

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

Referencias Jurídicas

Noviembre 2018

Referencias Jurídicas

Noviembre 2018

Artículos de fondo

Mercados y Servicios Financieros

Principales cuestiones introducidas por MiFID II4
Fernando Revuelta y Santiago García de Fuentes

Posts jurídicos

Corporate / M&A

¿Nombrando auditor voluntario puede la sociedad prescindir del auditor designado por el registrador a instancia del socio minoritario?10
Irene Siurana

Representación voluntaria en la Junta General de socios de la sociedad de responsabilidad limitada ..12
Alina Martiniva

Mercados y Servicios Financieros

El Informe anual de la CNMV en relación con la remuneración de los consejeros de sociedades cotizadas correspondiente al ejercicio 201714
Iñigo Hernáez y Diego Muro

Derecho Público y Sectores Regulados

Publicidad de los medicamentos y prescripción por los enfermeros16
Rocio Gros



Procesal

Del anticipo en los contratos de compraventa: arras o mera señal	18
Gonzaga Guerrero	

Competencia y UE

La CNMC se une a la “tendencia europea” y abre una investigación por posibles restricciones verticales ...	20
Aida Oviedo y Ana Jiménez-Clavería	

Propiedad Industrial e Intelectual

Responsabilidad del titular de una conexión a Internet utilizada para cometer una infracción de derechos de autor	22
Blanca Cortés y Alberto Colomina	

Tributario

Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales	24
Marta Burgos y Diego de Miguel	

Principales cuestiones introducidas por MiFID II

Fernando Revuelta y Santiago García de Fuentes

El pasado mes de octubre entró en vigor el Real Decreto-ley 14/2018 que modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Con la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley se completa la, tan esperada, transposición de MiFID II, que se inició en diciembre de 2017 con la aprobación del Real Decreto-ley 21/2017 de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores. No obstante, se tendrá que esperar al desarrollo reglamentario para analizar cómo se regula la implementación de diversas cuestiones de importancia.

Con fecha 29 de septiembre de 2018 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores ("LMV"), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (el "RDL 14/2018").

La entrada en vigor tuvo lugar el pasado 1 de octubre de 2018, a excepción de determinadas modificaciones que serán de aplicación una vez se apruebe el real decreto que desarrolle la LMV y que, presumiblemente, modificará el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

Con la entrada en vigor del RDL 14/2018, y a expensas del desarrollo reglamentario de la LMV, se completa la transposición de MiFID II.

Conviene recordar que, aunque el proceso de transposición de MiFID II en España se haya completado tan recientemente, el plazo fijado para la transposición de MiFID II, después de varias prórrogas otorgadas por los reguladores europeos para que el sector tuviera tiempo suficiente para adaptarse a los nuevos requerimientos regulatorios, era el 3 de enero de 2018. A partir de esta fecha las disposiciones de MiFID II tenían que haber sido transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico. En dicha fecha, también comenzaba a ser de aplicación el Reglamento (UE) n.º 600/2014, de 15 de mayo de 2014 ("MiFIR").



El retraso en la transposición ha supuesto, en mayor o menor medida, una *desventaja* competitiva para las empresas que prestan servicios y actividades de inversión en España con respecto a sus competidores en Europa. Por ese motivo, un gran número de empresas que prestan servicios y actividades de inversión (“ESAI”) en España ya habían adaptado sus sistemas y formas de operar antes de la entrada en vigor del RDL 14/2018.

No obstante lo anterior, dada la técnica legislativa utilizada por el legislador, las ESAI deberán esperar al desarrollo reglamentario de la LMV para ver cómo se implementan finalmente las nuevas obligaciones introducidas por el RDL 14/2018 en la LMV.

A continuación, realizamos un resumen de las principales novedades introducidas por el RDL 14/2018 que, a nuestro modo de entender, pueden ser relevantes para las ESAI que desarrollen su actividad en España.

Instrumentos financieros

Una de las principales novedades introducidas por el RDL 14/2018 es la modificación de la definición de instrumento financiero. El RDL 14/2018 modifica la definición de instrumento financiero de tal forma que:

- Se incluye en la definición de instrumento financiero a los contratos de opciones, futuros, permutas (swaps) y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física que se negocien en un sistema organizado de contratación (SOC), exceptuando los productos energéticos al por mayor que se negocien en un SOC y deban liquidarse mediante entrega física (conocido en el mercado como el REMIT *carve-out*).
- Se añade una nueva categoría de instrumento financiero, los derechos de emisión sobre gases de efecto invernadero, de conformidad con la Directiva 2003/

87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003.

Además, conviene destacar que el legislador ha decidido seguir la técnica legislativa que había utilizado su homólogo europeo con MiFID y MiFID II y ha movido la definición de instrumento financiero del articulado a un anexo y ordenado las diferentes categorías de instrumentos financieros para adecuarlos a la situación financiera actual.

Otra de las novedades que es preciso destacar es la modificación de la definición de instrumento financiero no complejo. El RDL 14/2018 modifica la LMV para incluir, ordenar y aclarar ciertos conceptos.

A continuación, destacamos las modificaciones más relevantes:

- Incluye como instrumento financiero no complejo a las acciones admitidas a negociación en un SMN y excluye a las acciones de instituciones de inversión colectiva distintas de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), como pueden ser los AIFs, y a las acciones que incorporen derivados.
- Aclara que solo las obligaciones u otras formas de deuda titulizadas que estén admitidas a negociación en un mercado regulado u equivalente de un tercer país o SMN y siempre que no incluyan derivados o incorporen una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos en que incurre, tendrá la consideración de instrumento no complejo.
- Excluye a los OICVM estructurados; e
- Incluye a los depósitos estructurados, siempre y cuando no incorporen una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos en cuanto a rendimiento o coste de salida del producto antes de su vencimiento.

Por último, el RDL 14/2018 modifica la LMV para calificar a los derechos de emisión sobre gases de efecto invernadero como instrumento financiero complejo y aclarar que todo instrumento de deuda que de derecho a adquirir o vender valores negociables o que den lugar a una liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas y tenga la consideración de pasivo admisible a efectos de una recapitalización interna, tendrá la consideración de instrumento financiero complejo.

Ámbito de aplicación de la LMV y excepciones

Otra de las modificaciones más relevantes introducidas por el RDL 14/2018 son las relativas al ámbito de aplicación de la LMV.

El RDL 14/2018 ha modificado el ámbito de aplicación de la LMV para (i) aclarar que ésta es de aplicación a las ESAI domiciliadas en España y a las domiciliadas en terceros países que presten servicios y actividades de inversión o ejerzan actividades de inversión mediante el establecimiento de una sucursal o en régimen de prestación de servicios sin sucursal, a los organismos rectores de los mercados regulados, SMN o SOC domiciliados en España e (ii) incluir a los proveedores de suministros de datos domiciliados en España, los cuales son analizados más adelante.

Por otro lado, el RDL 14/2018 ha modificado significativamente el régimen de excepciones aplicables a personas que prestan algún tipo de servicio o actividad de inversión en España. El objetivo de tan profunda modificación ha sido restringir su aplicación de tal forma que se aumente la protección de los inversores.

A continuación, resumimos las novedades más relevantes:

Negociación por cuenta propia

Antes de la entrada en vigor del RDL 14/2018 las personas que prestaban únicamente los servicios y actividades de negociación por cuenta propia y (i) no fueran creadores de mercado ni (ii) negociaran por cuenta propia al margen de un mercado regulado o un sistema multilateral de negociación de forma organizada, frecuente y sistemática proporcionando un sistema accesible a terceros con objeto de entrar en negociación con ellos, no estaban sujetos a la LMV.

Con la entrada en vigor del RDL 14/2018, esta excepción se ve restringida de tal forma que la LMV no aplicará a las personas que (i) negocien por cuenta propia con instrumentos financieros distintos de los derivados sobre materias primas, derechos de emisión, o derivados de estos y (ii) no presten ningún otro servicio de inversión o realicen ninguna otra actividad de inversión con instrumentos financieros distintos de los derivados sobre materias primas o de derechos de emisión o derivados de estos, siempre y cuando no:

- (a) sean creadores de mercado,
- (b) sean miembros o participantes de un mercado regulado o un SMN por una parte, o tengan un acceso electrónico directo a un centro de negociación, por otra, excepto las entidades no financieras que ejecuten en un centro de negociación operaciones que reduzcan de manera objetivamente mensurable los riesgos vinculados,
- (c) apliquen una técnica de negociación algorítmica de alta frecuencia, o
- (d) negocien por cuenta propia cuando ejecutan órdenes de clientes.

Actividad auxiliar

En relación con la excepción de actividad auxiliar, el RDL 14/2018 ha reducido su aplicabilidad de forma considerable.

Con la anterior redacción de la LMV, la excepción de actividad auxiliar era de aplicación a aquellas personas que negociaban por cuenta propia con instrumentos financieros o prestaban servicios de inversión en instrumentos financieros derivados sobre materias primas o contratos de derivados a los clientes de su actividad principal.

Con la nueva redacción, la aplicabilidad de la excepción en cuanto a las personas que prestan servicios de negociación por cuenta propia se ha reducido a aquellas personas que negocien por cuenta propia con derivados de materias primas, derechos de emisión o derivados de los mismos. Otra de las novedades introducidas es que a las personas que apliquen técnicas de negociación algorítmica de alta frecuencia no les será de aplicación la excepción.

En cuanto a la determinación de actividad auxiliar, el RDL 14/2018 determina los criterios que deben analizarse para determinar cuándo debe considerarse que una actividad es auxiliar a la principal.

Por último, se introduce un nuevo requisito de notificación anual, en virtud de la cual, toda persona que se acoja a la exención de actividad auxiliar deberá notificar de este hecho a la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV").

Actuación transfronteriza y establecimiento de sucursales

El RDL 14/2018 incluye una nueva Sección 2ª en el Capítulo III del Título V en la que se recogen y ordenan los criterios aplicables a la actuación transfronteriza cuando intervienen terceros Estados.

Esta nueva sección, que en gran medida ordena lo ya regulado en la anterior redacción de la LMV, recoge la novedad de requerir a las empresas de terceros Estados que deseen prestar servicios y actividades de inversión, con o

sin servicios auxiliares, a clientes minoristas o a aquellos que hayan solicitado ser tratados como profesionales en España a establecer una sucursal en España y, por tanto, a obtener la pertinente autorización.

Igualmente, podemos encontrar como novedad que se faculta al regulador a requerir el establecimiento de una sucursal a las empresas de terceros Estados que deseen prestar servicios y actividades de inversión a clientes profesionales o contrapartes elegibles en España atendiendo al volumen de actividad, complejidad de los productos o servicios o a razones de interés general. Tendremos que esperar al desarrollo reglamentario para ver como se materializan tales cuestiones.

En este punto, creemos conveniente destacar que la referencia realizada en el artículo 171.2 de la LMV al artículo 205 es errónea y que debería haberse realizado al artículo 206 para, así, estar en consonancia con el resto del texto de dicho artículo y el artículo 39 de MiFID II.

Normas de conducta

Uno de los objetivos más importantes de MiFID II ha sido reforzar las normas de conducta aplicables a las ESAI.

A continuación, realizamos un resumen de las principales novedades en cuanto a normas de conducta se refiere:

Obligaciones de vigilancia y control

El RDL 14/2018 ha incluido importantes novedades sobre la vigilancia y control de los productos financieros, las estrategias de inversión y sus costes.

Se establece la obligación a las ESAI que diseñen productos financieros de (i) garantizar que los instrumentos financieros diseñados y la estrategia de distribución de los mismos cumplen con los estándares del mercado al que se dirigen, (ii) comprender las características de los instrumentos financieros diseñados, (iii) valorar la compatibilidad de los mismos con las necesidades de los clientes y con el mercado al que se dirigen y (iv) actuar en el interés del cliente.

No obstante, habrá que esperar al desarrollo reglamentario de la LMV para determinar el alcance de las obligaciones anteriormente descritas.

Deber de información

En cuanto a la información precontractual se determina que se deberá entregar al cliente con suficiente antelación. El contenido y alcance de la información precontractual será objeto de desarrollo reglamentario.

En relación con la información post-contractual, se introducen novedades relativas a la obligación de las ESAI a entregar siempre informes periódicos teniendo en cuenta el tipo y complejidad de los instrumentos financieros y na-

turalidad del servicio prestado y a entregar dichos informes en un soporte duradero.

Remuneraciones e incentivos

Uno de los temas más relevantes introducidos por el RDL 14/2018 ha sido el tema relativo a la remuneración y percepción de incentivos. Desde la publicación de MiFID II, éste ha sido uno de los temas más controvertidos y que más afectaba al mercado financiero español, dada la estructura del mismo. La mayoría de los grandes participantes en el mercado español han tenido que adecuar sus estructuras organizativas a los nuevos requisitos impuestos.

En primer lugar, el RDL 14/2018 establece como regla general que las ESAI no pueden remunerar a su personal de tal forma que éste entre en conflicto con su obligación de actuar en el mejor interés de sus clientes.

En segundo lugar, la nueva redacción de la LMV ha restringido los casos en los que las ESAI pueden abonar o cobrar incentivos, entendidos éstos como cualquier honorario, comisión o beneficio no monetario. El RDL 14/2018 establece que las ESAI solo podrán abonar o cobrar incentivos en los casos que (i) estén diseñados para mejorar la calidad del servicio y (ii) no perjudiquen el cumplimiento de la obligación de actuar con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes, tal y como se recoge en el artículo 208 de la LMV.

Asimismo, se introduce la distinción en entre el asesoramiento independiente y no independiente y la prohibición de percibir incentivos cuando se preste el servicio de gestión discrecional de carteras.

En este sentido, habrá que esperar al desarrollo reglamentario, que implementará lo dispuesto en la Directiva Delegada (UE) 2017/593 de la Comisión, para ver en que supuestos se considera que se cumple con lo anterior.

Por último, otras novedades introducidas por el RDL 14/2018 en materia de incentivos son la obligación de las ESAI de:

- (i) informar claramente a sus clientes antes de la prestación del servicio de inversión o servicio auxiliar de la existencia, naturaleza, cuantía o método de cálculo de los incentivos, cuando existan, así como de los mecanismos de devolución de los incentivos, cuando esto sea de aplicación; y
- (ii) asegurar y demostrar a la CNMV que el personal que presta asesoramiento o proporciona información a los clientes cuenta con los conocimientos y competencias necesarias.

Gestión y ejecución de las órdenes de clientes

Otro de los aspectos que el RDL 14/2018 ha modificado con el objetivo de mejorar la protección del inversor son las cuestiones relativas a la gestión y ejecución de órdenes.

Las modificaciones introducidas obligan ahora a las ESAI a adoptar todas las medidas suficientes, y no razonables, como se preveía con anterioridad, para obtener el mejor resultado posible para las operaciones de sus clientes.

De igual forma, las ESAI deben adoptar medidas para facilitar la ejecución más rápida posible de órdenes de clientes a precio limitado de acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o negociadas en un centro de negociación que no sean ejecutadas inmediatamente en las condiciones existentes en el mercado.

Además, el RDL 14/2018 ha introducido dos artículos nuevos exigiendo a las ESAI que (i) no perciban remuneración, descuento o beneficio no monetario alguno por dirigir órdenes a un determinado centro de negociación o de ejecución que incumpla las normas de conducta en materia de incentivos o conflictos de interés y (ii) publiquen, respecto de cada instrumento financiero y con carácter anual, los cinco principales centros de ejecución de órdenes y una valoración sobre la calidad de la ejecución en los mismos.

Proveedores de servicios de suministro de datos

Tal y como se ha indicado anteriormente, el RDL 14/2018 ha modificado el ámbito de aplicación de la LMV para recoger una nueva figura: los proveedores de suministros de datos domiciliados en España. Las nuevas disposiciones relativas a esta nueva figura están contenidas en un nuevo Título V bis de la LMV.

Este nuevo servicio de suministro de datos se plantea como esencial para que los clientes puedan tener una mejor visión global de la actividad negociadora en los mercados financieros españoles y que la CNMV pueda recibir información precisa y completa sobre las operaciones realizadas en dichos mercados.

La LMV recoge tres diferentes clases de proveedores que podrán prestar el servicio de suministro de datos, los cuales estarán bajo la supervisión de la CNMV:

- (i) Agentes de publicación autorizados (APA);
- (ii) Proveedores de información consolidada (PIC);
- (iii) Sistemas de información autorizados (SIA).

Los APA, PIC y SIA deberán contar con la correspondiente autorización de la CNMV siempre y cuando presten los correspondientes servicios de suministros de datos profesionalmente o de forma habitual en el ámbito de los dispuesto en MiFIR. No obstante, los PIC podrán prestar determinados servicios no sujetos a autorización, de conformidad con el artículo 13 del Reglamento Delegado 2017/571 de la Comisión, de 2 de junio de 2016.

Conviene destacar que cualquier proveedor de suministro de datos autorizado por la CNMV puede prestar dichos servicios en otros Estados miembros y viceversa (pasaporte).

Asimismo, se recoge que las ESAI y los organismos rectores del mercado que gestionan un centro de negociación podrán prestar servicios de suministro de datos, siempre y cuando cuenten con la correspondiente autorización.

Todos los proveedores de suministros de datos regulados por la LMV tendrán que cumplir con ciertas obligaciones relativas a la difusión, la comunicación y el tratamiento de la información y, en particular, contar con políticas y mecanismos adecuados para publicar, recopilar o comunicar la información requerida en los plazos establecidos, dependiendo de si son APA, PIC y SIA.

De igual forma, los proveedores de suministro de datos tendrán que cumplir con requisitos de funcionamiento y organización interna. En particular:

- Que los miembros del órgano de administración cuenten en todo momento con la honorabilidad adecuada y los suficientes conocimientos, competencias y experiencia para el desempeño de sus funciones;
- Aplicar y mantener medidas administrativas para evitar conflictos de interés;
- Utilizar sistemas y dispositivos de seguridad que sean adecuados y lo suficientemente sólidos para garantizar la continuidad y regularidad de las prestaciones de servicios, garantizar la seguridad de los medios de transmisión de la información, reducir al mínimo el riesgo de corrupción de datos y de acceso no autorizado y evitar fugas de información antes de la publicación en aras de garantizar la no corrupción de los datos y su buen uso; y
- Contar con políticas que supervisen la externalización de los servicios.

Novedades en el régimen sancionador

El RDL 14/2018 también ha introducido novedades en el régimen sancionador contenido en la LMV. Estas modificaciones han sido llevadas a cabo para homogeneizar el régimen sancionador español con el europeo.

En líneas generales, las modificaciones han tenido el objetivo de endurecer las multas y dotar al regulador de nuevas sanciones.

En concreto, el RDL 14/2018 ha modificado la LMV para introducir nuevas sanciones por la comisión de infracciones muy graves y graves. A continuación, recogemos las más relevantes, las cuales se ajustarán en plazo dependiendo de si la infracción es muy grave o grave:

- (a) Restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas con la comisión de la infracción.
- (b) Revocación o suspensión de la autorización a una ESAI.

- (c) Prohibición de negociar por cuenta propia a toda persona con responsabilidades de administración o dirección en una ESAI o a cualquier otra persona física que se considere responsable de la infracción.
- (d) Inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en ESAI en caso de infracciones cometidas de forma reiterada.
- (e) Amonestación pública en el BOE, indicando la persona responsable y el carácter de la infracción.
- (f) En el caso de que una empresa de servicios y actividades de inversión adquiriera una participación a pesar de la oposición de la CNMV, con independencia de cualquier otra sanción que pueda imponerse, se dispondrá bien la suspensión del ejercicio de los correspondientes derechos de votos, bien la nulidad de los votos emitidos o la posibilidad de anularlos.

En cuanto a las multas por sanciones muy graves, destacar que se ha (i) añadido la posibilidad de que la multa sea el quintuplo de la pérdida evitada, (ii) eliminado el tope de 600.000 euros en relación con la sanción del 5% de los fondos utilizados en la infracción y (iii) añadido dos nuevas multas; el 10% del volumen de negocios total anual de la entidad infractora y cinco millones de euros (5.000.000 €). Además, se ha aumentado del doble al triple del beneficio bruto obtenido una de las posibles multas por sanciones graves.

Por último, queremos destacar que se ha introducido un nuevo capítulo regulando la comunicación de infracciones (*whistleblowing*). En particular, se recoge posibilidad de poder informar a la CNMV de cualquier infracción de la que seamos conocedores relativa tanto a la LMV como a la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, pudiendo realizar la comunicación de manera anónima.





¿Nombrando auditor voluntario puede la sociedad prescindir del auditor designado por el registrador a instancia del socio minoritario?

Irene Siurana
Departamento de Corporate / M&A

La Dirección General de los Registros y del Notariado desestima en su resolución de 26 de septiembre de 2018 el recurso presentado por una sociedad contra la negativa del registrador a proceder al depósito de unas cuentas anuales auditadas por el auditor que nombró la sociedad, cuando este auditor es distinto del que en su día designó el registrador a instancia del socio minoritario.

El supuesto objeto de análisis se inicia con el ejercicio por el socio minoritario de una sociedad de su derecho a solicitar al Registro Mercantil la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales de la sociedad, que reconoce el artículo 265.2 LSC. La sociedad se opuso a dicha designación alegando que se había producido previamente un nombramiento voluntario de auditor por el órgano de administración de la sociedad. La DGRN desestimó esta oposición porque la sociedad: (i) no había inscrito la designación de auditor voluntario; (ii) no había acreditado la entrega del informe de auditoría al socio solicitante; y (iii) no había hecho entrega del informe a la DGRN para su incorporación al expediente. La idea que subyacía es que no procede enervar el ejercicio del derecho individual del socio minoritario si no se garantiza adecuadamente la satisfacción de su interés. En consecuencia, una vez desestimado este primer recurso por la DGRN el registrador procedió a la designación de auditor y a su inscripción en la hoja de la sociedad.

Sin perjuicio de esta previa desestimación de sus pretensiones y la efectiva designación de auditor por el registrador, la sociedad insistió y presentó a depósito las cuentas anuales acompañadas del informe del auditor nombrado voluntariamente, distinto del auditor designado por el registrador mercantil. El depósito de las cuentas fue rechazado por el registrador y la sociedad presentó recurso ante la DGRN.

Ésta inicia su resolución aludiendo a su reiterada doctrina en virtud de la cual cuando un auditor ha sido designado a instancia de la minoría y consta dicha circunstancia en la hoja de la sociedad, no procede el depósito de las cuentas si no se acompañan del debido informe realizado por el auditor designado, todo ello de conformidad con el artículo 279 LSC.

En el recurso de la sociedad se hace referencia de nuevo a la improcedencia de la previa designación de auditor por el registrador, pero la DGRN deja claro que las cuestiones previas que fueron ya resueltas en procedimiento devenido firme no pueden ser objeto de nueva valoración.

La sociedad afirma asimismo en su recurso que ha cumplido con la primera resolución de la DGRN al haber hecho constar en la convocatoria de la junta el derecho de los socios de solicitar el informe de auditoría y al haberles efectivamente entregado dicho informe. La DGRN considera que la sociedad trata de tergiversar el contenido de su previa resolución y aclara que la solicitud por el socio minoritario solo puede enervarse cuando, acreditado el nombramiento de auditor voluntario, se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante: (i) la inscripción del nombramiento, (ii) la entrega al socio del referido informe o (iii) su incorporación al



Solo podría procederse al depósito de unas cuentas acompañadas de un informe de auditoría emitido por auditor nombrado de forma voluntaria, distinto del designado previamente por el registrador a instancia del socio minoritario, en el caso de que se hiciera constar de forma expresa en el Registro Mercantil la oportuna instancia de renuncia del socio minoritario.

expediente. La DGRN rechaza que el cumplimiento de estas exigencias quede salvado con la puesta a disposición de los socios, al tiempo de la convocatoria, del informe emitido por un auditor distinto al designado por el registrador. La DGRN argumenta que en caso contrario la sociedad estaría imponiendo una situación de hecho sobre la situación de derecho que resultó de la primera resolución y que accedió efectivamente al Registro Mercantil, no pudiendo depender el cumplimiento de las resoluciones administrativas firmes de la exclusiva voluntad del obligado.

La DGRN descarta asimismo que el hecho de que el informe formulado por el auditor distinto del designado haya sido entregado a los socios permita salvar la situación. El socio minoritario en su día expresó su interés en que el registrador designara auditor y la pertinencia de dicho interés fue expresamente reconocida por la DGRN, teniendo ello acceso efectivo al Registro Mercantil. Es por ello que el único que puede disponer de dicho interés es el socio minoritario, teniendo pues exclusivo derecho a renunciar al mismo.

Así pues, podemos concluir que la DGRN, por medio de la resolución de referencia, sigue una línea doctrinal continuada, y deja claro que solo podría procederse al depósito de unas cuentas acompañadas de un informe de auditoría emitido por auditor nombrado de forma voluntaria, distinto del designado previamente por el registrador a instancia del socio minoritario, en el caso de que se hiciera constar de forma expresa en el Registro Mercantil la oportuna instancia de renuncia del socio minoritario, quien es en definitiva el único legitimado para renunciar a su derecho debidamente ejercitado en su momento.

Representación voluntaria en la Junta General de socios de la sociedad de responsabilidad limitada

Alina Martiniva
Departamento de Corporate / M&A

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 8 de octubre de 2018 reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la representación voluntaria de socios en la Junta General de la sociedad de responsabilidad limitada. A su juicio, en este tipo social, no cabe exigir el cumplimiento de requisitos formales adicionales a los fijados en la ley.

El legislador español ha sido persistente durante más de dos décadas a la hora de regular la representación voluntaria de socios en la Junta General de la sociedad de responsabilidad limitada. Así, la actual redacción del artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital es una réplica casi exacta del antiguo artículo 49 de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin que hubiera sufrido modificación alguna. Aun así, en torno a esta materia siguen surgiendo controversias, sobre todo, en aquellas empresas en las que el socio mayoritario pretende limitar la participación del socio minoritario en la toma de decisiones.

Este ha sido el caso en el conflicto jurídico resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 8 de octubre de 2018 objeto de este comentario. En este caso se trata de una sociedad de responsabilidad limitada con dos socios personas físicas, uno de los cuales es titular de las participaciones sociales representativas del 60% del capital social de la sociedad y, además, ocupa el cargo de administrador único, y otro ostenta el restante 40%. La

disputa se origina en torno a una Junta General extraordinaria de socios de la sociedad celebrada en el año 2016, cuyo orden del día incluía la disolución de la compañía por concurrir, presuntamente, la causa legal prevista en la letra c) del artículo 363.1 de la Ley de Sociedades de Capital y, como consecuencia de lo anterior, la conversión del administrador único en el liquidador único de la sociedad.

La intención del socio minoritario era asistir a la Junta representado por su letrado, otorgándole una autorización por escrito a estos efectos. Sin embargo, el socio mayoritario, actuando en su calidad de presidente de la Junta, denegó la asistencia y voto del letrado alegando dos razones: (i) por no estar legitimada la firma del socio minoritario en la autorización concedida y (ii) por no tener concretado si la representación se otorgaba para todas las participaciones sociales de las que era el titular el socio minoritario.

Como consecuencia de lo anterior, el socio minoritario impugnó los acuerdos adoptados en dicha Junta con base en los siguientes fundamentos: (i) vicios de constitución de la Junta por haber sido su asistencia injustificadamente impedida por el presidente de la Junta y (ii) no concurrencia de la causa legal de disolución del artículo 363.1.c) de la Ley de Sociedades de Capital por no existir una paralización de los órganos sociales que pudiera impedir a la sociedad cumplir su fin social.

La SAP analiza única y exclusivamente el primero de los motivos, dejando a un lado la discrepancia de las partes sobre si la salida de la compañía de dos técnicos de alta cualificación podría considerarse como impedimento para que ésta pudiera continuar cumpliendo su fin social y, por tanto, obligar a la sociedad a disolverse por este motivo.



El régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada no permite establecer ni exigir el cumplimiento de los requisitos adicionales para el otorgamiento y validez de la representación voluntaria de socios en la Junta general.

En lo que se refiere a la representación voluntaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital, el socio puede ser representado por (i) su cónyuge, ascendiente o descendiente, (ii) otro socio o (iii) un apoderado general con facultades para administrar todo el patrimonio del representado en territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, al amparo del segundo párrafo de este precepto, los Estatutos Sociales de la sociedad en cuestión ampliaron la representación voluntaria a cualquier otra persona, sin necesidad de que tuviese conferido a su favor un poder general en los términos del punto (iii) anterior. La validez del apoderamiento a un tercero no resultó problemática, en el presente caso, desde el punto de vista sustantivo. En realidad, el problema surge por las formalidades del poder.

El artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital prevé una serie de requisitos de forma, tales como (i) la constancia del poder por escrito, (ii) carácter especial para cada Junta en el caso de que no constase en un documento público y (iii) su extensión a la totalidad de las participaciones sociales del representado. La SAP, reiterando el criterio del Tribunal Supremo de su Sentencia nº 191/2014, de 15 de abril, recordó que los requisitos de forma establecidos por el artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital son imperativos y no pueden ser objeto de disposición. La duda nuclear en el asunto es si la sociedad podría exigir el cumplimiento de las formalidades adicionales en el otorgamiento de dicho poder.

A juicio de la SAP, de todo lo expuesto resulta que el régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada no permite establecer ni exigir el cumplimiento de los requisitos adicionales para el otorgamiento y validez de la representación voluntaria de socios en la Junta general,

cuyo ámbito se extiende, en todo caso, a la totalidad de las participaciones sociales titularidad del representado, de forma automática y, por tanto, sin necesidad de una mención expresa en tal sentido.

El Informe anual de la CNMV en relación con la remuneración de los consejeros de sociedades cotizadas correspondiente al ejercicio 2017

Iñigo Hernáez y Diego Muro
Departamento de Mercados y Servicios Financieros

El pasado 17 de octubre, la Comisión Nacional del Mercado de Valores publicó el Informe anual de remuneraciones de los consejeros de las sociedades cotizadas correspondiente al ejercicio 2017. El informe muestra, de forma resumida, los datos más significativos respecto de las políticas y prácticas retributivas que las sociedades cotizadas vienen aplicando a sus consejeros.

La CNMV está encargada de fijar la estructura y contenido del *Informe anual de remuneraciones de los consejeros de las sociedades cotizadas* ("IARC") (art. 541 LSC), con el objetivo de lograr un modelo unificado que permita la comparación. En este sentido, la CNMV elabora todos los años un informe que prepara a la luz de los informes anuales sobre remuneraciones de las sociedades cotizadas.

Recientemente se ha publicado el IARC correspondiente al ejercicio del 2017. En él se advierte, de que, al igual que en 2016, el desglose individualizado de las retribuciones se ha realizado, con carácter general, de manera razonable. Sin embargo, la calidad de la información descriptiva de los principios, sistemas retributivos (especialmente la retribución variable) y la toma de decisiones, muestra más debilidades. El motivo aparente de este déficit se debe a la rigidez del documento electrónico normalizado. En este sentido, la Circular 2/2018, de 12 de junio, de la CNMV habilitaba la posibilidad de que las entidades que no desearan utilizar el documento normalizado pudieran presentar

los informes en formato libre, cuyo contenido debería respetar el contenido mínimo establecido por las demás normas.

El IARC de la CNMV está dividido en tres capítulos y un Anexo. El primero de los capítulos se limita a resumir los aspectos más importantes de los otros dos. El capítulo II analiza los importes destinados a la remuneración de los consejeros de las 136 sociedades cotizadas que han presentado IARC con los datos correspondientes al ejercicio completo. El capítulo III trata de los principios de la política retributiva adoptados por las sociedades. Finalmente, el Anexo incluye cuadros estadísticos con datos individualizados de las remuneraciones de los consejeros publicados por las 139 sociedades cotizadas.

En cuanto a las remuneraciones devengadas en el ejercicio 2017, la retribución media devengada globalmente por los consejos de administración de las sociedades cotizadas fue de 3.7 millones de euros, un 15.9% más que el año anterior. Teniendo en cuenta que el tamaño medio del consejo de administración de las cotizadas es de 9.8 miembros, la retribución media por consejero se sitúa en 369.000 euros anuales, un 6% más que en 2016. En gran parte este incremento se debe al vencimiento de planes de incentivos plurianuales en algunas sociedades. Las retribuciones más altas corresponden a los consejeros delegados (2.127.000 € de media), seguidos por los presidentes ejecutivos (1.817.000 €). Ahora bien, teniendo en cuenta únicamente las sociedades del Ibex 35 la situación es muy diferente, pues los presidentes ejecutivos han recibido una remuneración media de 4.943.000 € y los consejeros delegados una remuneración media 2.900.000 €.



Desde el 2013, se observa una tendencia alcista en la remuneración de los consejeros, con un incremento en su retribución media para el periodo 2013-2017 del 29%.

Es igualmente interesante analizar el concepto retributivo de las remuneraciones. El importe más significativo de los componentes que conforman la remuneración corresponde a la retribución fija, que representa el 46% del total. La retribución variable supone el 43%, las dietas el 4% y el restante 7% lo constituyen indemnizaciones y otros conceptos retributivos como pagos en especie. Aunque la retribución fija sigue siendo la favorita en las sociedades cotizadas, el ejercicio 2017 ha sido el primero en el que la retribución variable ha superado a la fija en las sociedades del Ibex 35.

Las remuneraciones de los consejeros también varían dependiendo del sector en el que opere la sociedad. Los consejeros de empresas financieras son los que obtienen una retribución más alta, frente a las sociedades del sector industria que perciben las más bajas.

Finalmente, la retribución total por consejero es más elevada en las sociedades con mayor capitalización bursátil, tal y como lo demuestra el hecho de que la retribución de los consejeros del Ibex 35 sea de media seis veces mayor que las del resto.

En conclusión, desde el 2013, se observa una tendencia alcista en la remuneración de los consejeros, con un incremento en su retribución media para el periodo 2013-2017 del 29%.

En relación con los principios de la política retributiva de las sociedades, destaca el uso que se hace del sistema de retribución como un incentivo para recompensar el logro de objetivos estratégicos de la sociedad. Pero, al mismo tiempo la reclamada previsión de cláusulas *malus* o *clawback* para el caso de insatisfacción o incumplimiento de los ob-

jetivos ha tenido un éxito mucho más limitado. En efecto, de las 70 sociedades que informan de sus planes de retribución variable a corto plazo, solo 19 especifican la existencia de ese tipo de previsiones. Por otro lado, el informe de la CNMV advierte que ninguna de estas sociedades ha aplicado en la práctica estas cláusulas.

En cuanto a la aceptación por parte de las juntas de las políticas retributivas, de las sociedades del Ibex 35 el 29% han obtenido un voto favorable superior al 95% (en el ejercicio anterior fue del 43%). En el resto de sociedades cotizadas, el voto favorable superior al 95% se alcanzó en el 44% de las entidades (51% en el ejercicio anterior). Sólo en una sociedad cotizada el IARC no fue aprobado en el acuerdo consultivo de la junta.

Publicidad de los medicamentos y prescripción por los enfermeros

Rocío Gros

Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados | Derecho Sanitario y Farmacéutico

El Boletín Oficial del Estado publicó el pasado 23 de octubre, el Real Decreto 1302/2018, de 22 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros (en adelante, el “**Real Decreto 1302/2018**”).

El Real Decreto 1302/2018 se promulga con el objetivo de “*resolver las dificultades de interpretación de los ámbitos competenciales de las profesiones afectadas en la aplicación del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre*” que precisan de soluciones consensuadas entre las profesiones médicas y enfermera “*con el fin de garantizar la continuidad asistencial y la seguridad de los pacientes*”.

Con esta finalidad última, el Real Decreto 1302/2018 cambia la redacción del polémico apartado 2 del artículo 3, eliminando la necesidad de que el “*profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir*” y permite que los enfermeros, en el ejercicio de su actividad profesional indiquen, usen y autoricen la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

No obstante, dicha posibilidad se supedita (i) a que los protocolos o guías de práctica clínica y asistencial contengan necesariamente aquellos supuestos específicos en los que se precisa la validación médica previa a la indicación enfer-

mera y (ii) que los enfermeros obtengan la pertinente acreditación, para lo que la nueva regulación exige que éstos se encuentren en posesión del título o Graduado en Enfermería, de Diplomado en Enfermería, o de Ayudante Técnico Sanitario, o equivalente, y que acrediten una experiencia profesional mínima de un año o superen un curso de adaptación.

Sobre el procedimiento de acreditación de enfermeros, afirma el Tribunal Constitucional, en la Sentencia nº76/2018, de 5 de julio de 2018, que corresponde a las Comunidades Autónomas otorgar la acreditación de los enfermeros para prescribir medicamentos y productos sanitarios, mientras que los criterios para determinar estas acreditaciones forman parte de la competencia atribuida al Estado. En este sentido, el Real Decreto 954/2015 especifica que el procedimiento de acreditación de los enfermeros será regulado por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

El nuevo Real Decreto también incorpora una serie de disposiciones transitorias relativas a la vigencia en la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica asistencial, así como para los procedimientos en curso. De este modo, se establece que “*en el plazo máximo de dos años a partir de la entrada en vigor de este real decreto, deberán quedar aprobados y validados los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial*”. Mientras tanto, “*los enfermeros que hayan desarrollado funciones de indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano como consecuencia de la aplicación de normativa autonómica vigente sobre la materia, podrán seguir aplicando los referidos protocolos y guías en los términos establecidos en la normativa autonómica por la que accedieron al ejercicio de dichas competencias*”.



Desde un punto de vista legal, la nueva regulación no ha zanjado las dudas interpretativas sobre la citada disposición, en particular respecto de qué productos y a partir de cuándo resulta posible publicitar medicamentos sujetos a prescripción a este colectivo profesional.

Acerca de la publicidad de medicamentos de prescripción al colectivo de enfermería, la regulación del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, ya dispuso, en la disposición adicional cuarta, que *“las menciones y previsiones contenidas en este RD relativas a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos deben entenderse realizadas también a las personas facultadas para indicar, usar y autorizar la dispensación de medicamentos (...) especialmente a lo relativo a la publicidad de medicamentos y a la visita médica”*, redacción que llevó a Farmaindustria a emitir la Circular USD/03/16, en la que dejaba sin efecto la prohibición de publicitar medicamentos de prescripción a dicho colectivo y que supuso que la publicidad de medicamentos de prescripción a los enfermeros superara el filtro deontológico.

Sin embargo, desde un punto de vista legal, la nueva regulación no ha zanjado las dudas interpretativas sobre la citada disposición, en particular respecto de qué productos y a partir de cuándo resulta posible publicitar medicamentos sujetos a prescripción a este colectivo profesional.

En este sentido, podría entenderse que la publicidad de medicamentos a enfermeros queda supeditada a la aprobación de los correspondientes protocolos y guías de práctica clínica que contengan el listado de medicamentos y grupos de medicamentos objeto de indicación, así como al ulterior desarrollo reglamentario del procedimiento de acreditación por las Comunidades Autónomas. No obstante, ni la finalidad perseguida por la nueva regulación, ni la evolución normativa en la materia, que trata de fomentar la colaboración multidisciplinar en busca de una atención verdaderamente integral que garantice la *“continuidad asistencial y seguridad de los pacientes”*, avalan esta posición, más aún cuando las actividades de promoción lleva-

das a cabo por las empresas tienen por objeto informar acerca de las propiedades y modos de administración de los medicamentos lo que, en definitiva, beneficia al paciente.

Del anticipo en los contratos de compraventa: arras o mera señal

Gonzaga Guerrero
Departamento de Procesal

Unido a los contratos de compraventa, es frecuente ver cómo los compradores entregan a los vendedores una cantidad inicial, cantidad que puede constituir una simple señal para mostrar la voluntad (futura y no vinculante) de adquirir el bien o que, en cambio, puede tener la calificación de arras y suponer la consumación del contrato de compraventa. Y es esta distinción entre una simple señal y un contrato de arras lo que causa una mayor litigiosidad, por lo que conviene tener clara la diferencia para evitar futuros conflictos.

Así, cuando las partes deciden configurar la cantidad adelantada como una mera señal, no estamos sino ante un pago a cuenta del precio final, que se sujeta a la eventual celebración del contrato. Si una de las partes decidiera finalmente no celebrar la compraventa, nacerá la obligación de reintegrar la cantidad percibida, pero las partes no tendrán derecho a un mayor resarcimiento (Sentencia 193/2008 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de marzo).

Caso distinto es el contrato de arras, el cual, a diferencia de la mera señal, implica la consumación del contrato compraventa. En este sentido, hay que tener claro que el contrato de arras es un contrato accesorio del contrato de compraventa y, como tal, va siempre unido al mismo. Es

decir, para la existencia de un pacto de arras, es condición necesaria la existencia de un contrato de compraventa, al que irá unido como negocio accesorio (Sentencia de 29 de julio de 1997 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo).

Ahora bien, para ver qué consecuencias tiene para las partes el pacto de arras, conviene diferenciar entre arras confirmatorias, penales o penitenciales. Esta diferencia no es baladí. Así, mientras que unas permiten a las partes separarse del contrato de compraventa de manera unilateral, otras suponen una confirmación de que dicho contrato se ha celebrado, siendo éste plenamente eficaz.

A continuación, exponemos las principales diferencias entre las arras confirmatorias, penales y penitenciales.

Las arras confirmatorias suponen un anticipo del precio y van dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una prueba evidente de que la voluntad de las partes fue la de formalizar un contrato de compraventa. Cualquiera de las partes podría entonces exigir el cumplimiento del contrato a la otra parte mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa (en definitiva, a exigir la entrega y transmisión del pleno dominio a favor del comprador).

En cuanto a las arras configuradas claramente como penales, suponen éstas también una prueba de que la voluntad de las partes fue la eficacia del contrato de compraventa, teniendo las arras el carácter de cláusula penal. Es decir, las consecuencias del incumplimiento del contrato quedan así prefijadas, de modo que los daños y perjuicios a reclamar son ya calculados de antemano en el importe de la cantidad entregada.



Hay que extremar la precaución ante la entrega de cantidades en previsión de una futura compraventa de inmueble, puesto que lo que en un principio parecería una “señal” o reserva puede descubrirse como un verdadero contrato de compraventa.

Por último, las arras penitenciales, a diferencia de los demás tipos de arras, constituyen una facultad de desistimiento unilateral del contrato de compraventa, esto es, sin causa que lo justifique. Existe un verdadero contrato de compraventa, si bien, a diferencia de dos supuestos anteriores, las partes tienen la posibilidad de no transmitir el bien inmueble, siendo la consecuencia legal que el comprador perderá el importe entregado en caso de desistir, o devolverá el vendedor el doble de lo recibido si es esta parte quien desiste de la compraventa.

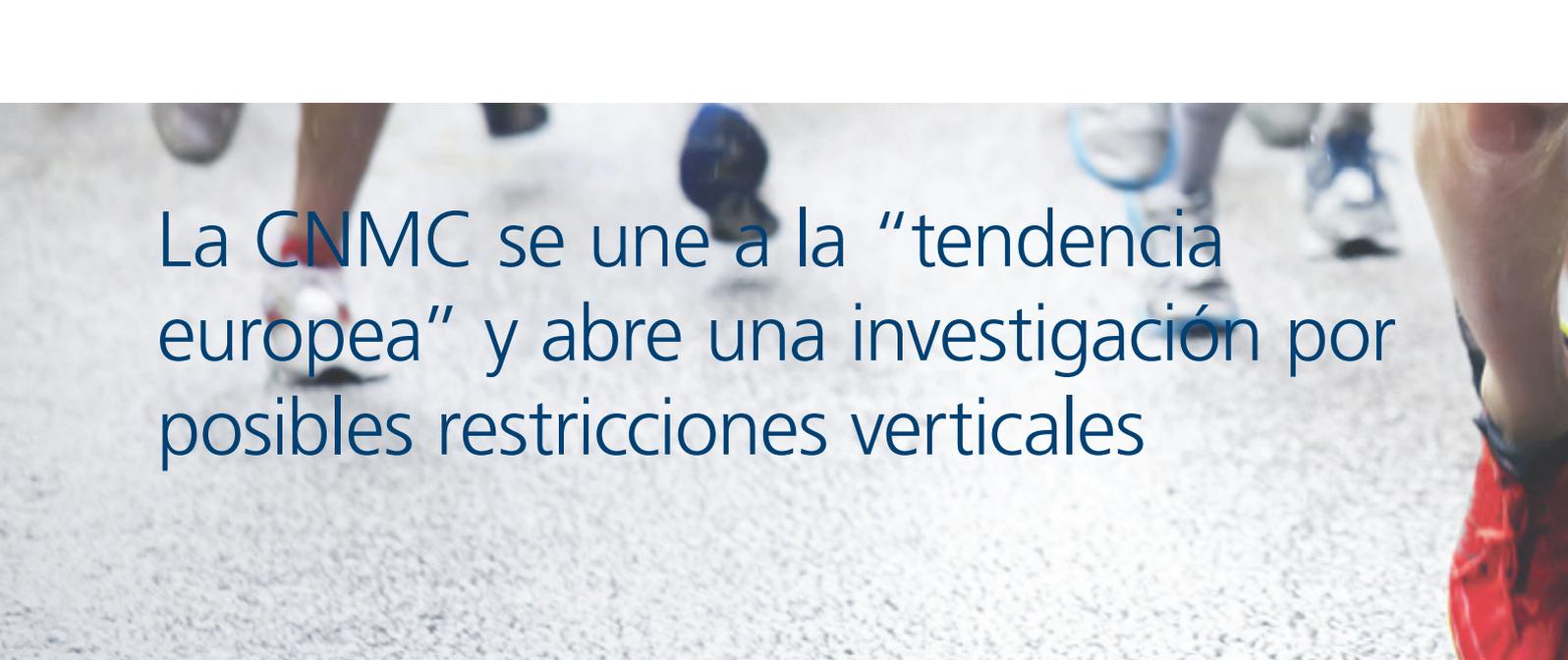
Pero ¿cómo saber ante qué tipo de arras nos encontramos si el contrato no lo especifica de forma clara?

Pues bien, la jurisprudencia es unánime al respecto. Así, establece que para que el pacto de arras tenga carácter penitencial, las partes deberán acordarlo de forma indubitada, expresando de una manera clara su intención de poder separarse del contrato. De este modo, si no se pacta la facultad resolutoria, se entenderá que las arras son confirmatorias (Sentencia 583/2018 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 17 de octubre).

Es decir, si queremos que las arras entregadas tengan el carácter de arras penitenciales -y, por tanto, permitan desistir libremente del contrato-, la voluntad de las partes al respecto debe ser clara y precisa. Por su parte, el carácter penitencial debe venir expresamente pactado en el contrato, pues de lo contrario, las arras pactadas serán confirmatorias.

En conclusión, hay que extremar la precaución ante la entrega de cantidades en previsión de una futura compraventa de inmueble, puesto que lo que en un principio parecería una “señal” o reserva puede descubrirse como un verdade-

ro contrato de compraventa, con la consecuencia implícita de que las partes no podrán desistir del mismo en caso de arrepentimiento.



La CNMC se une a la “tendencia europea” y abre una investigación por posibles restricciones verticales

Aida Oviedo y Ana Jiménez-Clavería
Departamento de Competencia y UE

La CNMC ha acordado la apertura de un expediente sancionador (S/DC/0631/18) por prácticas restrictivas de la competencia contra Adidas España en relación con sus franquiciados.

Según la [nota de prensa](#) de la CNMC, la investigación se habría iniciado a raíz de una denuncia y se habría incoado formalmente tras la realización de una información reservada para recabar indicios de infracción.

En particular, estos indicios se relacionarían con la inclusión en los contratos de Adidas España con sus franquiciados de (i) cláusulas restrictivas de ventas *online* y ventas cruzadas en los contratos de los franquiciados, y (ii) de cláusulas de no competencia. Además, se habrían detectado (iii) posibles prácticas de fijación de los precios de reventa de los franquiciados. Aprovechamos la publicación de esta noticia para recordar cuándo este tipo de medidas puede infringir la normativa de competencia.

(i) Restricciones del comercio *online*

De acuerdo con la normativa de competencia, un fabricante debe permitir a sus distribuidores vender *online*, salvo que exista una justificación para limitar –y en ningún caso de manera absoluta– este tipo de ventas; por ejemplo, para garantizar la imagen de marca de productos de lujo en un sistema de distribución selectiva (sentencia del TJUE en el [asunto Coty](#) en relación con posibles restricciones a ventas en *marketplaces* como Amazon o Ebay).

La investigación de la CNMC sobre limitaciones a las ventas *online* parecería sumarse a la última tendencia europea de perseguir restricciones verticales de la competencia en este ámbito, especialmente tras la [consulta de la Comisión Europea sobre comercio *online*](#).

Asimismo, la autoridad francesa de la competencia ha sancionado recientemente a la empresa alemana de producción de motosierras y productos de jardinería “Stihl” con multa de 7 millones de euros por restringir las ventas *online* de sus distribuidores en el marco de un sistema de distribución selectiva. En concreto, Stihl exigía la entrega en mano de los productos, lo que impedía *de facto* a los distribuidores poder vender sus productos *online*, práctica prohibida, tal y como confirmó el TJUE en el asunto *Pierre Fabre*. Por otra parte, si bien los hechos en el caso concreto no eran equiparables a los del asunto *Coty*, la autoridad francesa se pronunció (a modo de *obiter dicta*) a favor de extender la posible prohibición de ventas en *marketplaces* a productos que no fueran considerados necesariamente ‘de lujo’.

(ii) Cláusulas de no-competencia

Según la normativa europea, las cláusulas de no-competencia o marca única no restringen la competencia, en la medida en que la cuota de las partes sea inferior al 30% en los mercados de venta y compra respectivos y siempre que su duración no vaya más allá de los 5 años. Fuera de estos supuestos, se debe llevar a cabo una autoevaluación para determinar si la obligación de marca única puede restringir la competencia y, por tanto, si está o no exenta de prohibición.



Las restricciones verticales y, en particular, las restricciones a la venta *online* y la fijación de los precios de reventa, vuelven a estar en el punto de mira de las autoridades de la competencia.

(iii) Precios de reventa

De acuerdo con las normas de competencia, está prohibida la fijación de precios de reventa o el establecimiento de precios mínimos. No obstante, se permite la recomendación de precios o el establecimiento de precios máximos siempre que éstos no den lugar a efectos restrictivos de la competencia (se presume que tal es el caso cuando se está por debajo del umbral del 30%). A este respecto, una posición de mercado del proveedor particularmente significativa podría hacer que un precio de reventa máximo o recomendado lleve a una aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los revendedores, ya que éstos podrían utilizarlo como punto de referencia.

Además, se prohíbe la fijación de los precios de reventa mediante métodos indirectos, tales como la determinación del margen de distribución; la fijación del nivel máximo de descuentos; la vinculación del precio de reventa a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, el retraso o la suspensión de entregas o la resolución del contrato en relación con la observancia de un determinado nivel de precios, etc.

La investigación de la CNMC de prácticas relacionadas con el mantenimiento de los precios de reventa se suma a la investigación de la Comisión Europea que terminó con la imposición de multas de 111 millones de euros a *Asus*, *Denon & Marantz*, *Philips* y *Pioneer* por limitar la libertad de sus distribuidores minoristas de fijar sus propios precios de reventa y a la reciente [investigación de la autoridad polaca](#) sobre las conductas de *Brother* en este sentido.

Todo lo anterior revela que las restricciones verticales y, en particular, las restricciones a la venta *online* y la fijación de

los precios de reventa, vuelven a estar en el punto de mira de las autoridades de la competencia.

Responsabilidad del titular de una conexión a Internet utilizada para cometer una infracción de derechos de autor

Blanca Cortés y Alberto Colomina
Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual

Según el TJUE, el titular de la conexión no puede evitar su responsabilidad por infracciones de los derechos de propiedad intelectual simplemente designando un miembro de su familia que pudo acceder a dicha conexión, sin más precisiones en cuanto al momento en que la utilizó y la naturaleza del uso que haya hecho de ella.

La STJUE de 18 de octubre de 2018 (asunto C-149/17) tiene su origen en las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich I en el marco de una demanda presentada por la editora literaria Bastei Lübbe contra el Sr. Strotzer, titular de la conexión a Internet a través de la cual se compartió, en una red *peer-to-peer*, un audiolibro cuyos derechos correspondían a la editora en su calidad de productora fonográfica. El demandado negaba haber cometido una infracción de derechos de propiedad intelectual y afirmaba que sus padres, con los que compartía techo, también tenían acceso a la conexión de Internet. Sin embargo, a criterio del demandado, ellos no disponían de la obra, desconocían la existencia de la plataforma de intercambio de archivos y su ordenador se encontraba apagado en el momento de cometerse la infracción.

De acuerdo con la normativa alemana y la interpretación que de ésta han realizado los tribunales, se presume que el infractor es el titular de la conexión a Internet, siempre y cuando ningún tercero hubiera tenido acceso a dicha co-

nexión en el momento de cometerse la infracción. Según la posición habitual del Tribunal Supremo alemán, tanto en procedimientos civiles como penales, basta con que el titular de la conexión especifique la identidad de las personas que pudieron haber tenido acceso a la conexión en el momento de cometerse la infracción. La protección de otros derechos fundamentales como la privacidad justifica que no deban proporcionarse más detalles. Así, el titular de una conexión a Internet puede exonerarse de su responsabilidad sin que deba proporcionar datos sobre la fecha y hora en que sus familiares pudieron acceder a ella o de qué forma (a través del móvil, el ordenador, etc.), ni ningún otro dato adicional. Es suficiente con que identifique qué familiares tuvieron la posibilidad de acceder a la conexión.

Mediante sus cuestiones prejudiciales, el Tribunal remitente cuestiona, en esencia, si debe interpretarse que las Directivas (i) 2001/29, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, y (ii) 2004/48, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual el titular de una conexión a Internet, a través de la que se han cometido infracciones de derechos, no puede incurrir en responsabilidad cuando designe al menos un miembro de su familia que pudo acceder a dicha conexión, sin facilitar más datos sobre la fecha y forma en que se utilizó.

Al respecto, el TJUE considera que el titular de una conexión a Internet, a través de la cual se ha cometido una infracción de derechos, no puede burlar su responsabilidad limitándose a identificar a los familiares que pudieron acceder a ella, sino que es preciso que aporte datos adicionales. De otro modo, el titular de los derechos quedaría indefenso, pues no dispondría de otra forma de obtener



El Tribunal afirma que, para evitar una injerencia excesiva en la vida familiar y, al mismo tiempo, asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, los titulares deben disponer de otros recursos como permitir, sin más, que se reconozca la responsabilidad del titular de la conexión a Internet.

las pruebas necesarias para acreditar la infracción e identificar al infractor. El TJUE recuerda que el artículo 6.1 de la Directiva 2004/48 impone a los Estados miembros la obligación de velar por que las autoridades competentes puedan requerir del demandado las pruebas que obren en su poder, siempre que el perjudicado por la infracción presente pruebas razonables y suficientes de que éste pueda tenerlas. De ahí, según el TJUE, que los Estados miembros deban permitir que el perjudicado por la infracción pueda obtener las pruebas necesarias que se encuentren en poder del demandado, siempre que se respete la protección de los datos que puedan resultar confidenciales.

En definitiva, las Directivas mencionadas obligan a los Estados miembros a establecer sanciones efectivas y disuasorias, así como medidas, procedimientos y remedios que garanticen el respeto de los derechos de propiedad intelectual. A criterio del TJUE, cuando la normativa alemana atribuye una protección casi absoluta a los familiares del titular de la conexión a Internet, no está estableciendo medidas suficientes y, por tanto, no garantiza el respeto de los derechos de propiedad intelectual del titular.

A este respecto, el Tribunal afirma que, para evitar una injerencia excesiva en la vida familiar y, al mismo tiempo, asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, los titulares deben disponer de otros recursos como permitir, sin más, que se reconozca la responsabilidad del titular de la conexión a Internet.

No obstante, el TJUE advierte que corresponde al Tribunal remitente comprobar si existen en su Derecho interno otros remedios que permitan a las autoridades judiciales competentes solicitar la entrega de la información necesaria a fin de determinar que se han infringido los derechos

de propiedad intelectual de un tercero e identificar al correspondiente infractor.

Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales

Marta Burgos y Diego de Miguel
Departamento de Tributario

El pasado 19 de octubre, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, destinado a adecuar la normativa fiscal a los nuevos modelos de negocio, surgidos a raíz de la digitalización de la economía, y que se encuentra en fase de consulta e información pública hasta el próximo 15 de noviembre.

Este Anteproyecto, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, es la respuesta de España a la propuesta de Directiva, relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales, presentada por la Comisión Europea, a instancia del Consejo, el pasado 21 de marzo.

Dicha propuesta plantea un impuesto indirecto sobre las prestaciones de determinados servicios digitales, con la finalidad de corregir la inadecuada asignación de derechos de gravamen que se produce como consecuencia de la falta de reconocimiento, por las vigentes normas fiscales internacionales, de la contribución de los usuarios a la creación de valor para las empresas en los países donde éstas desarrollan su actividad.

Por su parte, el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales tiene como finalidad gravar aquellos ingresos generados por las prestaciones de determinados servicios digita-

les en que exista intervención de usuarios en el territorio español. Así pues, los servicios gravados serían aquellos que no podrían existir en su forma actual sin la implicación de los usuarios.

En el Anteproyecto también se destaca que España es el primer país europeo que tiene prevista la aplicación esta figura impositiva, cuyas principales características serían las siguientes:

Se configura como un impuesto de naturaleza indirecta, que grava las prestaciones de determinados servicios digitales en que exista intervención de usuarios situados en el territorio de aplicación del impuesto (es decir, en territorio español –a diferencia de lo que ocurre con el impuesto indirecto por antonomasia, el IVA–).

En este sentido, se considerará como hecho imponible, la prestación de servicios cuyo importe neto de ingresos supere los 750 millones de euros, con una cuantía total de ingresos que supere los 3 millones de euros.

Así, se pretende que únicamente dicho tributo grave las prestaciones de servicios digitales de empresas con gran envergadura en la economía digital, que son aquellas capaces de prestar esos servicios digitales en los que los datos y contribución de los usuarios desempeñan un papel fundamental.

A efectos del Anteproyecto se considerarán como “servicios digitales” exclusivamente los siguientes:

- Publicidad en línea: los consistentes en la inclusión en una interfaz digital, propia o de terceros, de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz.



Las grandes tecnológicas presentes en territorio español se han manifestado en contra de dicho impuesto, y han criticado la decisión de España de fijar esta medida sin esperar a alcanzar previamente una conclusión junto con el resto de colegas europeos.

- Intermediación en línea: los de puesta a disposición de los usuarios de una interfaz digital multifacética (que permita interactuar con distintos usuarios de forma concurrente), que facilite la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios, o que les permita localizar a otros usuarios e interactuar con ellos.
- Transmisión de datos: aquellos recopilados acerca de los usuarios, que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales.

En lo relativo a las reglas de localización, se prevé que las prestaciones de servicios digitales se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto cuando algún usuario esté situado en ese ámbito territorial, con independencia de que el usuario haya satisfecho alguna contraprestación que contribuya a la generación de los ingresos derivados del servicio, estableciéndose reglas específicas de localización en función del tipo de servicio digital.

De igual forma, se recogen ciertos supuestos de no sujeción al impuesto. Por ejemplo, las entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes que tengan lugar entre los usuarios en el marco de un servicio de intermediación en línea (esto es, la venta de un producto por vía electrónica no impactaría al productor, sino al intermediario que proporciona el entorno digital a la transacción).

Respecto de la base imponible del impuesto, estará constituida por el importe de los ingresos, excluidos, en su caso, el IVA u otros impuestos equivalentes, obtenidos por el contribuyente por cada una de las prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto.

El impuesto se exigirá al tipo del 3 por ciento, el devengo se producirá por cada prestación de servicios gravada, y el período de liquidación será trimestral.

No obstante lo anterior, como suele ocurrir ante el anuncio de una medida de este tipo, su llegada no se prevé exenta de polémica.

Como no podía ser de otra forma, las grandes tecnológicas presentes en territorio español se han manifestado en contra de dicho impuesto, y han criticado la decisión de España de fijar esta medida sin esperar a alcanzar previamente una conclusión junto con el resto de colegas europeos (a esta propuesta se ha sumado únicamente el Reino Unido, que implantará a partir del año que viene un impuesto con el que estima recaudar 400 millones de libras al año). De esta forma, consideran que la aprobación de este impuesto implicará un freno a la inversión digital en España.

Desde la óptica del consumidor, la preocupación no debería ser menor. En este sentido, cabe cuestionar si el Gobierno español ha tenido en cuenta el efecto perverso que puede producir la implementación de este nuevo impuesto para los bolsillos de los usuarios de estos servicios, que no es otro que una probable subida automática del precio de los productos y servicios digitales para amortiguar el impacto de este gravamen en las cuentas de las empresas tecnológicas que formalmente lo soporten.

La conclusión es simple, la iniciativa del Gobierno español de adecuar la normativa fiscal a los nuevos modelos de negocio se traducirá, muy previsiblemente, en un incremento de la factura final de los consumidores.

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).



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



Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research and insights that can be personalised.
eguides.cmslegal.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