

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

# Referencias Jurídicas

Abril 2017

# Referencias Jurídicas

Abril 2017

---

## Posts jurídicos

---

### Corporate / M&A

**Reducción de capital y balance obligatorio** .....4  
Francisco Javier Arias

**Los administradores no son garantes de las deudas sociales** .....6  
Ángel Ruiz

### Bancario y Financiero

**Consulta pública sobre modificación de la LMV en materia de abuso de mercado** .....8  
Curra Munuera

**Desarrollo del marco normativo europeo de MIFID II y MIFIR (primera parte)**.....10  
Fernando Revuelta

### Público y Sectores Regulados

**Hacia un recurso especial en materia de contratación con carácter verdaderamente administrativo** .....12  
Eduardo Martínez

### Procesal

**Las hipotecas multidivisa: aplicación de la Directiva Europea sobre los Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID)** .....14  
Pilar Montes

**Prenda sobre créditos futuros y concurso de acreedores: ¿hay privilegio especial?** .....16  
Elisa Martín

**Los créditos contra la masa admiten la compensación en el concurso** .....18  
Irene Siurana

**Condición procesal del ex cónyuge y los hijos menores en la ejecución hipotecaria sobre vivienda familiar** .....20  
Jesús Domínguez

### Propiedad Industrial e Intelectual

**Nueva sentencia del TJUE sobre comunicación pública en hoteles** .....22  
Javier Martínez de Aguirre y Blanca Cortés

## Tributario

**La controversia sobre la deducción por maternidad.**  
**Doctrina administrativa** .....24  
Carlos Palma



# Reducción de capital y balance obligatorio

Francisco Javier Arias  
Departamento de Corporate / M&A

Ciertas reducciones de capital requieren un previo balance auditado y aprobado en Junta General. Aunque en algunos casos, la exigencia tiene su explicación, la extensión a otros supuestos de reducción de capital no está claramente justificada y provoca problemas prácticos. Tal es el caso, sobre todo, de la reducción de capital para la constitución de reservas voluntarias indisponibles.

La LSC somete algunas modalidades de reducción de capital a reglas particulares. Una de ellas es la previsión contenida en el artículo 323 LSC, en la que se exige un balance referido "a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo", previamente verificado por un auditor de cuentas (el propio de la sociedad, si está obligada a la auditoría, o uno nombrado por los administradores) y aprobado por la junta general. La exigencia es relevante: al tratarse de una operación que requiere la inscripción registral, es preciso que el balance y el informe de auditoría se incorporen a la escritura pública de reducción. Cabe preguntarse por la razón de este requisito, por un lado, y por el tipo de reducciones a las que se extiende.

En realidad, el balance obligatorio solo se contempla de forma directa para los casos de reducción por pérdidas (artículo 323 LSC). Esta operación tiene por finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de una sociedad, que se reduce por efecto de las

pérdidas. Por sus propias características, la modificación del capital carece de impacto real sobre el patrimonio, tratándose de una operación contable. Lo que se pretende con esta reducción solo es que la cifra de capital refleje con precisión su cobertura patrimonial. Al margen de que, en ocasiones sea obligatoria (véase el artículo 327 LSC), las sociedades pueden usar una opción para recuperar la integridad de la cifra estatutaria del capital. Por sus propias características, se la somete a ciertas reglas especiales.

En primer lugar, debe tratarse de una solución de último recurso. De ahí que, conforme al artículo 322 LSC, no pueda emplearse si existen reservas (en el caso de las sociedades limitadas), o si no hay reservas voluntarias y la legal quedara, después de la reducción, por encima del diez por ciento del capital (en las sociedades anónimas).

En segundo lugar, al tratarse de una reducción de índole contable y que, en última instancia, resulta beneficiosa para el tráfico, al corregir una cifra de capital "ficticia", el legislador reduce los sistemas de protección de los acreedores. Esta consecuencia es especialmente clara en la sociedad anónima, en la que se excluye el derecho de oposición de los acreedores sociales para esta modalidad de reducción (véase el artículo 335 LSC). La regla tiene todo su sentido. Si el derecho de oposición se explica por la disminución del patrimonio mínimo atribuida a la reducción del capital, dado su carácter de cifra de retención, carece de lógica que los acreedores puedan bloquear una reducción que no solo carece de impacto patrimonial, sino que trata de corregir una distorsión ya existente.

Estas especialidades explican la exigencia del balance obligatorio, que permite poner de manifiesto el dese-



En el régimen legal, la obligatoriedad del balance no se limita a la reducción de capital por pérdidas.

equilibrio patrimonial, reflejando los importes de todas las variables necesarias. Al mismo tiempo, la obligada verificación contable permite acreditar la existencia de la situación. Dicho de otro modo, el balance incorpora un mecanismo preventivo: con él se asegura que la reducción obedece, en efecto, a la existencia de pérdidas, que se dan los requisitos necesarios para ello, referidos a las reservas, y que, por tanto, procede el aligeramiento de las exigencias de protección de los acreedores.

En el régimen legal, sin embargo, la obligatoriedad del balance no se limita a la reducción de capital por pérdidas. Este requisito también se establece en la reducción para dotar la reserva legal, por efecto de la remisión del artículo 328 LSC, y el artículo 171 RRM lo extiende a la reducción para dotar reservas voluntarias (para las sociedades anónimas). En ambos casos, se trata de operaciones de alcance meramente contable y no queda clara el porqué del balance obligatorio. Es cierto que la reducción para dotar la reserva legal no atribuye a los acreedores el derecho de oposición (véase el artículo 335 LSC), lo que serviría, de nuevo, para explicar la necesidad del balance como soporte de la operación. Menos claro es el caso de la reducción para dotar reservas voluntarias. Sin duda, en ese caso los fondos “reclasificados” se liberan, pues pasan a ser disponibles sin estar sujetos al rígido régimen del capital. Pero entonces el mecanismo de protección de los acreedores o bien subsiste (es el caso de la anónima), o bien se articula mediante la constitución obligatoria de una reserva indisponible, es decir, sometida a un régimen equivalente al del capital, por el mismo importe (es el caso de la sociedad limitada). Es muy discutible, en esos casos, requerir el balance (como, por otra parte, parece implícito en algunas Resoluciones de la DGRN), pero el

legislador, en apariencia, no ha tenido debidamente en cuenta estas diferencias.



# Los administradores no son garantes de las deudas sociales

Ángel Ruiz

Departamento de Corporate / M&A

El TS ha aclarado recientemente los requisitos necesarios para que pueda prosperar una acción individual de responsabilidad contra un administrador, destacando la excepcionalidad con la que un administrador puede ser obligado a pagar con su propio patrimonio las deudas de la sociedad administrada.

En la STS de 2 de marzo de 2017 (Roj: STS 721/2017) se analiza un supuesto en el que un arrendador interpone una acción individual de responsabilidad frente a un administrador persona jurídica y su representante permanente persona física. La sociedad administrada era la arrendataria de los inmuebles y había llegado a ser declarada en concurso voluntario de acreedores, calificándose el concurso como fortuito.

La reclamación ascendía a más de 3 millones de Euros por razón, fundamentalmente, de rentas impagadas, rentas dejadas de percibir por razón de la extinción anticipada del arrendamiento y por los daños derivados de no devolver las fincas arrendadas en el estado en que se encontraban cuando se inició el arrendamiento.

En primera instancia el demandante logró una estimación parcial de la demanda puesto que los demandados fueron condenados al pago de una cuantía superior a 400.000 Euros, ya que se consideró que se cumplían todos los requisitos necesarios para prosperar la acción individual de responsabilidad.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de la primera instancia por considerar que no concurrían los presupuestos necesarios para estimar la acción individual de responsabilidad.

El demandante recurrió ante el Tribunal Supremo pero el recurso de casación fue desestimado. El Alto Tribunal recordó que para que prospere una acción individual de responsabilidad frente a un administrador, es necesario, resumidamente, demostrar lo siguiente: un comportamiento antijurídico activo o pasivo de los administradores que sea imputable a ellos, un daño directo al tercero y una relación de causalidad (relación causa-efecto) entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

El Tribunal Supremo también recuerda que la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales tiene que ser excepcional porque, en caso contrario, se correrían los siguientes riesgos: no respetar la personalidad jurídica de las sociedades de capital, ni el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los firman; convertir la responsabilidad de los administradores en una especie de responsabilidad objetiva como consecuencia de la confusión (o identificación) entre la actuación del administrador y la actuación de la sociedad administrada; eliminar por completo del tráfico entre empresas el riesgo comercial; o convertir a los administradores en garantes de las sociedades administradas.

En la Sentencia se recuerda que cuando el legislador ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales, ha exigido el incumplimiento del deber de promover la disolución de



La imposibilidad del cobro de sus créditos por los acreedores sociales es un daño directo imputable a los administradores sociales, pero sólo cuando concurren circunstancias muy excepcionales (que no se daban en el caso objeto de la Sentencia).

la sociedad o solicitar el concurso, y ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (artículo 367 LSC).

La Sentencia admite que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado, en determinados supuestos, que la imposibilidad del cobro de sus créditos por los acreedores sociales es un daño directo imputable a los administradores sociales, pero sólo cuando concurren circunstancias muy excepcionales (que no se daban en el caso objeto de la Sentencia): desaparición de hecho de la sociedad, vaciamiento patrimonial fraudulento en beneficio de los administradores o de sociedades o personas con ellos vinculados, etc.

El Alto Tribunal acaba concluyendo que, aunque en el supuesto analizado hubo un daño al arrendador, no tenía su origen en una actuación antijurídica imputable al administrador y que sencillamente lo que había ocurrido es que la arrendataria devino en situación de insolvencia y fue declarada en concurso de acreedores, que fue calificado como fortuito, y que todo ello le imposibilitó cumplir sus obligaciones derivadas de los contratos de arrendamiento suscritos.

En la Sentencia también se indica que cuando se ha causado un perjuicio indirecto a un tercero por razón de la insolvencia de la sociedad, motivada a su vez por una actuación negligente de los administradores, la acción que procede interponer no es la acción individual de responsabilidad sino la acción social de responsabilidad, que permite reintegrar el patrimonio de la sociedad.

Resulta preciso recordar que los acreedores pueden ejercitar la acción social de responsabilidad cuando no

haya sido ejercitada por la sociedad ni por sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (artículo 240 LSC). Si el demandante hubiera ejercitado la acción social de responsabilidad quizás habría tenido más posibilidades de éxito pero, en caso de estimación de la demanda, los desembolsos a los que, en su caso, hubiera sido condenado el administrador se tendrían que haber realizado al patrimonio social, beneficiando al resto de acreedores de la compañía que, no hay que olvidar, se encontraba en concurso de acreedores.

# Consulta pública sobre modificación de la LMV en materia de abuso de mercado

Curra Munuera  
Departamento de Bancario y Financiero

El pasado 27 de marzo de 2017 finalizó la consulta pública sobre el Borrador de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, para adaptarlo al Reglamento (UE) 596/ 2014, de 16 de abril, sobre abuso de mercado y a la Directiva de ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión.

El Reglamento sobre Abuso de Mercado trata de establecer un régimen armonizado a nivel comunitario de, entre otros, la definición de conductas calificadas como abuso de mercado así como “puertos seguros” sobre conductas eventualmente legítimas fundamentadas en determinados mecanismos de control de la información privilegiada y su comunicación en el ejercicio de funciones y actividades profesionales con la intención de garantizar una mayor integración de los mercados financieros.

Por primera vez se regula la situación de las personas que comuniquen incumplimientos en materia de abuso de mercado a las autoridades competentes. Esta figura ya existe en el Reino Unido y en otros países anglosajones.

Los Estados Miembros han de velar por que las autoridades competentes establezcan mecanismos eficaces para permitir la denuncia de posibles infracciones o in-

fracciones reales a las autoridades competentes que incluirán al menos:

- procedimientos para la recepción de denuncias y su seguimiento;
- protección adecuada de los trabajadores que denuncien infracciones frente a represalias, discriminación u otros tratos injustos; y
- protección de datos personales.

La Directiva de ejecución de la Comisión (UE) 2015/2392, de 17 de diciembre, sobre comunicación de posibles infracciones o infracciones reales establece que los Estados Miembros de la Unión desarrolla la necesidad de establecer en el seno de la propia autoridad competente dichos mecanismos y, en concreto, un procedimiento y un canal específico, seguro y confidencial para facilitar la detección de infracciones de las normas vigentes, tanto en materia de abuso de mercado, como de las infracciones de las obligaciones derivadas de MiFid II.

En relación con esta última obligación cabe reseñar que se amplía el ámbito de la comunicación de transacciones sospechosas estableciendo la obligación de notificación sin demora a la autoridad competente de la plataforma de negociación se refiere no sólo a transacciones ejecutadas sino también a órdenes formuladas que puedan constituir una operación con información privilegiada o una manipulación de mercado o bien un intento de cualquiera de ellas.

La aplicación inmediata de las reglas de prospección de mercado o las de retraso en la publicación de la información privilegiada contenidas en el Reglamento sobre



La consulta prevé la introducción de modificaciones para establecer las condiciones necesarias para la aplicación de estándares de detección y de prevención del abuso de mercado acordados en la Unión.

Abuso de Mercado es indudable habiendo sido además desarrolladas por reglamentos delegados y complementados en su interpretación con suficiente detalle y casuística mediante las guías e informes de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA, en las siglas de su denominación en inglés). Sin embargo, la aplicación del régimen sancionador y de comunicación de infracciones u operaciones sospechosas requiere de cierta “transposición” a pesar de contenerse en un reglamento comunitario al requerir el desarrollo en norma nacional de los mecanismos necesarios para su aplicación inmediata y que no han sido incluidos en dicho instrumento comunitario.

Para ello ha de modificarse el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y a tal efecto la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera abrió un periodo de consulta en relación con las modificaciones que se habrían de introducir en dicho texto, que cerró el pasado 27 de marzo.

Uno de los cambios sustantivos más significativo que se ha de proponer es extender la definición establecida para la información privilegiada a la tradicional de la información relevante. La definición de información privilegiada contenida en el Reglamento sobre abuso de Mercado (como ya ocurría antes) coincide con la de información relevante utilizada en el artículo 228 LMV: información que *“puede influir en el precio de cotización” (price sensitive)*.

No obstante, las reglas de publicación o comunicación difieren, lo que se traduce en la práctica en un riesgo de incumplimiento del Reglamento de Abuso de Mercado si sólo se atiende a lo previsto en el artículo 228 de la LMV, en particular a sus apartados 1 y 3. La principal dificultad reside en discernir qué hacer con la información que aún no es suficientemente precisa para ser publicada, pero no debería ser usada por constituir información privilegiada.

La consulta prevé la introducción de otras modificaciones para establecer las condiciones necesarias para la aplicación de estándares de detección y de prevención del abuso de mercado acordados en la Unión.

A tal efecto se establecen tres objetivos intermedios o instrumentales: la tipificación de infracciones y previsión de sanciones, la atribución de nuevas facultades y de medidas

administrativas al supervisor, y el favorecimiento de medidas de detección.

Como novedad se prevé sancionar la infracción del deber de crear una lista de iniciados. A este respecto, cabe señalar muy sucintamente que la lista de iniciados ha de elaborarla el emisor en caso de operaciones sobre sus propios valores o sus asesores y mandatarios pudiendo recabar de todas las partes información, entre otros, sobre la identidad de las personas físicas relativas o relacionadas con las personas jurídicas implicadas. El resto de partes involucradas en la operación deberán llevar también una lista relativa a los iniciados de cada uno de ellos como medida si ne que non para controlar el flujo de la información privilegiada. La lista de iniciados que ha de llevar el emisor es responsabilidad del emisor que también habrá de controlar el flujo, entre otras cuestiones relevantes.

También deberá tipificarse de forma clara las infracciones relativas a operaciones ilícitas realizadas por directivos sobre las acciones de la sociedad (artículo 19 del Reglamento sobre Abuso de Mercado).

La aplicación del Reglamento sobre Abuso de Mercado exige atribuir nuevas facultades al supervisor que resultan de lo previsto los artículos 23 y 31 del Reglamento sobre Abuso de Mercado, entre otras, la posibilidad de solicitar o exigir información de aquellas personas que intervienen sucesivamente en la transmisión de órdenes o en la ejecución de las operaciones consideradas, así como de sus directivos, solicitar la congelación o el embargo de activos; suspender la negociación del instrumento financiero en cuestión o requerir el cese temporal de toda práctica que la autoridad competente considere contraria al Reglamento.

Quedamos ahora a la espera de ver los resultados de la consulta concretados en propuestas de redacción de los mecanismos necesarios para la eficacia inmediata de las reglas contenidas en el Reglamento sobre Abuso de Mercado que necesitan de la adaptación de nuestra LMV.

Por último, se ha querido favorecer la creación de sistemas de la detección y sanción de infracciones. El Reglamento incorpora (artículos 32 y 34) la necesidad de establecer mecanismos eficaces que permitan la identificación y denuncia de posibles infracciones y la correspondiente publicidad.

# Desarrollo del marco normativo europeo de MIFID II y MIFIR (primera parte)

Fernando Revuelta  
Departamento de Bancario y Financiero

Con fecha 31 de marzo de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva Delegada (UE) 2017/593 de la Comisión, de 7 de abril de 2016 y los Reglamentos Delegados por los que se desarrolla la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como MiFID II). Dicha Directiva y Reglamentos Delegados forman el nivel II de desarrollo técnico de MiFID II y MiFIR (nivel I), cuya entrada en vigor está prevista para el próximo 3 de enero de 2018. Todo ello, sin perjuicio de los futuros trabajos adicionales de implementación (el nivel III) y de los nacionales de transposición de las Directivas. En esta primera publicación nos ocuparemos del desarrollo de MiFID II por la Directiva Delegada (UE) 2017/593.

La Directiva Delegada de la Comisión 2017/593, de 7 de abril de 2016 complementa MiFID II, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios. La norma europea deberá ser traspuesta por

los Estados miembros a más tardar el 3 de julio de 2017 y su fecha de aplicación efectiva será el 3 de enero de 2018, coincidiendo con la entrada en vigor de MiFID II y MiFIR.

De la Directiva Delegada 2017/593 queremos destacar las siguientes cuestiones:

- Se especifica el marco regulador para la protección de los inversores y la integridad de los mercados con el objetivo de mejorar la salvaguarda de los instrumentos financieros y su depósito y los fondos de los clientes. MiFID II ya recogía en su articulado la obligación para las empresas de servicios de inversión de adoptar las medidas adecuadas y específicas que garanticen la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos de los clientes. En particular se recoge que cuando una empresa de inversión deposite fondos que custodie en nombre de un cliente en un fondo UCITS, y por lo tanto no estén depositados en un banco, central, entidad de crédito autorizada comunitaria o en un banco autorizado en un país tercero, deberá solicitarse a los clientes que consientan de manera explícita el depósito de tales fondos.

En cuanto a la salvaguarda de los instrumentos y los fondos de los clientes, se exige a las empresas de servicios de inversión que lleven registros y cuentas que les permitan en cualquier momento, y sin demora, distinguir los activos de un cliente de los activos de otro cliente y de sus propios activos. Adicionalmente, con el fin de atenuar los riesgos de una responsabilidad fragmentada y corregir situaciones en las que las empresas de servicios de



La norma europea deberá ser traspuesta por los Estados miembros a más tardar el 3 de julio de 2017 y su fecha de aplicación efectiva será el 3 de enero de 2018, coincidiendo con la entrada en vigor de MiFID II y MiFIR.

inversión carezcan de una visión global de los medios de los que disponen para atender sus obligaciones, se establece la obligación de designar a un único encargado que asuma la responsabilidad general. El encargado único debe, entre otras, informar a la alta dirección de la empresa de servicios de inversión sobre la supervisión de la efectividad de ésta en cuanto al cumplimiento de los requisitos en materia de salvaguarda de los activos de los clientes. El encargado único podrá desempeñar otras funciones siempre y cuando no le impida atender las obligaciones relativas a la salvaguarda eficaz de los instrumentos financieros y los fondos de los clientes.

- Se establece que las empresas de servicios de inversión pueden llevar a cabo acuerdos de garantía con cambio de titularidad (AGCT) con los clientes no minoristas. Para ello es necesario que estos acuerdos cumplan con determinadas condiciones de idoneidad entre las obligaciones de los clientes con la empresa de servicios de inversión y los activos de los clientes sujetos a los AGCT. MiFID II prohibía que las empresas de servicios de inversión realizaran AGCT, con los clientes minoristas únicamente, dado que ello era posible si los clientes eran no minoristas. Esta Directiva aclara que se pueden celebrar AGCT con clientes no minoristas y pretende, a su vez, mitigar el riesgo de que empresas de servicios de inversión utilicen los AGCT más de lo debido y no se protejan los activos de los clientes no minoristas correctamente.
- Se aclara cuándo un honorario, comisión o beneficio no monetario está diseñado para elevar la calidad del servicio pertinente al cliente. El tratamiento de

los incentivos ya estaba presente en MiFID II, que establecía las condiciones de cuando podían ser abonados o recibidos. Para ello era necesario que (i) hubieran sido concebidos para mejorar la calidad del servicio pertinente prestado al cliente, y, siempre y cuando, (ii) no perjudicaran el cumplimiento de la obligación de la empresa de servicios de inversión de actuar con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes. La Directiva (i) aclara cuándo se debe entender que los incentivos mejoran la calidad del servicio pertinente prestado al cliente, (ii) establece la obligación de disponer de medios que acrediten que los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios abonados o percibidos se han diseñado para elevar la calidad del servicio pertinente prestado al cliente y (iii) recoge la obligación de difusión de determinada información al cliente en relación con los pagos o los beneficios percibidos de terceros, o abonados a éstos.

# Hacia un recurso especial en materia de contratación con carácter verdaderamente administrativo



Eduardo Martínez  
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que viene a transponer al ordenamiento español las Directivas 2014/23 y 2014/24, se encuentra en plena tramitación parlamentaria con el objetivo de ser aprobado antes del verano. Son muchas las novedades que establece pero una de ellas parece estar pasando desapercibida: el legislador va a convertir el recurso especial en materia de contratación en un verdadero recurso administrativo, algo que se venía demandando por el sector empresarial, la doctrina e incluso el propio Consejo de Estado para dotar de una mayor seguridad jurídica a este valioso instrumento de control administrativo.

En efecto, desde la introducción del recurso especial en nuestro país en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y tras las reformas posteriores introducidas en su régimen jurídico por las Leyes 34/2010 y 24/2011, así como por el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (norma actualmente en vigor), se establecieron importantes peculiaridades amparadas en “razones de celeridad” en la tramitación y resolución del recurso que, en la práctica, suponen la exclusión de elementos configuradores de los recursos en la legislación de procedimiento administrativo (tanto de la antigua Ley

30/92 como de la vigente Ley 39/2015) y han generado innumerables problemas prácticos durante la vigencia de este recurso. Nos referimos a la obligación de presentación de un anuncio previo al propio recurso, al cómputo del plazo para su presentación a partir del día siguiente a aquel en que se *remita* la notificación del acto impugnado (adjudicaciones), así como a la relativa a la necesaria presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. Como puede observarse, sólo estos tres elementos configuradores del recurso especial hacen que su descripción como “administrativo” sea más por oposición a un recurso judicial que porque reúna las características básicas de un recurso administrativo.

Pues bien, el Proyecto actualmente en tramitación ha modificado el régimen jurídico en vigor en relación con los tres elementos mencionados.

Así, en cuanto al anuncio previo, característica del recurso especial introducida en la Ley 34/2010 con la finalidad de que la entidad contratante conozca que se va a impugnar su resolución, se elimina su exigencia, bastando con la presentación del escrito del recurso. Esta eliminación es coherente con la posición que venía defendiendo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dado que consideraba que su falta de presentación cuando el recurso se presentaba ante el órgano de contratación, quedaba subsanada por la propia presentación de ese escrito (por ejemplo Resolución TACRC 203/2013), mientras que en el caso de que el recurso fuese presentado ante el Tribunal Administrativo competente, la falta de comunicación al órgano de contratación quedaría subsanada con la solicitud del expediente a ese órgano tras la interposición del recurso



Nos encontramos ante unas modificaciones absolutamente claves para poder afirmar que el recurso especial, si el contenido del Proyecto en este ámbito sale finalmente adelante, es un verdadero recurso administrativo.

(por ejemplo, Resolución TACRC n° 211/2013). En definitiva, en la práctica carecía ya de relevancia su presentación y ello sin olvidar que ningún recurso administrativo prevé este tipo de escrito de “anuncio”.

Igualmente, se elimina en el Proyecto el requisito de presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, requisito éste que se encontraba ya en la Ley 30/2007 y que se justificaba esencialmente en las mencionadas “razones de celeridad”. Esta importante excepción al régimen general de presentación de escritos ante la Administración, siempre ha sido objeto de crítica. El propio Consejo de Estado, en su Dictamen de análisis del anteproyecto, sugirió la aplicación del régimen general (presentación de escritos en cualquier registro administrativo) pero con la obligación de comunicación inmediata a los mencionados órganos y así es cómo se ha recogido en el texto del Proyecto.

Finalmente, en relación con el cómputo del dies a quo del plazo de interposición del recurso en el supuesto de resoluciones de adjudicación, que curiosamente no se introdujo hasta la Ley 34/2010, se vincula en el Proyecto no al día siguiente a aquél en que “se remita la notificación del acto impugnado”, sino al día siguiente al que se haya notificado (ahora obligatoriamente por medios electrónicos), eso sí, con los matices derivados de esa comunicación electrónica. Así, se computará desde la notificación en los casos en que el acto no se haya publicado el mismo día en el Perfil del Contratante. En caso contrario, se computará desde la fecha de envío de la notificación electrónica o del aviso de notificación. Pues bien, en cualquiera de los dos casos el administrado tiene posibilidad de conocer la resolución y la fecha desde

la que se computará el plazo de impugnación desde el momento que se remite la comunicación, mientras que en la actualidad el plazo comienza sin tener siquiera acceso al contenido del acto (ya que es necesario averiguar –nada menos– cuándo la Administración ha depositado la resolución en Correos).

En definitiva, nos encontramos ante unas modificaciones absolutamente claves para poder afirmar que el recurso especial, si el contenido del Proyecto en este ámbito sale finalmente adelante, es un verdadero recurso administrativo.



# Las hipotecas multidivisa: aplicación de la Directiva Europea sobre los Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID)

Pilar Montes  
Departamento de Procesal

La contradicción entre la sentencia del tribunal supremo de 30 de junio de 2015 y la del tribunal de justicia de la unión europea de 3 de diciembre de 2015.

La hipoteca multidivisa es un producto bancario mediante el cual un banco presta a un cliente una cantidad de dinero en una moneda extranjera, quedando el primero comprometido a devolver la cantidad prestada en esa misma moneda. Pongamos como ejemplo el yen.

Durante la duración del préstamo, el cliente tiene la posibilidad de cambiarlo a otra moneda de su elección. Al hacer uso de esta facultad, el cliente tendrá que devolverle al Banco la cantidad prestada en la nueva moneda elegida, aplicándole al principal el tipo de cambio que corresponda con respecto del yen, siguiendo con nuestro ejemplo.

El índice al que se referenciaría el tipo de interés en este caso sería el Libor-Yen (*London InterBank Offered Rate*), lo que permite pagar menos intereses que con un préstamo referenciado al Euribor.

Estos contratos han dado lugar a incontables demandas por parte de clientes que alegan un vicio en su consentimiento por un error a la hora de contratar, principalmente por no haber recibido la información necesaria por parte del banco.

Y desde luego, a la hora de determinar si el banco facilitó al cliente toda la información que debía, resulta de suma

importancia determinar si es aplicable la normativa MiFID a este tipo de préstamos. En caso de considerarse de aplicación esta normativa, las obligaciones de información del banco son muy superiores al encontrarse entre estas exigencias, por ejemplo, la elaboración de un test de idoneidad. Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") como el Tribunal Supremo ("TS") han analizado la aplicación de esta normativa a las llamadas "hipotecas multidivisa" llegando a conclusiones opuestas.

En primer lugar, la sentencia del TS 323/2015 de 30 de junio, afirma que la hipoteca multidivisa es un instrumento financiero derivado y complejo incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores ("LMV"). Esto tiene como consecuencia que la entidad prestamista esté obligada a cumplir con los deberes de información que le impone la LMV en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que traspuso la directiva MiFID (artículo 79 bis de la vigente LMV) y que se haga una inversión de la carga de la prueba, siendo deber del prestamista demostrar que cumplió con las obligaciones impuestas por el TRLMV.

En segundo lugar y en sentido contrario, la sentencia del TJUE C-312/2014 de 3 de diciembre de 2015 establece que en los préstamos en divisa no se presta un servicio de inversión sobre un instrumento financiero teniendo en cuenta lo dispuesto en la Directiva MiFID, ya que su finalidad no es llevar a cabo una inversión, sino que se trata de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo (la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario). Esto tiene como consecuencia que, en virtud del artículo 217 de la LEC, la carga de la prueba no se invierta y siga



Tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como el Banco de España, como numerosas Audiencias Provinciales se han pronunciado en el mismo sentido que el TJUE sobre la naturaleza de la hipoteca multidivisa, siendo estos criterios contrarios al del TS.

correspondiendo al actor, en estos casos, al cliente prestatario.

En el Anexo I, Sección C de la directiva MiFID se enumeran los que se consideran instrumentos financieros, y de igual manera se hace en el Artículo 2 de la LMV. Si analizamos ambas normativas nos damos cuenta de que los instrumentos financieros son los mismos, y es ahora donde cabe preguntarse ¿es posible que de dos textos prácticamente idénticos se pueda extraer una interpretación completamente opuesta acerca de lo que se considera un instrumento financiero?

Tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV"), como el Banco de España, como numerosas Audiencias Provinciales se han pronunciado en el mismo sentido que el TJUE sobre la naturaleza de la hipoteca multidivisa, siendo estos criterios contrarios al del TS.

En concreto, la sentencia de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona 12/2016 de 19 de enero establece que, si bien la naturaleza y las características de este tipo de préstamos fueron analizadas por el TS en su sentencia de 30 de junio de 2015, el TJUE, Tribunal directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria, concluye de forma total y frontalmente opuesta a lo dicho por el TS. En su conclusión se establece, al igual que en opinión de otras muchas Audiencias Provinciales (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª 474/2016 de 27 de diciembre y sección 12ª 472/2016 de 15 de diciembre o Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, 300/2016 de 26 de septiembre), de la CNMV y del Banco de España, que las hipotecas multidivisa no son instrumentos financieros derivados ni constituyen un servicio de inversión, y que por ende, no les es de apli-

cación el TRLMV al no contener un instrumento derivado financiero implícito en cuanto a las operaciones o actividades de cambio ya que éstas se limitan a la conversión de la divisa a la moneda nacional y no tienen otra función que la de servir de modalidad de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo.

Ante semejante contradicción, sólo cabe esperar. A la vista está que aún no se ha dicho la última palabra..

# Prenda sobre créditos futuros y concurso de acreedores: ¿hay privilegio especial?

Elisa Martín  
Departamento de Procesal

El Tribunal Supremo confirma que la atribución de un privilegio especial, en caso de créditos garantizados con prenda sobre derechos de crédito futuros, depende de que la relación de la que emana el crédito ofrecido en garantía existiera antes de la declaración de concurso.

En fecha 13 de marzo de 2017, el Tribunal Supremo (Ponente Rafael Sarazá Jimena) dictó sentencia en un recurso de casación con origen en un incidente concursal de impugnación de lista de acreedores. El objeto del recurso era la clasificación de determinados créditos que se encontraban garantizados con derechos reales de prenda, constituidos a su vez sobre derechos de crédito futuros.

Es relevante el hecho de que al supuesto planteado le era aplicable la redacción del artículo 90 de la Ley Concursal (que recoge los créditos con privilegio especial) previa a la reforma introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre. A diferencia del texto vigente, que desde dicha reforma sí regula los requisitos específicos para calificar como privilegiados los créditos garantizados con prenda de derechos de crédito futuros, la normativa vigente cuando se planteó el litigio no decía nada al respecto. La única mención a los créditos garantizados con prenda sobre otros créditos establecía que, para gozar de privilegio, bastaba con que la prenda constase en documento con fecha fehaciente. Nada se decía sobre el supuesto particular de la prenda sobre créditos futuros.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal Supremo se apoya en la doctrina precedente al respecto de la cesión de créditos futuros, aplicando el mismo razonamiento a la pignoración de esta clase de derechos de crédito. En este sentido, concluye que el elemento que determinará si se clasifica como privilegiado especial al crédito garantizado con un derecho de crédito futuro será si la relación jurídica fuente del mismo ya había nacido y estaba definida antes de la declaración del concurso. En caso afirmativo, el crédito garantizado con esta clase de prenda gozará de privilegio especial; de lo contrario, recibirá la clasificación que le corresponda en función de su naturaleza conforme a los criterios establecidos por la Ley Concursal. Por tanto, el elemento relevante es el nacimiento, como tal y con sus elementos definitorios, de la relación jurídica de la que emane el crédito futuro ofrecido en garantía, siendo irrelevante si este último ha nacido o no a la declaración del concurso. En el supuesto contemplado por la sentencia, en el que se habían pignorado, entre otros, créditos por devoluciones de ingresos tributarios, el Tribunal Supremo advierte expresamente que ha de considerarse nacida la relación jurídica antes de la declaración del concurso cuando el hecho imponible del impuesto cuya devolución se hubiera pignorado fuera también anterior a la declaración del concurso.

Por otra parte, en el asunto enjuiciado, las distintas prendas habían sido notificadas a los posibles deudores de los créditos futuros pignorados y se habían inscrito en el Registro de Bienes Muebles. A este respecto, el Tribunal Supremo matiza que tal circunstancia no es requisito para atribuir al crédito garantizado con esta prenda la clasificación de privilegiado especial, si bien es un indicio muy relevante de que los créditos futuros objeto de tal garantía están suficientemente identificados.



La relevancia de la distinción sobre el nacimiento o no de la relación jurídica fuente del crédito futuro no es baladí, puesto que su consecuencia será que éste nazca como derecho pignorado a favor del crédito privilegiado especial, o se integre en la masa activa del concurso como un bien más.

La relevancia de la distinción sobre el nacimiento o no de la relación jurídica fuente del crédito futuro no es baladí, puesto que su consecuencia será que éste nazca como derecho pignorado a favor del crédito privilegiado especial, o se integre en la masa activa del concurso como un bien más, destinado a satisfacer a la totalidad de acreedores, con la consiguiente repercusión en las perspectivas de cobro del acreedor beneficiario de la prenda.

# Los créditos contra la masa admiten la compensación en el concurso

Irene Siurana  
Departamento de Procesal

El Tribunal Supremo desestima, en su sentencia de 13 de marzo de 2017, el recurso de casación presentado por una sociedad en concurso de acreedores que pretendía el pago por parte de una sociedad a la que había transmitido ciertos activos durante el concurso, de la cantidad que se acordó retener por las partes en concepto de gastos a cargo del vendedor, argumentando que no se admite en sede de concurso la compensación de créditos (ex. art. 58 LC, que proscribía la compensación de los créditos concursales).

Esta Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (STS 181/2017) resuelve el caso de una sociedad que, estando en concurso de acreedores, vendió determinados activos inmobiliarios a otra entidad, siendo dicha compraventa debidamente intervenida por la administración concursal y autorizada por el juez del concurso. Se pactó expresamente en la compraventa que se detraería del precio un determinado importe en garantía de la entrega por la vendedora de cierta documentación entre la que se encontraban los boletines de suministro. No pudiendo entregar la vendedora dichos boletines que permitieran el suministro de luz y gas al edificio, el importe retenido no se entregó a la vendedora, tal como fue acordado, siendo dicho importe superior a los gastos que hubo que sufragar finalmente, mediante diversas

derramas de los propietarios, para obtener el suministro de luz y agua.

La entidad vendedora en concurso interpuso entonces demanda contra la compradora en la que reclamó el pago de dicho precio retenido, como parte pendiente del precio. El juez del concurso estimó la demanda argumentando que, en un proceso concursal, la compradora no puede compensar un crédito de forma unilateral, sino que debe comunicar tal crédito e interponer demanda para que se le reconozca tal derecho. La parte compradora interpuso ante esta resolución recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Albacete y ésta desestimó la demanda presentada por la sociedad vendedora en concurso, al considerar que la compradora había retenido la cantidad tal como se estipuló en el contrato de compraventa y le dio el destino pactado, esto es, hacer frente a los pagos que debería haber efectuado la parte vendedora a los efectos de que los inmuebles vendidos pudieran ser usados conforme a su naturaleza, estableciendo asimismo que en todo caso el crédito era contra la masa y no un crédito concursal.

En el recurso de casación presentado contra dicha resolución por la entidad vendedora, no se negó la naturaleza del crédito como contra la masa, sino que se argumentó que el artículo 58 de la Ley Concursal, que proscribía la compensación de los créditos concursales, debía aplicarse analógicamente a los créditos contra la masa.

El Tribunal Supremo niega de pleno en su resolución dicha aplicación analógica y establece que si el crédito no es concursal, sino contra la masa, (i) no se integra en la masa pasiva del concurso, (ii) no está sujeto a las reglas



incluso si el contrato se hubiera celebrado con anterioridad a la declaración de concurso, la aplicación de la retención de parte del precio a los gastos que el comprador hubo de suplir por cuenta del vendedor no construiría una compensación impropia.

de la *par conditio creditorum*, y (iii) puede ser pagado al margen de la solución concursal alcanzada, sea la de convenio o la de liquidación.

El Tribunal reconoce que dicha compensación hubiera podido causar problemas, como cualquier otra clase de satisfacción de créditos contra la masa, por ejemplo si ello hubiera impedido la efectividad de un privilegio o si se hubiera comunicado la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, pero nada de eso fue alegado en el recurso de casación.

En consecuencia, el Tribunal considera que incluso en el caso de que se considerara que se trata de un crédito contra la masa, la solución de la Audiencia Provincial sería correcta. Sin embargo, el Tribunal Supremo finaliza su exposición detallando que en realidad no se trata de una compensación propiamente, sino que se trata de un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte, esto es, se trata de un mecanismo de liquidación de contrato y no de una compensación a la que pueda serle aplicable el artículo 58 de la Ley Concursal. En consecuencia, incluso si el contrato se hubiera celebrado con anterioridad a la declaración de concurso, la aplicación de la retención de parte del precio a los gastos que el comprador hubo de suplir por cuenta del vendedor no construiría una compensación impropia en sede de concurso, sino una liquidación de la relación contractual, la cual también es admisible en situación de concurso.

# Condición procesal del ex cónyuge y los hijos menores en la ejecución hipotecaria sobre vivienda familiar

Jesús Domínguez  
Departamento de Procesal

Analizamos la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), publicada en el B.O.E. de 27 de septiembre de 2016, que establece la legitimación pasiva que ostentan en un procedimiento de ejecución hipotecaria el ex cónyuge y los menores de edad que habitan en la vivienda familiar tras procedimiento de divorcio.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) resolvió el pasado mes de septiembre el recurso interpuesto por una mercantil del sector inmobiliario frente a la calificación negativa ofrecida por el Registro de la Propiedad nº2 de Granada, a través de la cual se denegaba la inscripción de la adjudicación de un inmueble, destinado a vivienda familiar, tras haber sido objeto de subasta en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Lo singular de esta resolución es que la DGRN subraya la obligación que tiene el acreedor hipotecario y ejecutante, conforme a lo dispuesto, entre otros, en el artículo 685.1 LEC, de dirigir su demanda frente a todos los terceros poseedores de la vivienda, incluyéndose en esta selección al ex cónyuge y a los hijos menores –a través de representante legal– que habitan el inmueble hipotecado.

La resolución que nos ocupa, al igual que en otras resoluciones judiciales anteriores (Auto de 19 de junio de la Audiencia Provincial de Vizcaya), realiza una clara

distinción entre la figura del “*ocupante*” y el “*tercer poseedor*”, al que hace referencia el precitado artículo 685.1 LEC, en tanto que mientras el primero se reviste de un mero derecho de posesión, conforme a lo dispuesto en el artículo 438 del Código Civil, el segundo presenta un verdadero título inscrito, ya sea como prohibición de disponer (artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria), ya sea como verdadero derecho real, puesto que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos “*erga omnes*” (Resoluciones DGRN de 25 de octubre de 1999, 31 de marzo y 19 de mayo de 2000 y 19 de septiembre de 2007).

Ello permite que el tercer poseedor, en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, pueda liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien. De ahí “*que los terceros poseedores, incluyendo al usufructuario y al titular del derecho de uso, no solo deben ser demandados, sino también requeridos de pago, como se deduce de los artículos 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132 de la Ley Hipotecaria*”.

En el presente supuesto, previamente a la celebración de la subasta judicial, y tras el correspondiente procedimiento judicial de divorcio, el inmueble fue adjudicado definitivamente para uso y disfrute de la ex mujer del propietario de la vivienda y sus hijos, consolidándose a partir de entonces como domicilio familiar de aquéllos.

La entidad bancaria ejecutante presentó inicialmente demanda de ejecución hipotecaria únicamente frente a el



La falta de notificación de la demanda y requerimiento de pago a la ex pareja del deudor hipotecario y a sus hijos provocó la grave indefensión de éstos, ya que no pudieron intervenir en el procedimiento desde el comienzo como terceros poseedores, vulnerándose así su derecho a la tutela judicial efectiva.

ex marido y propietario de la vivienda, sin dirigir la misma ni frente a su ex pareja ni frente a sus hijos, que se encontraban desde tiempo atrás a la interposición de la precitada demanda habitando la vivienda –tras la adopción provisional de dicha medida en el transcurso del procedimiento de divorcio–. En consecuencia, la falta de notificación de la demanda y requerimiento de pago a la ex pareja del deudor hipotecario y a sus hijos provocó la grave indefensión de éstos, ya que no pudieron intervenir en el procedimiento desde el comienzo como terceros poseedores, vulnerándose así su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución), por no haber sido llamados a un procedimiento que resultaba de su interés (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de septiembre de 2014).

Esta circunstancia, no en vano, debió ser conocida por la propia entidad demandante, puesto que dicho derecho de uso se encontraba inscrito en el Registro de la Propiedad en el momento de iniciarse la ejecución hipotecaria, lo que impide, según la calificación negativa del Registro de la Propiedad nº2 de Granada, ratificada por la DGRN en esta resolución, que se inscriba la adjudicación del bien que se llevó a cabo posteriormente a favor de la entidad acreedora, al no haber cumplido ésta con los requisitos procesales exigidos para ejercitar desde un primer momento su acción hipotecaria.



# Nueva sentencia del TJUE sobre comunicación pública en hoteles

Javier Martínez de Aguirre y Blanca Cortés  
Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual

El TJUE ha vuelto a pronunciarse sobre el concepto de comunicación pública a la luz del Derecho comunitario en su sentencia de 16 de febrero de 2017 (asunto C-641/15).

El caso se inició con la demanda planteada por una entidad austríaca de gestión colectiva de derechos de autor contra la empresa explotadora de un hotel sito en dicho territorio. La demandante, que representa a numerosos organismos de radiodifusión domiciliados en Austria, reclamaba del hotel que (i) le proporcionara información sobre los programas de radio y televisión que pueden captarse desde las habitaciones y el número de éstas, y (ii) le abonara los daños y perjuicios derivados de la comunicación pública de dichos programas a través de los aparatos de televisión instalados en el establecimiento hotelero.

Conforme a los argumentos sostenidos por la demandante, la demandada estaría llevando a cabo actos de comunicación pública en el sentido del artículo 8.3 de la Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (la "Directiva"). Dicho artículo obliga a los Estados miembros a conceder a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la redifusión inalámbrica y/o la comunicación pública de sus emisiones "cuando tal comunicación se haga en lugares accesibles al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada".

Así, alegaba la actora que el precio de las habitaciones debía considerarse como una entrada a los efectos de la mencionada norma, lo que desencadenaría la necesidad del hotel de contar con la autorización de la mencionada entidad de gestión –autorización que, cabe esperar, estaría sujeta al previo pago de una compensación–. La demandada, por su parte, defendía que la mención a la «entrada» debía entenderse como una entrada solicitada especialmente por esa comunicación –y que, por tanto, no se daban los presupuestos necesarios para el derecho exclusivo de la demandante–.

El TJUE comienza su argumentación con un repaso a sentencias dictadas anteriormente relativas a la comunicación pública que realizan los establecimientos hoteleros a los clientes alojados en sus habitaciones. Entre otras, se consideró que había comunicación pública en las sentencias de 7 de diciembre de 2006 (asunto *SGAE*, C-306/05), y de 15 de marzo de 2012 (asunto *Phonographic Performance*, C-162/10). Ahora bien, aunque el derecho de comunicación al público "debe entenderse en un sentido amplio" (considerando vigesimotercero de la Directiva 2001/29/CE), lo cierto es que el legislador comunitario expresó una voluntad diferente cuando de las entidades de radiodifusión se trata.

De esta forma, mientras que el derecho exclusivo de comunicación pública de los autores, los artistas, intérpretes y ejecutantes, o los productores de fonogramas abarca cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, "el derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión (...) se limita a los casos de comunicación al público en lugares accesibles al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada".



El TJUE concluye que “el precio de una habitación de hotel no es un derecho de entrada especialmente solicitado como contraprestación de una comunicación al público de una emisión televisada o radiofónica, sino que constituye principalmente la contraprestación de un servicio de alojamiento”.

En consecuencia, el TJUE sigue el razonamiento del Abogado General y concluye que *“al igual que el precio de un servicio de restauración, el precio de una habitación de hotel no es un derecho de entrada especialmente solicitado como contraprestación de una comunicación al público de una emisión televisada o radiofónica, sino que constituye principalmente la contraprestación de un servicio de alojamiento, al que se añaden, según la categoría del hotel, ciertos servicios adicionales (...) normalmente incluidos en el precio del alojamiento de manera indiferenciada”*.

Los organismos de radiodifusión no tienen, por ello, un derecho exclusivo sobre la comunicación al público de emisiones de radio y televisión mediante aparatos instalados en habitaciones de hotel. Sin embargo, esta resolución no altera la jurisprudencia anterior del TJUE relativa a todos los demás titulares de derechos de autor y derechos conexos. Es decir, lo que a los efectos de autores, artistas o intérpretes sí es comunicación pública (y genera el correspondiente derecho a pagar por los establecimientos de hostelería que tengan televisores instalados en sus habitaciones), para las entidades de radiodifusión no lo es.

En principio, nada parece impedir que esta doctrina del TJUE pueda aplicarse a España a pesar de las ligeras diferencias de redacción entre el artículo 126 LPI y su homólogo comunitario. Por ello, parece factible que los establecimientos hoteleros que hayan abonado la correspondiente remuneración a las entidades de radiodifusión por este concepto puedan reclamar dichos pagos como indebidos. A estos efectos deberán examinarse las circunstancias de cada caso concreto, especialmente tras la reforma de los plazos de prescripción en octubre de 2015.

# La controversia sobre la deducción por maternidad. Doctrina administrativa

Carlos Palma  
Departamento de Tributario

En su Resolución en unificación de criterio de 2 de marzo de 2017, el TEAC confirma la tesis defendida por la AEAT, acorde con la manifestada a través de diferentes resoluciones de la Dirección General de Tributos, al incluir entre las rentas del trabajo sujetas y no exentas en el IRPF la prestación por maternidad percibida del INSS.

La Resolución comentada tuvo origen en una iniciativa del propio TEAC, que aplicó el procedimiento para la adopción de la resolución en unificación de criterio, previsto en el artículo 229.1.d) de la Ley General Tributaria.

El motivo que originó este pronunciamiento del TEAC, a iniciativa propia, fue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 2016 en la que el Tribunal confirmó la tesis mantenida en Sentencia de 3 de febrero de 2010, declarando exenta en el IRPF la prestación por maternidad percibida del INSS, al amparo de la letra h) del artículo 7 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El TEAC hace suyos los argumentos del Director del Departamento de Gestión de la AEAT manifestados en el trámite de alegaciones del procedimiento.

Éste realiza un análisis de la evolución histórica del precepto objeto de controversia desde su redacción originaria en la Ley 40/1998 hasta la regulación actual en

la Ley 35/2006, fundamentándose en la resolución del TEAR Murcia de 13 de mayo de 2016 y en doctrina de la Dirección General de Tributos, y concluye que:

- *La prestación de la Seguridad Social derivada de la baja por maternidad no está expresamente prevista en la normativa del IRPF como renta exenta del Impuesto, como tampoco se recogen como exentas las prestaciones derivadas del acogimiento, la incapacidad temporal por accidente o enfermedad o el riesgo durante el embarazo.*
- *El tercer párrafo de la letra h) está contemplando un conjunto de prestaciones públicas, entre las que están las concedidas por Comunidades Autónomas y Entidades locales, pero en ese párrafo no se contemplan las prestaciones por maternidad.*
- *Únicamente en el párrafo cuarto de la letra h) se contempla la exención de las prestaciones de maternidad, pero limitada a las concedidas por las Comunidades Autónomas y Entidades locales.*
- *La propia existencia de este párrafo cuarto confirma que en el párrafo tercero no están incluidas las prestaciones de maternidad y que las únicas prestaciones de maternidad exentas son las concedidas por las Comunidades Autónomas y Entidades locales.*

Adicionalmente, la Resolución comentada analiza si el apartado h) se contempla expresamente en el concepto de prestaciones familiares de la normativa de Seguridad Social. Para este supuesto, el TEAC afirma que la prestación por maternidad es una prestación a cargo de



Sería deseable que el procedimiento a iniciativa propia en unificación de criterio seguido por el TEAC para resolver sobre esta cuestión se utilice con mayor frecuencia para ulteriores disputas de los contribuyentes con la AEAT..

la Seguridad Social; de naturaleza laboral y contributiva, y que no tiene la condición de prestación familiar.

A su vez, el TEAC, en su fundamento de derecho séptimo, invoca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de octubre de 2016. Esta Sentencia refrenda el criterio del TEAR Andalucía que declara sujeta al IRPF la prestación por maternidad por no encajar en ninguno de los supuestos de la letra h) del artículo 7 de la citada Ley. Afirma que la interpretación de este precepto debe realizarse de manera estricta en atención a la finalidad bonificadora de la norma y de lo establecido en el artículo 14 de la Ley General Tributaria.

Pues bien, el TEAC concluye con una interpretación finalista de la norma, en el sentido de considerar sujeta a tributación la prestación por maternidad pagada por la Seguridad Social al no estar contenida de manera expresa en ninguno de los apartados del artículo 7 de la Ley 35/2006.

A la vista de lo anterior, y al existir pronunciamientos contradictorios de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y Andalucía, es posible que el Tribunal Supremo se termine pronunciando sobre esta cuestión controvertida. Por otra parte, sería deseable que el procedimiento a iniciativa propia en unificación de criterio seguido por el TEAC para resolver sobre esta cuestión se utilice con mayor frecuencia para ulteriores disputas de los contribuyentes con la AEAT.

Por último, la AEAT ha aclarado en su página web el sentido del fallo del TEAC y lo vinculante de su criterio, por lo que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid antes citada, y que ha sido objeto de

innumerables artículos de prensa, no será de aplicación a los contribuyentes.



---

## Hechos y datos

---

— **65 Oficinas**

— **59 Ciudades**

— **> 880 Socios**

— **> 3.400 Abogados**

— **> 6.000 Empleados**

— **Facturación:** 1.010 millones de euros (2015)

— **38 Países:**

**Países europeos:** Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido.

**Fuera de Europa:** Argelia, Brasil, Chile, China, Colombia, Emiratos Árabes Unidos, Hong Kong, Irán, México, Marruecos, Omán y Perú.

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia)

CMS Albiñana & Suárez de Lezo (España)

CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia)

CMS Cameron McKenna (Reino Unido)

CMS Carey & Allende (Chile)

CMS DeBacker (Bélgica)

CMS Derks Star Busmann (Países Bajos)

CMS von Erlach Poncet (Suiza)

CMS Grau (Perú)

CMS Hasche Sigle (Alemania)

CMS Reich-Rohrwig Hainz (Austria)

CMS Rodríguez Azuero Contexto Legal Abogados (Colombia)

CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal)

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 ([madrid@cms-asl.com](mailto:madrid@cms-asl.com) | [cms-asl@cms-asl.com](mailto:cms-asl@cms-asl.com))

## C/M/S/ Law-Now™

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](http://www.cms-lawnow.com)**

## C/M/S/ e-guides

Law . Tax

**Your expert legal publications online.**

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

**[eguides.cmslegal.com](http://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, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Medellín, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Santiago, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

-----  
**[cms.law](http://cms.law)**