

Referencias Jurídicas CMS

Febrero 2023

Referencias Jurídicas CMS

Febrero 2023

Post jurídicos

Corporate / M&A

Victoria Vilar

No hay obligación de publicar ni derecho de oposición en una operación acordeón si el capital resultante es igual o superior al preexistente 4

Aleksandra Czajka

Nulidad de un aumento de capital sin prima por abuso de mayoría 6

Procesal y Arbitraje

Elisa Martín y Estefanía Mariño

Las limitaciones a la revisión de la valoración de la prueba 8

Tributario

Diego de Miguel y Marta Burgos

Fin de la incertidumbre sobre la fiscalidad del *carried interest*. ¿Horizonte favorable para la inversión en fondos de capital riesgo y *venture capital*? 10

Marta Burgos

¿Fin de la “doctrina del milímetro”? A vueltas con la deducibilidad del gasto por la retribución de administradores en el Impuesto sobre Sociedades..... 12

Post jurídicos

TMC

Miguel Recio

Cuestiones prácticas derivadas del informe del Grupo de Trabajo sobre el banner de cookies 14

Propiedad Industrial, Intelectual y Negocio Digital

Beatriz Alegre

La EUIPO deniega la solicitud de Burberry para identificar artículos como NFT 16



No hay obligación de publicar ni derecho de oposición en una operación acordeón si el capital resultante es igual o superior al preexistente

Victoria Vilar
Corporate / M&A | Post jurídico

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJyFP) confirma que, cuando una sociedad anónima acuerda reducir su capital y, con carácter simultáneo, ampliarlo, resultando una cifra de capital social igual o superior al existente antes de la operación, decae el requisito de la publicación de la reducción de capital y no da lugar al derecho de oposición de los acreedores.

La Resolución de la DGSJyFP de 15 de noviembre de 2022 estima el recurso interpuesto por la representación de una sociedad anónima que acordó una reducción de capital por condonación de dividendos pasivos y, con carácter simultáneo, una ampliación de capital con cargo a reservas, ambos por el mismo importe, de manera que la cifra de capital social antes y después de la ejecución de la operación permanecía inalterada.

Presentado a inscripción el acuerdo, el registrador resolvió no practicarla aduciendo la falta de publicación de la reducción de capital en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, de no existir esta, en un periódico de gran circulación en la provincia del domicilio social de la sociedad conforme a los artículos 319 y 324 de la LSC, tras la que, según entendía, debía haberse además concedido a los acreedores un plazo de un mes para el ejercicio de su derecho de oposición previsto en los artículos 334 y 336 de la LSC.

Por su parte, la recurrente argumenta que, si bien la norma general es la obligatoriedad de la publicación de los acuerdos de reducción de capital de las sociedades anónimas, no es precisa esa publicación cuando el capital social se amplía simultáneamente, de tal manera que la cifra de capital social permanece inalterada o se ve incrementada como consecuencia de la ejecución de la operación.

La recurrente apoya su argumentación en diversos pronunciamientos de la doctrina administrativa y jurisprudencial. En concreto, menciona las resoluciones de la DGRN de 28 de abril de 1994 y de 6 de enero de 1995 y la STS de 12 de noviembre de 2003. La primera de ellas versa sobre una reducción de capital por pérdidas acompañada de una simultánea ampliación de capital íntegramente desembolsada que resulta en una cifra de capital social superior al inicial. La segunda se pronuncia sobre una reducción de capital social por amortización de acciones con restitución de aportaciones y una ampliación de capital simultánea e íntegramente desembolsada que resulta en una cifra de capital social igual al importe inicial. En ambas resoluciones, la DGRN concluyó que no resultaba necesaria la publicación de la reducción de capital por quedar la cifra de capital social por encima o igual que la preexistente.

En esta misma línea, puntualiza la STS mencionada que, efectivamente, el acuerdo de reducción resulta neutro e irrelevante para los acreedores cuya tutela se pretende con la publicación de la reducción de capital y con el derecho de oposición, precisamente porque la cifra de capital social, que sirve de garantía a los acreedores, no se ve reducida.



En la medida en que la cifra de capital social permanece inalterada tras la operación y que el desembolso de la ampliación se produce íntegramente, la tutela que pretenden tanto la publicación del acuerdo de reducción de capital como el derecho de oposición de los acreedores carece de sentido

La cuestión de fondo es, por tanto, determinar el efecto que la concatenación en las operaciones de reducción y ampliación de capital tiene sobre el requisito de publicación del acuerdo de reducción de capital y sobre el derecho de oposición de los acreedores.

Apoyándose en la mismas resoluciones aducidas por la parte recurrente, la DGSJyFP confirma que no puede exigirse la publicación de la reducción de capital social ni en los supuestos en los que no existe restitución de aportaciones, ni por tanto, derecho de oposición de los acreedores, ni en aquellos casos en los que, produciéndose una restitución de aportaciones a los socios, la ampliación de capital es íntegramente desembolsada; en ambos supuestos, siempre que la cifra de capital social resultante sea igual o superior a la preexistente.

Así, la DGSJyFP estima el recurso, reiterando su criterio de que, en aumentos y reducciones de capital simultáneos, las medidas que se destinan a proteger los intereses de socios y acreedores -esto es, la publicación del acuerdo de reducción y el derecho de oposición de los acreedores- únicamente proceden cuando estos pueden sufrir un perjuicio. De esta manera, si no existe riesgo de perjuicio, carecen de sentido y debe decaer la exigencia de aquellos requisitos que pretenden protegerlos.

Por ello, en el supuesto de hecho, en la medida en que la cifra de capital social permanece inalterada tras la operación y que el desembolso de la ampliación se produce íntegramente, la tutela que pretenden tanto la publicación del acuerdo de reducción de capital como el derecho de oposición de los acreedores carece de sentido y, por tanto, no puede exigirse la aplicación de estos requisitos.



Nulidad de un aumento de capital sin prima por abuso de mayoría

Aleksandra Czajka
Corporate / M&A | Post jurídico

La Audiencia Provincial de Barcelona ha dictado la sentencia 1655/2022 de 17 de noviembre, en la que se establece que un acuerdo de aumento de capital sin prima adoptado en una junta con carácter previo a otros acuerdos de aumento de capital con prima, se ha impuesto de manera abusiva por la mayoría y lo declara nulo. La Audiencia Provincial reconoce el derecho a invocar la causa de impugnación de acuerdos por abuso de mayoría (art. 204,1, 2º párrafo de la Ley de Sociedades de Capital, LSC) a terceros con interés legítimo. El abuso de mayoría no lo alegan los socios minoritarios sino los acreedores de la sociedad que no tenían la condición de socios cuando se adoptó el acuerdo impugnado, sobre la base de un derecho expectante de adquirir la condición de socios mediante la capitalización de préstamos convertibles.

En la junta general de referencia los socios acuerdan varios aumentos de capital sucesivos. En primer lugar, deciden compensar un crédito del socio mayoritario y otro crédito de una sociedad vinculada al socio mayoritario, mediante aumento de capital sin prima. Acto seguido, acuerdan capitalizar los préstamos convertibles de va-

rios acreedores – no socios - de la compañía, aplicando una prima de asunción según los términos previstos en los contratos de préstamo. El administrador único de la sociedad ostentaba el control sobre los suscriptores del primer aumento. El acuerdo de aumento de capital sin prima lo impugnan los suscriptores de los aumentos sucesivos.

El Juzgado de Primera Instancia reconoce y la Audiencia Provincial confirma la legitimación activa de los actores en tanto terceros con “indudable” interés legítimo, acreditado por los contratos de préstamo convertible. El Tribunal Supremo en la sentencia del 14 de febrero de 2018 también reconoció legitimación para impugnar un acuerdo de aumento de capital al tercero con interés legítimo: el titular de una opción de compra sobre un porcentaje mayoritario de capital de la sociedad. En aquel caso el aumento diluía las participaciones sobre las que el actor tenía la opción.

La impugnación de acuerdo social por abuso de mayoría requiere la concurrencia simultánea de tres requisitos: (1) Que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad; (2) Que se haya acordado por la mayoría en interés propio; y (3) Que ocasione un perjuicio injustificado a los demás socios.

En la sentencia de la primera instancia, el juez hace referencia a un informe económico emitido por el administrador único de la compañía en virtud del cual se aconseja, por razones operativas, adoptar el aumento de capital dado el escaso capital inicial de la compañía. En una sentencia reciente de 10 de enero de 2023 (caso Pescanova), el Tribunal Supremo entiende que existe necesidad razonable de la sociedad para adoptar el acuer-



Establece la Audiencia Provincial que la falta de la necesidad razonable de la diferenciación en el trato de los que acuden a los aumentos de capital es resultado de arbitrariedad de la mayoría

do de aumento de capital por compensación de créditos, y a pesar de que se diluya al socio minoritario, porque constituye una ejecución del acuerdo de refinanciación homologado y porque responde a una situación de crisis económica de la compañía, estando negativos sus fondos propios.

En nuestro caso, la Audiencia Provincial no niega que el acuerdo de aumento de capital responda a una necesidad razonable. Por regla general, los aumentos de capital, además, suelen ser beneficiosos para la compañía ya que refuerzan su nivel de capitalización. Sin embargo, no se dio explicación suficiente a la diferenciación de trato entre los suscriptores del primer aumento y los actores, que suscribieron el segundo aumento. Podría aceptarse esa discriminación, siempre que obedeciera a una causa razonable. En el caso que nos ocupa, falta o al menos no consta justificada la necesidad razonable de no aplicar prima en el primer aumento y sí aplicarla en los aumentos sucesivos.

En cuanto al segundo y tercer requisito, la Audiencia Provincial considera que la mayoría ha actuado en interés propio para conservar, con menos inversión, una mayor participación en el capital. Los suscriptores del primer aumento de capital se han asegurado una mayoría reforzada establecida en el pacto de socios para poder seguir ostentando control sobre las decisiones sociales de mayor relevancia. Como consecuencia, los derechos políticos y económicos de los actores han quedado afectados negativamente, ya que su participación en el capital social ha resultado ser menor de lo proyectado. La Audiencia Provincial reconoce expresamente

que el perjuicio se causa a los terceros, pero en tanto son titulares de un interés legítimo que se vería afectado, determina que el acuerdo de aumento es abusivo.

Establece la Audiencia Provincial que la falta de la necesidad razonable de la diferenciación en el trato de los que acuden a los aumentos de capital es resultado de arbitrariedad de la mayoría. Queda patente que el socio mayoritario, actuado en su propio beneficio, ha perjudicado a los actores. Con la aplicación del art. 204.1, 2º párrafo LSC la Audiencia Provincial protege a los futuros socios de un resultado materialmente adverso.

Las limitaciones a la revisión de la valoración de la prueba

Elisa Martín y Estefanía Mariño
Procesal y Arbitraje | Post jurídico

El Tribunal Supremo aclara que no debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que excepcionalmente pueda llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida, con la revisión de la valoración jurídica de los hechos.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia número 10/2023, de 13 enero (Ponente: Excmo. Sr. Díaz Fraile), ha incidido en la importancia de no confundir la revisión de la valoración de la prueba que excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, con la revisión de la valoración jurídica de los hechos.

Esta resolución trae causa de un procedimiento sobre condiciones generales de la contratación en el que dos consumidores demandaron a una entidad bancaria, solicitando que se declarase la nulidad, por abusiva, de una cláusula suelo contenida en un préstamo hipotecario. El Juzgado de primera instancia dictó sentencia estimatoria de dicha pretensión, pero posteriormente la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria, al considerar que había existido información precontractual suficiente, cuya redacción y extensión permitía a un consumidor medio conocer tanto su contenido como entender su significado.

Frente a esta sentencia, los consumidores interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Los tres motivos en los que se basaba el recurso extraordinario por infracción procesal se formularon al amparo del apartado 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando error patente en la valoración de la prueba, por reputarse ilógica, arbitraria y contraria a la racionalidad la interpretación que la Audiencia hizo de la cláusula litigiosa.

El Alto Tribunal rechazó estos argumentos al no apreciar la existencia de un error en la valoración de la prueba de tal magnitud que supusiese una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recordando que, tal y como ha venido reiterando, el recurso por infracción procesal no puede convertirse sin más en una tercera instancia. Esto es, para que un error en la valoración de la prueba pueda tener relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, debe ser constitutivo de una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución española.

El Tribunal Supremo, además de haber reiterado en numerosas ocasiones la excepcionalidad de utilizar el recurso extraordinario de infracción procesal para controlar la valoración jurídica de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recuerda que no todos los errores en la valoración probatoria resultan relevantes a estos efectos. Así, entre otros requisitos, es necesario: 1º) que se trate de un error sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.




A la vista de este pronunciamiento, el Tribunal Supremo se ratifica en que la revisión de la valoración de la prueba, formulada a través del recurso por infracción procesal, únicamente puede llegar a realizarse de forma excepcional en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

En el presente caso, el Alto Tribunal determinó que, incluso aunque la valoración probatoria de la Audiencia no fuere la única posible, no cabía tacharla de patentemente errónea, arbitraria o ilógica a efectos de fijar los hechos relevantes, máxime cuando estos no fueron cuestionados por las partes. De este modo, el Tribunal Supremo aclaró que el recurso extraordinario de infracción procesal no es el cauce oportuno para discutir la valoración jurídica de la prueba, la cual, en caso de que infrinja la norma sustantiva reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial, debería ser impugnada en el recurso de casación.

Por su parte, el recurso de casación se formuló alegando interés casacional. En su desarrollo, se argumentó que la sentencia recurrida no había realizado adecuadamente el control de transparencia de la cláusula controvertida, puesto que la información precontractual ofrecida a los prestatarios fue insuficiente, por lo que no pudieron tomar conciencia de la carga jurídica y económica del contrato. El recurso de casación fue también rechazado porque su estimación dependía de que previamente se modificasen los hechos probados contenidos en la sentencia impugnada, en relación con la transparencia de la cláusula litigiosa, lo cual, como se ha desarrollado, fue rechazado al resolverse el recurso extraordinario por infracción procesal.

A la vista de este pronunciamiento, el Tribunal Supremo se ratifica en que la revisión de la valoración de la prueba, formulada a través del recurso por infracción procesal, únicamente puede llegar a realizarse de forma excepcional en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una vulneración del derecho fundamental a la tu-

tela judicial efectiva. Si, por el contrario, lo que se pretende es obtener una revisión de la valoración jurídica de los hechos el cauce procesal oportuno sería el recurso de casación.



Fin de la incertidumbre sobre la fiscalidad del *carried interest*. ¿Horizonte favorable para la inversión en fondos de capital riesgo y *venture capital*?

Diego de Miguel Marta Burgos
Tributario / M&A | Post jurídico

Con base en la Ley 28/2002, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (“**Ley de Empresas Emergentes**”), con efectos 1 de enero de 2023, se ha regulado, de manera específica, el tratamiento fiscal, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“**IRPF**”), del llamado *carried interest*. Dicha esperada modificación permite alinear el impacto fiscal por la percepción de esta retribución en sede de sus perceptores, al de la mayoría de los países de nuestro entorno económico de la Unión Europea y territorios forales.

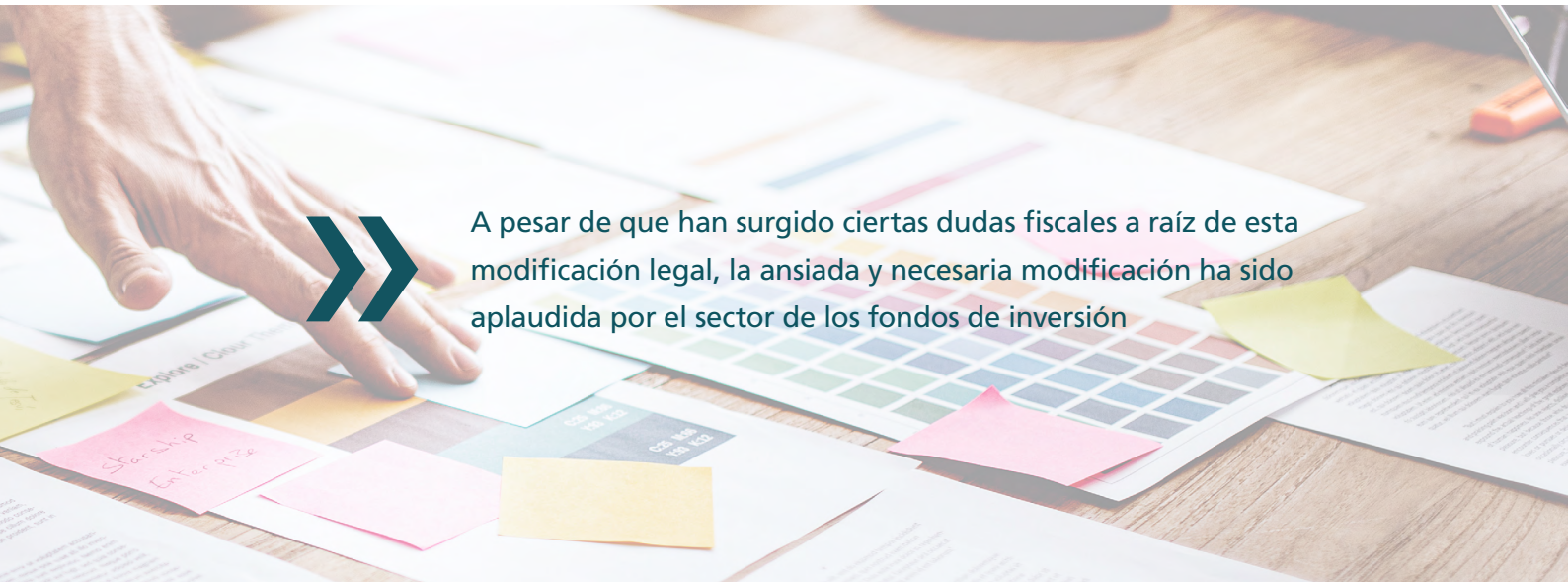
Preliminarmente, debemos recordar que el *carried interest* se corresponde con el modelo de retribución plurianual típico ofrecido a gestores, administradores y empleados de fondos de capital riesgo y *venture capital* (y análogos) por el buen desempeño de sus funciones. En otras palabras, se trata de una suerte de comisión de participación en beneficios o retribución adicional que se otorga a estos profesionales, directamente ligada al éxito de su gestión, y que se calcula sobre la rentabilidad generada (plusvalías) por dichas estructuras.

La finalidad de su concesión no es otra que, en cierto modo, equiparar la remuneración de estos gestores a la de los socios de los fondos, ofreciéndoles unos dere-

chos especiales ligados a los beneficios que se materialicen en dichos vehículos.

Con carácter general, el tratamiento fiscal del conocido *carried interest* ha sido una cuestión muy polémica en tanto la ausencia de regulación específica a efectos IRPF, junto a la limitada interpretación por la Dirección General de Tributos, suponían un freno directo a la expansión y el crecimiento del sector de los fondos de inversión (y estructuras análogas) establecidos en territorio nacional (a excepción de los territorios forales del País Vasco y Navarra).

La mayoría de los países de nuestro entorno económico de la Unión Europea, e incluso los territorios forales (Navarra y País Vasco) ofrecen un tratamiento fiscal que caracterizan este tipo de retribución, como una participación en beneficios. En consecuencia la tributación del *carried interest* se alinea y equipara a los “rendimientos del ahorro”. Sin embargo, hasta ahora, en territorio común, dichos rendimientos no gozaban de ningún tipo de beneficio fiscal. En particular, a juicio de la Dirección General de Tributos, dichos rendimientos se calificaban como rendimientos del trabajo por ser una “contraprestación obtenida por la entidad gestora como consecuencia de la actividad desarrollada por esta y sin que parezca estar vinculada a los socios de la misma”, debiendo integrarse por su totalidad en la base imponible general del contribuyente. Por ello, su tributación final podía alcanzar hasta un 50% de su importe, en función del tipo marginal del IRPF aplicable en la comunidad autónoma en donde residiera su perceptor. No obstante, con efectos 1 de enero de 2023, con base en la Ley 28/2002 Ley de Empresas Emergentes, se ha puesto fin a esta etapa de inseguridad a la que se venía enfrentan-



A pesar de que han surgido ciertas dudas fiscales a raíz de esta modificación legal, la ansiada y necesaria modificación ha sido aplaudida por el sector de los fondos de inversión

do este colectivo en el territorio común. En particular, mediante la nueva regulación, se mantiene la calificación del *carried interest* como rendimiento del trabajo, pero se reduce su tributación al 50% de la cuantía de los rendimientos obtenidos. Es decir, cuando un contribuyente obtenga este tipo de comisión de éxito, únicamente deberá integrar la mitad del importe total de esta retribución en la base imponible general de su IRPF. Esta redacción parece que permite que el impacto fiscal del gestor que participe de forma directa o indirecta en el fondo se equipare al del resto de jurisdicciones de la Unión Europea y territorios forales.

Dicho tratamiento fiscal queda limitado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La entidad de la que derivan dichos derechos económicos especiales adopte una determinada forma jurídica (Fondos de inversión alternativa cerrados definidos, en la Directiva 2011/61/UE, u otros organismos de inversión colectiva análogos).
- El receptor de la renta sea administrador, gestor o empleado de la entidad, de su entidad gestora o entidades de su grupo.
- Los derechos económicos deben reunir ciertas características de rentabilidad mínima garantizada definida en el reglamento o estatuto de la entidad y la participación se haya mantenido durante un plazo mínimo de cinco años en el patrimonio del contribuyente.

A pesar de que han surgido ciertas dudas fiscales a raíz de esta modificación legal cuya respuesta se espera en su desarrollo reglamentario y a través de pronuncia-

mientos de la Dirección General de Tributos, la ansiada y necesaria modificación ha sido aplaudida por el sector de los fondos de inversión (y estructuras análogas), ya que por fin tendrán acceso a un tratamiento fiscal análogo por sus retribuciones a la mayoría de nuestros vecinos de la Unión Europea.

¿Fin de la “doctrina del milímetro”? A vueltas con la deducibilidad del gasto por la retribución de administradores en el Impuesto sobre Sociedades

Marta Burgos
Tributario / M&A | Post jurídico

La Audiencia Nacional se opone a la denominada “doctrina del milímetro”, aplicada por la Administración en la mayoría de las inspecciones fiscales, que exige unos requisitos muy estrictos para considerar como deducible el gasto por la retribución de los Administradores en el Impuesto sobre Sociedades (“IS”).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su Sentencia 368/2023, de 11 de enero, (rec. 548/2019), se ha vuelto a pronunciar sobre la deducibilidad del gasto de la retribución de administradores en el IS.

La deducibilidad del gasto derivado de las remuneraciones abonadas a administradores en el IS ha sido, con carácter general, una cuestión muy polémica y el foco de no pocos debates fiscales durante estos últimos años.

La Sentencia de 26 de febrero de 2018 de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo aclaró en su momento que las normas de remuneración previstas en la Ley de Sociedades de Capital debían aplicarse a todo tipo de administradores. Así, toda remuneración debía cumplir con (i) las obligaciones mercantiles (en particular, su previsión en estatutos y aprobación del límite máximo por la Junta), y (ii) en el caso de los consejeros ejecutivos, con la obligación de celebrar el correspondiente contrato mercantil con la sociedad.

A raíz de esta sentencia, el TEAC estableció, como doctrina administrativa (seguida por la Inspección), que la deducibilidad fiscal de la retribución de administradores ya fuera por funciones ejecutivas de dirección o por funciones meramente representativas o deliberativas, exige cumplir escrupulosamente con todos los requisitos establecidos por la legislación mercantil, según la interpretación de los mismos realizada por el Tribunal Supremo. En otro caso, se trataría de un gasto derivado de una actuación contraria al ordenamiento jurídico (ex. artículo 15.f) de la Ley del IS) y, por ende, no deducible.

Sobre esta base, la Administración tributaria solo ha permitido la deducción en el IS de las remuneraciones que cumplieran con los siguientes dos requisitos: (i) previsión estatutaria expresa de las remuneraciones en los estatutos de la sociedad y que (ii) dicha previsión estatutaria estableciera la cuantía de la retribución de forma “perfectamente determinada”. Dicha interpretación fue comúnmente denominada como “doctrina del milímetro”. De ahí se deducía que el porcentaje o la cantidad concretos de la retribución debían estar especificados en los estatutos, de forma que la junta de socios careciera de margen de decisión para aprobarla y decidir su cuantía.

Ahora, la Sentencia de la Audiencia Nacional contradice dichos planteamientos de la Administración por ser, a su juicio, extremadamente rígidos.

En particular, la Audiencia Nacional se opone de manera categórica a las consideraciones de la Administración tributaria y del TEAC, alegando que en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, si en el ámbito mercantil la reserva estatutaria debía referirse, en su



Ante escenario de incertidumbre, nuestra recomendación sigue siendo la de cumplir con el doctrina instaurada y mantenida hasta la fecha por la Inspección

aspecto objetivo, solo a los distintos conceptos retributivos en virtud de los cuales se compensará a los administradores, queda fuera del ámbito de la reserva estatutaria la concreta cuantía a percibir por la realización de las funciones de administración.

Como conclusión, la Audiencia Nacional considera que la ya inflexible doctrina del milímetro que viene aplicando la Administración tributaria en la mayoría de las inspecciones debe ser rechazada por ser extremadamente rígida. La exigencia de constancia estatutaria del porcentaje concreto o la cantidad concretada de la retribución no se compadecería con el régimen mercantil. La cuestión de la retribución de los administradores en IS es, a juicio de la Audiencia Nacional, una cuestión de legalidad, concluyendo que, si con arreglo a la legislación mercantil la retribución de los administradores es conforme con el ordenamiento jurídico, dicha retribución constituye un gasto deducible en el IS. Ello por cuanto, en la mayoría de los casos, no se vulneran las garantías de los socios minoritarios ni los acuerdos de la Junta son impugnados

Con base en esta Sentencia, solo puede deducirse que el criterio tanto de la inspección, como del TEAC, negando la deducibilidad de las retribuciones abonadas a los administradores, en aplicación de la citada doctrina del milímetro, no resulta correcto.

No obstante, y aunque parece que todo apunta a la posibilidad de que en un futuro próximo la inspección no deba mantener la doctrina del milímetro por su extrema rigidez, su aplicación deberá ser zanjada por el Tribunal Supremo, el cual ya ha admitido varios recursos de casación respecto de esta polémica cuestión.

Por ello, ante escenario de incertidumbre, nuestra recomendación sigue siendo la de cumplir con el doctrina instaurada y mantenida hasta la fecha por la Inspección



Cuestiones prácticas derivadas del informe del Grupo de Trabajo sobre el banner de cookies

Miguel Recio
TMC | Post jurídico

El Grupo de Trabajo sobre el banner de cookies (en inglés *"Cookie Banner Taskforce"*), creado por el Comité Europeo de Protección de Datos en septiembre de 2021 con la finalidad de cooperar con NOYB y atender sus más de 700 quejas sobre diversas cuestiones relacionadas con el banner de cookies, ha publicado un relevante informe que plantea diversas cuestiones prácticas.

El informe incluye nueve apartados que, respectivamente, tienen por objeto: (i) el marco legal aplicable; (ii) la aplicación del mecanismo de ventanilla única (en inglés *"One Stop Shop"*, OSS); (iii) sin opción de rechazo en la primera capa (en inglés *"no reject button on the first layer"*); (iv) casillas marcadas previamente (en inglés *"pre-ticked boxes"*); (v) diseño del link engañoso (en inglés *"deceptive «link design»"*); (vi) "colores de botón engañosos" y "contraste de botón engañoso" (en inglés *"deceptive button colours" & "deceptive button contrast"*); (vii) recurso al interés legítimo y fines del tratamiento (en inglés *"legitimate interest claimed, list of purposes"*); (viii) clasificación incorrecta de cookies "esenciales" (en inglés *"inaccurately classified «essential» cookies"*) y (ix) no ofrecer la posibilidad de revocar el consentimiento (en inglés *"no withdraw icon"*).

El documento señala que, por lo que se refiere a la colocación o lectura de cookies, el marco legal aplicable es la legislación nacional por la que se transpone la Direc-

tiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). El tratamiento posterior de datos personales cuando se produce el almacenamiento o la obtención de acceso a la información almacenada en el equipo del usuario se regirá por el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), siendo necesario tener en cuenta que las cuestiones que se plantean sobre el consentimiento cuando este sea la base de legitimación para el tratamiento de datos.

Por lo que se refiere al mecanismo de ventanilla única el informe señala que este no aplica para cuestiones relativas a la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Y en materia de protección de datos, habría que considerar el tratamiento transfronterizo de datos (art. 4(23)b) del RGPD), pero que no es aplicable per se a reclamaciones contra sitios web por el mero hecho de que se pueda acceder desde todos los Estados miembros.

Sobre las cuestiones objeto de reclamaciones que han sido analizadas por el Grupo de Trabajo, este ha indicado lo siguiente:

- Un banner que no ofrezca las opciones de aceptar y rechazar/no consentir en cualquier capa que incluya un botón de consentimiento constituye una infracción de la Directiva sobre privacidad y comunicaciones electrónicas.



Este informe tiene también como destinatarias a las autoridades de protección de datos, que deberán analizar cada queja o denuncia que les llegue y aplicar la legislación nacional derivada de la transposición de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas

- Las casillas previamente marcadas en una segunda capa cuando el usuario hace clic en el botón configuración en la primera capa, no permiten obtener un consentimiento válido.
- Para que el consentimiento sea válido, el usuario debe ser capaz de comprender qué y cómo está consintiendo.
- Se debe considerar la configuración del banner de cookies en cuanto a colores y contrastes de los botones para evitar que la opción “aceptar todas” predomine sobre las otras opciones.
- El interés legítimo no es una base de legitimación o título habilitante aceptable para colocación/lectura de las cookies.
- En cada caso se debe evaluar el carácter esencial de las cookies y tener en cuenta los criterios que establecidos por el Grupo de Trabajo del artículo 29 en su Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies, WP 194, adoptado el 7 de junio de 2012.
- Se deben adoptar medidas que permitan a los usuarios revocar su consentimiento en cualquier momento, tales como iconos (iconos pequeños que están permanentemente visibles) o enlaces en lugares visibles y estandarizados.

Se trata de adoptar medidas para asegurar que quien usa cookies cumple con los requisitos de la legislación aplicable, tanto la que transpone a nivel nacional la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas

como el RGPD. En el caso de España hay que atender, por lo que se refiere al uso de las cookies, a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; y en cuanto al tratamiento de datos personales, al RGPD y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Este informe tiene también como destinatarias a las autoridades de protección de datos, que deberán analizar cada queja o denuncia que les llegue y aplicar la legislación nacional derivada de la transposición de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. En el caso de España, además de la legislación aplicable, hay que recordar que la Agencia Española de Protección de Datos ha publicado una Guía en materia de cookies y tecnologías similares, a la que ya nos referimos en una publicación anterior cuando fue publicada por primera vez.

La EUIPO deniega la solicitud de Burberry para identificar artículos como NFT

Beatriz Alegre

Propiedad Industrial, Intelectual y Negocio Digital | Post jurídico

La Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) ha rechazado la solicitud de marca figurativa 018647205 que Burberry presentó en febrero de 2022 para designar productos NFT con el fin de utilizarlos en el metaverso y entornos digitales.

En concreto, la casa británica quería registrar su estampado como marca para productos de la clase 9 de Niza como NFT y tokens digitales, productos descargables como gráficos digitales descargables, productos virtuales y otro material virtual; servicios de la clase 35, relativa a servicios de venta al por menor y al por mayor de productos y presentación de productos en medios de comunicación con fines de venta al por menor; y servicios de la clase 41, que incluye servicios que proporcionan coleccionables digitales no descargables en línea, información y entretenimiento en línea.

En su resolución, la EUIPO argumenta que los icónicos cuadros de líneas rojas, blancas y negras sobre el fondo beige de Burberry no son suficientemente distintivos, pues existen múltiples estampados similares comúnmente utilizados en el mercado. Esta decisión de la EUIPO está alineada con el criterio restrictivo que ha venido manteniendo con respecto a las marcas tridimensionales y de patrón.

Además, en su análisis de distintividad, la EUIPO señala que los NFT, como artículos virtuales, emulan los productos físicos, por lo que el público los percibirá como un bolso o un pañuelo y no como un NFT. Por tanto, el criterio que debe seguirse para el análisis de su distintividad debe ser el mismo que el que se seguiría para analizar marcas que designen productos físicos.



En su análisis de distintividad, la EUIPO señala que los NFT, como artículos virtuales, emulan los productos físicos, por lo que el público los percibirá como un bolso o un pañuelo y no como un NFT

La presente publicación no constituye asesoramiento jurídico de sus autores. Para más información:

cms-asl@cms-asl.com | [cms.law](https://www.cms.law)



Twitter



LinkedIn



cms.law

CMS Law-Now™

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.
[cms-lawnow.com](https://www.cms-lawnow.com)

La información contenida en esta publicación es de carácter general y orientativo y no pretende constituir un asesoramiento jurídico o profesional. Ha sido elaborada en colaboración con abogados locales.

La AEIE CMS Legal Services (AEIE CMS) es una Agrupación Europea de Interés Económico que coordina una organización de despachos de abogados independientes. La AEIE CMS no presta servicios a los clientes. Dichos servicios son prestados exclusivamente por los despachos miembros de la AEIE CMS en sus respectivas jurisdicciones. La AEIE CMS y cada uno de sus despachos miembros son entidades separadas y legalmente distintas, y ninguna de ellas tiene autoridad para comprometer a ninguna otra. La AEIE CMS y cada una de las empresas miembro son responsables únicamente de sus propios actos u omisiones y no de los de la otra. La marca "CMS" y el término "despacho" se utilizan para referirse a algunos o a todos los despachos miembro o a sus oficinas; los detalles se pueden consultar en el apartado "información legal" del pie de página de [cms.law](https://www.cms.law).

Oficinas CMS:

Aberdeen, Abu Dhabi, Ámsterdam, Amberes, Argel, Barcelona, Belgrado, Bergen, Berlín, Bogotá, Bratislava, Bristol, Bruselas, Bucarest, Budapest, Casablanca, Ciudad de México, Colonia, Cúcuta, Dubai, Dusseldorf, Edimburgo, Estambul, Estrasburgo, Frankfurt, Funchal, Ginebra, Glasgow, Hamburgo, Hong Kong, Johannesburgo, Kiev, Leipzig, Lima, Lisboa, Liubliana, Liverpool, Londres, Luanda, Luxemburgo, Lyon, Madrid, Manchester, Mascate, Milán, Mombasa, Mónaco, Múnich, Nairobi, Oslo, París, Pekín, Podgorica, Poznan, Praga, Reading, Río de Janeiro, Roma, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopje, Sofía, Stavanger, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Utrecht, Varsovia, Viena, Zagreb y Zúrich.

[cms.law](https://www.cms.law)

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

