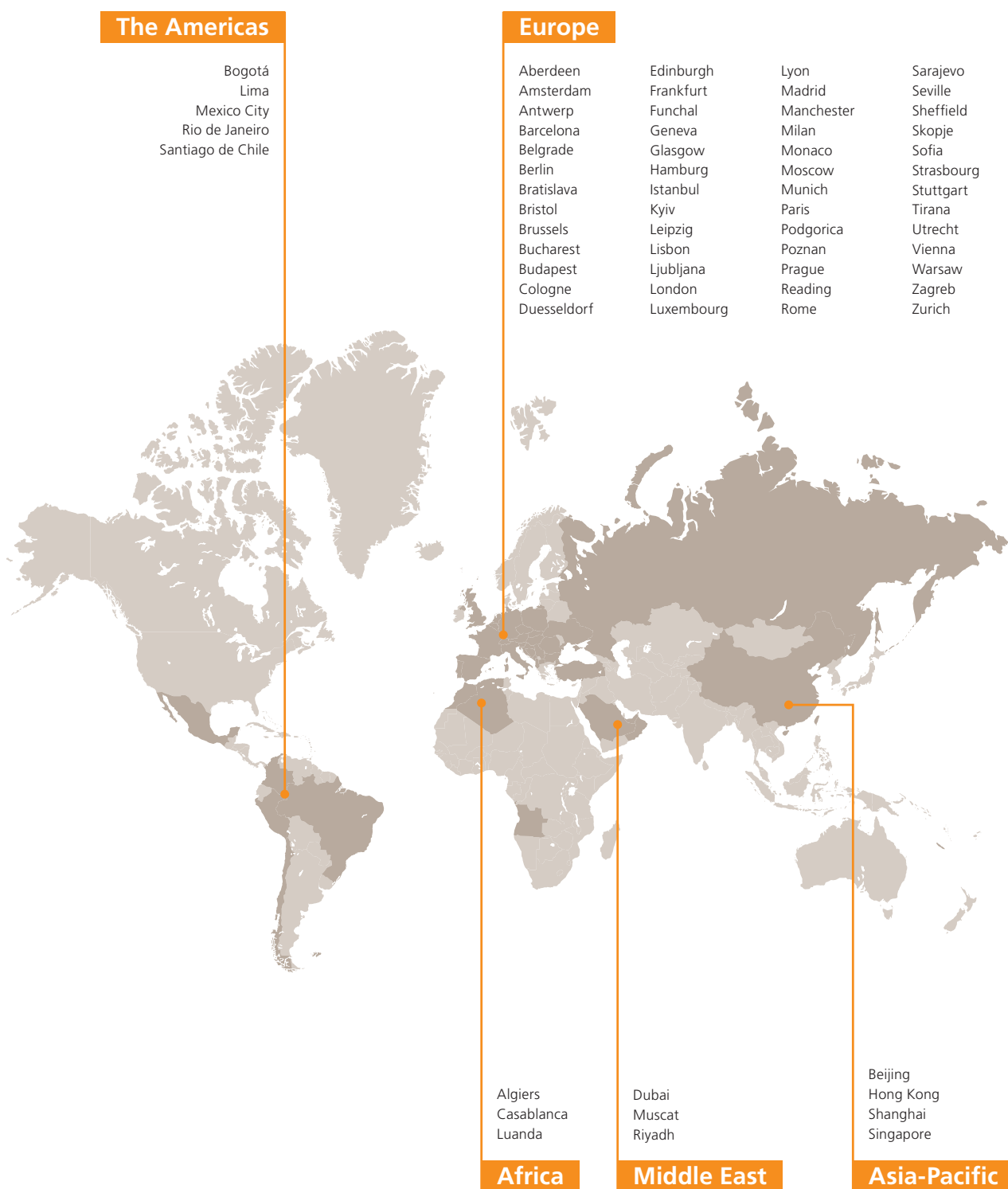
Si bien no es el sistema más habitual en España, señalamos finalmente el contrato de franquicia, donde el operador-

franquiciado (propietario o arrendatario del inmueble) explota el establecimiento de conformidad con un determinado modelo de negocio del franquiciador. El operador adapta su negocio a los términos de la licencia de franquicia y los manuales operativos del franquiciador, que es quien determina la apariencia, fisonomía externa e interna, servicios, elementos y estándares de calidad que identifican a la cadena hotelera del franquiciador.

Se caracteriza por la asunción de los riesgos inherentes a la explotación y a la gestión por parte del propietario.

Conviene, en definitiva, conocer la naturaleza y el perfil de la inversión a realizar, así como el mayor o menor conocimiento previo del mercado por parte del inversor. Para ello, es necesario entender las distintas alternativas existentes a la hora de optar por una u otra figura contractual, de manera que los riesgos asociados queden debidamente cubiertos y estén en consonancia con el perfil del inversor. Del conocimiento de sus diferencias jurídicas mediante un adecuado asesoramiento jurídico depende una correcta asunción o limitación de los posibles riesgos.

CMS en el mundo



La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (cms-asl@cms-asl.com)



Twitter



LinkedIn



www.cms.law



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.

www.cms-lawnow.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law