

**Deloitte.**  
Legal



**Boletín de novedades legislativas y jurisprudenciales**  
Área de M&A Legal  
Junio 2023



## Novedades Legislativas

### Nueva regulación sobre modificaciones estructurales tanto internas como transfronterizas

- Resolución: Libro primero del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.
- Fecha de publicación BOE: 29 de junio de 2023.
- Enlace al texto: [Disposición 15135 del BOE núm. 154 de 2023](#)

El Libro Primero del Real Decreto-ley 5/2023 (en adelante, el “**RDL**”) transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo de fecha 27 de noviembre de 2019 (en adelante, “la **Directiva de Movilidad**”), **aprobando una nueva regulación** en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (esto es, **operaciones de transformación, fusión, escisión y cesión global de activos y pasivos**, tanto internas como transfronterizas), y derogando la **Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“LME”)**.

Si bien la Directiva de Movilidad trata exclusivamente las modificaciones estructurales transfronterizas, regulando por vez primera la transformación y la escisión y modificando algunos aspectos de la fusión transfronteriza, **el legislador español aprovecha su trasposición al derecho interno para extender el régimen definido para aquellas también a las operaciones domésticas**, tratando de dejar un régimen homogéneo para todas ellas, ya sean internas o transfronterizas (tanto intracomunitarias como extracomunitarias).

#### (i) Ámbito de aplicación

El RDL se aplicará a cualquier operación de modificación estructural de sociedades mercantiles, ya sean internas o transfronterizas (dentro del Espacio Económico Europeo o fuera de él), esto es, operaciones de transformación, fusión, escisión y cesión global de activos y pasivos. Se excluyen las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, como ya hacía la LME, que tienen su propio régimen legal.

En este sentido, lo que la LME llamaba “*traslado de domicilio social al extranjero*”, la Directiva de Movilidad y el RDL lo han redefinido como “*transformación transfronteriza*”, en la medida en que dicha situación supone la conversión del tipo social de la sociedad en la jurisdicción de origen al existente en la jurisdicción de destino.

Se establecen una serie de limitaciones y exclusiones (art. 3 RDL):

- (a) Las sociedades en liquidación podrán realizar una modificación estructural siempre que no hayan comenzado la distribución del patrimonio entre los socios.
- (b) Se permite expresamente la participación en operaciones de modificación estructural a empresas en concurso y en procesos de reestructuración (se entiende que siempre que no estén en fase de liquidación).
- (c) Mientras que la LME no permitía la transformación transfronteriza de sociedades en concurso, el RDL la permite ahora con carácter general, siempre que no se haya llegado a la fase de liquidación.

(ii) **Estructura de la norma**

La estructura de la norma cambia notablemente, alejándose de la prevista en la LME. Contiene un primer Título con disposiciones comunes a todas las modificaciones estructurales, tanto internas como transfronterizas, y continua después estableciendo reglas especiales para cada una de las operaciones.

Esto puede aportar una mayor complejidad en la definición de los procedimientos aplicables en determinados casos, al establecerse verdaderas cadenas de remisiones de un capítulo a otro de la norma.

(iii) **Principales novedades**

Respecto a las **operaciones de modificación estructural internas**, el RDL mantiene con carácter general las bases del régimen aplicable que establecía la LME, pero introduce determinadas novedades que afectan de manera notable al procedimiento de ejecución, entre las que destacan aquellas que tienen como finalidad proteger a acreedores, socios y trabajadores:

- (a) Se elimina el tradicional derecho de oposición y se sustituye por un nuevo sistema de protección para los acreedores, que básicamente supone la posibilidad de que los administradores ofrezcan garantías a favor de estos en el proyecto, de forma que si los acreedores no están de acuerdo con las ofrecidas (o si no se les ha ofrecido ninguna) puedan exigir otras, siempre que demuestren que la satisfacción de sus créditos está en riesgo como consecuencia de la operación de modificación estructural, pero sin que este nuevo procedimiento retrase o paralice la operación.
- (b) Respecto a los socios, se redefine como “derecho a enajenar” el derecho de separación que preveía la LME, que permite a los socios enajenar sus acciones o participaciones en determinadas modalidades de operaciones por un valor razonable, debiendo en tal caso los administradores incluir dicho valor en el proyecto de operación de modificación estructural.

- (c) Se amplía el contenido del proyecto de operación de modificación estructural, y se incorpora como novedad muy relevante el que, para poder llevar a cabo una operación de modificación estructural (tanto interna como transfronteriza), se deberá acreditar estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social, mediante aportación de los correspondientes certificados emitidos por el órgano administrativo competente, que se deberá adjuntar al proyecto.
- (d) Se redefine y desarrolla el informe de administradores, que ahora deberá incluir una sección destinada a los socios y otra a los trabajadores, y se le otorga un régimen específico de publicidad.
- (e) Respecto al informe de experto independiente, se amplían las partes que debe incorporar el mismo en función de las características de cada operación, aprovechando además el legislador para aclarar determinadas dudas que planteaba el antiguo artículo 34 LME.
- (f) Se crea un régimen general de publicidad preparatoria del acuerdo de modificación estructural y la posibilidad de plantear observaciones a la operación por parte de socios, acreedores y trabajadores.

Finalmente, se aclaran determinados aspectos que generaban dudas interpretativas en la práctica para determinadas operaciones concretas.

Respecto a las **operaciones de modificación estructural transfronterizas** (tanto intraeuropeas como extraeuropeas) les son de aplicación las disposiciones para las operaciones internas, pero con ciertas especialidades que establece el RDL para dar cabida al componente internacional y cumplir con las demás legislaciones implicadas. Como principal novedad para este tipo de operaciones, hay que destacar que ahora el Registrador mercantil español que tenga que emitir el certificado previo sobre la regularidad del procedimiento en origen, tendrá que evaluar si la operación se hace con fines abusivos o fraudulentos si en base a la información presentada tuviera sospechas fundadas de que la operación se realiza con dicha finalidad, lo cual podría retrasar notablemente el procedimiento.

**(iv) Entrada en vigor y régimen transitorio**

Según la disposición transitoria primera del RDL, **este nuevo régimen** para las operaciones de modificación estructural, tanto internas como transfronterizas, **será de aplicación a las operaciones “cuyos proyectos no hubieren sido aún aprobados por las sociedades implicadas con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley”** (esto es, el **29 de julio de 2023**). Esta disposición transitoria genera dudas interpretativas, ya que no queda claro si el legislador está refiriéndose a la fecha de aprobación del proyecto por la correspondiente junta general o la fecha de formulación por el órgano de administración correspondiente.

## Acceso al Registro de Titularidades Reales en materia de Blanqueo de Capitales

- Resolución: Libro tercero del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.
- Fecha de publicación BOE: 29 de junio de 2023.
- Enlace al texto: [Disposición 15135 del BOE núm. 154 de 2023](#)

### Contexto:

El Título III del Libro tercero del Real Decreto-ley 5/2023, aprobado el 28 de junio, en su artículo 148, modifica las disposiciones adicionales tercera y cuarta de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que regulan el acceso y uso del Registro de Titularidades Reales.

Estas modificaciones tienen como objetivo adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, y a lo declarado en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en fecha 22 de noviembre de 2022, en asuntos acumulados C-37/20 y C-601/20, en relación con la referida Directiva.

### Principales novedades

- (i) Se prevé que el **incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el registro de titularidades reales constituirá una infracción administrativa y se habilita al Ministerio de Justicia** para que determine (i) su gravedad, (ii) las posibles sanciones, (iii) el procedimiento sancionador y la competencia para ejercer la potestad sancionadora.
- (ii) **Se limita el acceso a la información** sobre titularidad del registro a las **personas con interés legítimo**, observando así lo resuelto en la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 22 de noviembre de 2022, que concluyó que permitir el acceso al Registro con carácter general, sin mostrar interés legítimo, constituye una injerencia en los derechos fundamentales recogidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Humanos. **Reglamentariamente** se podrán establecer presunciones de interés legítimo en el acceso a la información por parte de personas u organizaciones.

### Entrada en vigor

Las disposiciones del Título III del Libro tercero entrarán en vigor cuando se apruebe su desarrollo

reglamentario

## Modificaciones en la Ley de Defensa de la Competencia

- Resolución: Libro quinto del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.
- Fecha publicación BOE: 29 de junio de 2023.
- Enlace al texto: [Disposición 15135 del BOE núm. 154 de 2023](#)

### Contexto:

El Título VI del Libro quinto del Real Decreto-ley 5/2023, aprobado el 28 de junio, en su artículo 219, modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con la finalidad de mejorar el funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“**CNMC**”) y de los procedimientos regulados en dicha Ley, y además completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 (“**Directiva ECN+**”).

### Principales novedades

Se procede a la revisión de sus procedimientos, en concreto:

- (i) Se **modifican los plazos máximos** de los siguientes procedimientos:
  - (a) En **procedimientos sancionadores**, se amplía el plazo, de 18 a **24 meses**, para dictar y notificar la resolución que ponga fin al mismo. Asimismo, se amplía el plazo para que las empresas investigadas formulen alegaciones al pliego de concreción de hechos y a la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia, que pasa de 15 días a 1 mes.
  - (b) En **procedimientos de control de concentraciones** (i) se amplía el plazo de su segunda fase, que pasa de 2 a **3 meses**, y (ii) se precisa que, para las operaciones que cumplan las condiciones para utilizar el **formulario abreviado**, siempre y cuando se haya remitido a la Dirección de Competencia de la CNMC, con carácter previo a la notificación, un borrador confidencial de formulario de notificación con el fin de aclarar los aspectos formales o sustantivos de la concentración, el plazo será de **15 días**.
  - (c) En **procedimientos sobre medidas cautelares** se aclara que el plazo de 3 meses empezará a contarse desde su solicitud y se precisa que, cuando la solicitud de medidas cautelares se presente antes de la incoación del expediente, el plazo se empezará a computar desde la fecha del acuerdo de incoación.
  - (d) Para la resolución de las **consultas previas**, previstas en el artículo 55.2, el plazo máximo será de **1 mes** desde la recepción en forma de las mismas.

- (ii) En el **procedimiento sancionador**:
- (a) Se **elimina el informe que la Dirección de Competencia tenía que remitir al Consejo de la CNMC** una vez finalizada la instrucción.
  - (b) La Dirección de Competencia **deberá notificar al Consejo de la CNMC la propuesta de resolución**, a la vez que al interesado.
  - (c) Se **regula el contenido de la propuesta de resolución del expediente sancionador** que fijara (i) los hechos probados y su exacta calificación jurídica, (ii) determinación de la infracción, (iii) personas responsables, (iv) sanción propuesta (incluyendo la exención o reducciones, en su caso), y (v) valoración de las pruebas practicadas.

Asimismo, se incorpora la posibilidad de que la CNMC pueda iniciar procedimientos de investigación, mediante trámites de información reservada, sobre posibles incumplimientos en el territorio nacional de los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales, más conocido como “DMA” por su denominación en inglés *Digital Market Act*), y su colaboración con la Comisión Europea en esta materia.

#### Entrada en vigor

Las disposiciones del Título VI del Libro quinto entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 30 de junio de 2023.

El Real Decreto-ley prevé un régimen transitorio, en su Disposición transitoria novena, que prevé que los procedimientos en materia de defensa de la competencia iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley seguirán rigiéndose por la normativa anterior.

## Utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades.

- **Resolución:** Real Decreto 442/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y por el que se traspone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.
- **Fecha publicación BOE:** 14 de junio de 2023.
- **Enlace al texto:** [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-14043](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-14043)

Contexto:

El día 14 de junio de 2023 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 442/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil y se transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

Esta norma aborda diferentes aspectos sobre publicidad e interconexión de los registros mercantiles y la plataforma central europea tanto para las sociedades de capital como para las sucursales de otros Estados miembros, de forma electrónica, completando así lo previsto en la Ley 11/2023, de 8 de mayo, y pretende avanzar en el proceso de digitalización societaria llevado a cabo tanto a nivel europeo como nacional, dotando al mismo tiempo a este desarrollo de las garantías de seguridad jurídica y de respeto a los principios y garantías procesales.

Principales novedades

- (i) **Identificador único europeo:** Se introduce un nuevo artículo 94 bis, en relación con la asignación a las sociedades de capital y a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros de un identificador único europeo (EUID).
- (ii) **Sucursales:** Se establece la posibilidad de creación de una o varias sucursales en cualquier lugar del territorio nacional mediante un **procedimiento íntegramente electrónico**. Asimismo, se permitirá el cierre en línea de las sucursales.

Una vez recibida toda la documentación requerida para la creación en línea de una sucursal, el Registrador Mercantil procederá a su inscripción en el plazo máximo de diez (10) días laborables.

- (iii) **Información societaria europea y acceso mediante la plataforma central europea y el Identificador Único Europeo (EUID).** El Registro Mercantil asegurará la interconexión con la plataforma central europea. Dicha plataforma central europea facilitará a los interesados el acceso a información societaria completa relativa a cualquier sociedad o sucursal europea, siendo además gratuito el acceso a una parte de dicha información.
- (iv) Por lo que respecta a las sucursales en España de sociedades de otros Estados miembros, **la modificación de los datos de la sociedad matriz** (i.e. modificación de la denominación social, domicilio, identidad de las personas que participen en la administración, etc.), o **la información relativa a la apertura y clausura de procedimientos de liquidación e insolvencia de la referida sociedad matriz**, que hasta la fecha debían hacerse constar por la propia sucursal en la hoja abierta a su nombre en el Registro Mercantil español correspondiente, ahora **serán comunicados de oficio al Registro Mercantil en España por el Registro Mercantil del país de la matriz** a través del sistema de interconexión de registros mercantiles.

El Registro Mercantil español acusará recibo de la información y procederá a su actualización en la hoja registral de la sucursal.

De igual forma los Registros Mercantiles españoles comunicarán de oficio al Registro Mercantil de la sociedad matriz la apertura, cierre o de supresión en el registro de la sucursal española.

#### Entrada en vigor

Este Real Decreto entrará en vigor un año después de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 11/2023, que se efectuó el pasado 9 de mayo.



## Novedades jurisprudenciales

### Incumplimiento de pacto parasocial. Doctrina de los actos propios

- Resolución: Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.
- Fecha: 5 de mayo de 2023
- Enlace al texto de la resolución: [STS 1965/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1965 - Poder Judicial](#)

En la presente sentencia, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre un conflicto que se produce en el seno de un grupo familiar del que son socios dos hermanos que suscribieron un pacto de socios en el año 2004.

Uno de los hermanos interpuso contra el otro una demanda solicitando la resolución del pacto de socios por incumplimiento de algunas de sus previsiones, así como una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento. En el procedimiento quedó acreditado que, aunque el socio demandado no había cumplido el acuerdo en diversas ocasiones, el pacto de socios no había sido aplicado entre las partes en la práctica, ya que los hermanos actuaban habitualmente al margen de este, sin que se hubiera invocado incumplimiento ni se hubieran requerido entre las partes adecuar sus actuaciones a lo establecido en el pacto.

La cuestión controvertida de la litis radica en si contra el incumplimiento alegado por el socio demandante puede proceder la “*exceptio non adimpleti contractus*” y la doctrina de los actos propios. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma, con respecto al pacto de socios y el incumplimiento reiterado del mismo entre las partes, que “**el mantenimiento en el tiempo de esa conducta de desconocimiento e inaplicación de lo pactado en el acuerdo por los dos socios, también el demandante, durante más de diez años, el carácter concluyente e indubitado de esa**

***conducta, sin ambigüedad alguna, su significación inequívoca de prescindir del carácter vinculante del acuerdo, y su indudable eficacia para crear en todas las partes del acuerdo una creencia en la situación generada por dicha conducta [...], capaz objetivamente de provocar la confianza en la existencia real y no ficticia de dicha situación, y la manifiesta incompatibilidad o contradicción entre esa conducta previa y la presentación posterior de una demanda por incumplimiento del acuerdo, tropieza con el obstáculo de la proscripción de la actuación contraria a las exigencias de la buena fe y de la doctrina de los actos propios [...] como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad”.***

En consecuencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y, como corolario, da cabida a entender que, si después de suscribir un pacto de socios deja de cumplirse el mismo de forma reiterada, ello puede limitar su eficacia y ejecutabilidad a futuro.

## Adquisición de acciones por usucapión

- Resolución: Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.
- Fecha: 19 de mayo de 2023
- Enlace al texto de la resolución: [STS 2189/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2189 - Poder Judicial](#)

En esta sentencia, el Tribunal Supremo se pronuncia, en uno de sus fundamentos jurídicos, sobre la posibilidad de adquirir la propiedad de acciones por prescripción adquisitiva o usucapión.

El Tribunal Supremo reconoce que la cuestión de la susceptibilidad de la usucapión de acciones de una sociedad anónima es controvertida. El Alto Tribunal recuerda que, con respecto a la referida usucapión de acciones, hay un sector de la doctrina que ha cuestionado dicha posibilidad o, al menos, su reconocimiento con carácter general. En este sentido, el Tribunal puntualiza que “[...] En unos casos, el rechazo ha sido total por considerar que los derechos incorporados a la acción son derechos corporativos o de participación, que carecen del carácter de derecho real, por lo que no son susceptibles de usucapión.” y, asimismo, sigue: “[...] De manera más matizada, otros autores consideran que sí pueden adquirirse por usucapión las acciones representadas mediante títulos nominativos emitidos y endosados o bien cuando estén representadas mediante títulos valores al portador. Para este sector de la doctrina, la usucapión solo podría justificarse en supuestos de circulación cartular de las acciones, con el fin de integrar el régimen sobre adquisición a non domino de los títulos-valores [...] y en aras de la seguridad del tráfico [...]. Pero en todo caso, siempre y cuando la adquisición que pretenda tutelarse venga acompañada de la entrega y en su caso endoso del título, y se haya verificado a título oneroso y de buena fe.”.

En la presente litis, el Tribunal Supremo entiende que, en todo caso, **para que pueda estimarse adquirida la propiedad por usucapión es necesario que la misma sea “[...] en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida [...]”**, conforme al artículo 1941 del Código Civil. Así las cosas, el Tribunal Supremo en el supuesto que nos ocupa deniega la adquisición por usucapión de las

acciones por considerar que la posesión de las acciones cuya titularidad es objeto del litigio **no era pública y pacífica** y esto porque (i) **el ejercicio de los derechos de socio no ha podido considerarse público teniendo en cuenta que las juntas de socios de la sociedad (entre 2000 y 2009) no fueron convocadas**, dándoles la publicidad prevista en las normas societarias, sino que fueron celebradas como juntas universales, y solo una de ellas fue convocada en 11 de diciembre de 2007 y en ella no se permitió la asistencia a dos socios los cuales cuestionaron el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones y (ii) **que no ha podido existir una posesión pacífica porque durante el periodo de pretendida posesión de las acciones fue justamente aquel en el que se estaba elaborando un cuaderno particional en cuya ejecución existía una disputa entre los litigantes** sobre si procedía la inclusión de esas acciones y, asimismo, los dos socios a quienes no se había permitido la asistencia a junta y otro de los socios estuvieron litigando como socios de la sociedad.

## Calificación de un contrato de colaboración mercantil como contrato de agencia o distribución. Cálculo de la indemnización por clientela.

- Resolución: Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.
- Fecha: 13 de junio de 2023
- Enlace al texto de la resolución: [STS 2580/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2580 - Poder Judicial](#)

En la litis de referencia, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre los **elementos que permiten configurar un contrato de colaboración mercantil como contrato de agencia o distribución** y las consecuencias que de ello se derivan en el cálculo de una eventual indemnización por clientela.

En el supuesto de hecho, una sociedad extranjera formalizó una relación de colaboración mercantil con una sociedad española en virtud de la cual esta última comercializaría licencias de software de la primera en España. Transcurrido el plazo previsto en el contrato, éste no se prorrogó por desavenencias entre las partes.

Finalizada la relación contractual entre las partes, la sociedad española (que era denominada como distribuidora en el contrato), formuló demanda contra la sociedad extranjera solicitando, entre otros, que se le pagara una indemnización por clientela partiendo de la base de que la relación jurídica entre las partes era un contrato de agencia, lo cual fue rebatido por la parte demandada, que entendía que el contrato que ligaba a las partes no era de agencia sino de distribución, porque la sociedad española era la que asumía el riesgo al comprar las licencias para después venderlas a clientes.

En la sentencia, el Tribunal Supremo entra a diferenciar el contrato de agencia y el contrato de distribución afirmando que: “[...] puede definirse el **contrato de agencia** como aquel en virtud del cual una **persona física o jurídica, se obliga a promover el negocio por cuenta de otra, de manera estable, continuada e independiente, a cambio de una remuneración.** [...]” y, prosigue: “[...] Por su

*parte, el contrato de distribución, que carece de regulación legal específica en nuestra legislación, puede ser definido como el contrato **en virtud del cual un profesional o empresario independiente pone su estructura y red comercial a disposición de otro empresario o fabricante para distribuir sus productos, durante un plazo de tiempo, con o sin la exclusividad para revenderlos. [...]***

Asimismo, el Alto Tribunal afirma que: “[...] **en el contrato de agencia, el agente actúa en nombre del empresario** promoviendo sus productos y a cambio recibe una remuneración, mientras que en el contrato de distribución, **el distribuidor compra y revende los productos del fabricante o empresario y actúa en nombre propio, asumiendo el riesgo** de las operaciones emprendidas. [...]”.

El Tribunal Supremo incide en que es relevante la calificación que de la modalidad contractual se realice pues, aun y cuando la jurisprudencia considera aplicable la indemnización por clientela a los contratos de distribución (siempre que se cumplan los requisitos necesarios para que proceda), el modo de cálculo de la indemnización no es el mismo, porque el distribuidor no percibe una remuneración, sino que su beneficio lo obtiene a través del margen comercial que aplica en la reventa de los productos. En consecuencia, reiterando su jurisprudencia al respecto afirma que, para el cálculo de la indemnización por clientela, **en el caso del contrato de agencia debe tenerse en cuenta el criterio del margen bruto**, mientras que **en el caso del contrato de distribución debe aplicarse el criterio del margen neto (porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial)**.

Así las cosas, a la luz de los hechos probados, el Tribunal Supremo afirma que el contrato celebrado entre las partes del litigio establece unas condiciones que van más allá de la mera promoción comercial propia del contrato de agencia y que el contrato debe ser considerado de distribución, con las consecuencias que de ello se deriva para el cálculo de la indemnización por clientela, esto es, la indemnización por clientela deberá calcularse sobre la media de los beneficios netos obtenidos por el distribuidor durante los últimos cinco años, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia conforme a dichas bases.

## Cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Primera 3.6º de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

- Resolución: Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.
- Fecha: 12 de junio de 2023
- Enlace al texto de la resolución: [AJM 1/2023 - LA LEY 111625/2023](#)

En el citado auto, el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona plantea una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional sobre **la Disposición Transitoria Primera 3.6º de la Ley 16/2022**, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (“Ley 16/2022”), en relación con el artículo 489.1.5º del Texto Refundido de la Ley Concursal (“TRLR”) en la redacción dada por la Ley 16/22 de 5 de septiembre, **por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española (“CE”)**, que recoge el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y el principio de seguridad jurídica.

El apartado 3º de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 16/2022 recoge los supuestos a los que, como excepción, se les aplica la nueva redacción de la normativa concursal aprobada en septiembre de 2022. En concreto, prevé su ordinal 6º, que esta nueva normativa aplicará en **“las solicitudes de exoneración del pasivo que se presenten después de su entrada en vigor”**.

Con la nueva redacción, la exoneración del pasivo insatisfecho viene regulada en los artículos 486 a 502 TRLR. Concretamente, el artículo 489.1.5º establece que, como regla general, **la exoneración del pasivo insatisfecho no puede afectar al crédito público**.

Esta clara exclusión del crédito público se produjo con la publicación del artículo 491 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley Concursal, que fue mayoritariamente inaplicado en los Juzgados y Tribunales por aplicar la doctrina **“ultra vires”**. Con anterioridad, **el artículo 178 bis 3. 4º** de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“LC”), conforme a la interpretación del Tribunal Supremo, **entendía que el crédito público podía ser objeto de exoneración provisional**.

Por lo que respecta al **momento de solicitud de la exoneración del pasivo insatisfecho**, si bien con la anterior redacción se tenía que solicitar con la conclusión del concurso, actualmente se puede interesar con anterioridad o posterioridad a la llegada del momento de conclusión del concurso y sin necesidad de liquidación, si se presenta un plan de pagos destinado a satisfacer los créditos exonerables, conforme a lo dispuesto en el artículo 495 del TRLR.

Así las cosas, en el auto se plantea que el **artículo 489.1.5º del TRLR**, tras la redacción aprobada por la Ley 16/2022, **podría estar vulnerando el artículo 9.3 de la Constitución Española**, en tanto que

con la redacción del nuevo artículo se incluye el crédito público como **no exonerable** y se hace depender la aplicación del nuevo régimen jurídico del **momento de la solicitud de concurso**.

En el caso que nos ocupa, la solicitud del concurso voluntario se produjo con anterioridad a la nueva redacción y la conclusión del procedimiento tras la liquidación del activo con posterioridad a la nueva redacción concursal. Teniendo en cuenta lo anterior, conforme a la DT Primera 3.6ª resultaría de aplicación la Ley 16/2022 y no se podría extender la exoneración del pasivo insatisfecho al crédito público.

Ante esta situación, el Juez de lo mercantil plantea la inconstitucionalidad de dichos preceptos, por falta de seguridad jurídica, al considerar que la insolvencia y la concurrencia de los presupuestos materiales (subjctivos y objetivos) para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho ya se habían producido antes del momento elegido por el legislador *“para hacer depender la entrada en vigor de la reforma de la Ley 16/2022, pudiendo hablarse de retroactividad auténtica”*.

Dicha cuestión de inconstitucionalidad está pendiente de resolución a la fecha de emisión del presente Boletín.

## Calificación concursal de los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros.

- Resolución: Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.
- Fecha: 15 de junio de 2023
- Enlace al texto de la resolución: [STS 2635/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2635](#)

En la presente sentencia, el Tribunal Supremo resuelve la discusión doctrinal en relación con la calificación concursal que merecen los créditos públicos garantizados con contratos de prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (“**AEAT**”), en el caso planteado, ostentaba un crédito cuyo origen traía causa en una deuda tributaria que mantenían los concursados personas físicas, y sobre la que éstos solicitaron aplazamiento y fraccionamiento ante la imposibilidad de hacer frente a su pago al vencimiento.

El aplazamiento se concedió bajo la condición de constituir una prenda sin desplazamiento sobre los créditos derivados de las cantidades a percibir del Colegio de Farmacéuticos, en concepto de suministros farmacéuticos, esto es: sobre **créditos futuros**. De esta forma, los concursados otorgaron escritura pública de constitución de prenda, aunque nunca llegó a inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.

Las condiciones para reconocer a los créditos el privilegio especial cuando se trata de créditos garantizados con créditos futuros (incluso tras la reforma de la Ley 16/2022, ex artículo 271.3. 1ª TRLC), son los siguientes:

- (i) que la prenda esté constituida en documento público; o,
- (ii) en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el Registro Público competente.

En un primer momento, el crédito de la AEAT se clasificó en el concurso como crédito con privilegio especial y los concursados interpusieron demanda de incidente concursal en aras de modificar el listado de acreedores. Pese a que en primera instancia se estimó la demanda, la Audiencia Provincial consideró que la conjunción “o” contenida en el artículo sobre reconocimiento del privilegio especial a los créditos futuros, establece que se trata de opciones alternativas, no acumulativas.

En la sentencia objeto de análisis, el Tribunal Supremo niega que deba hacerse tal interpretación del artículo 90.1. 6º de la LC (actualmente 270 y 271.3 TRLC en su redacción actual tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022) e indica que es inequívoco que, para los casos de prendas sin desplazamiento de posesión de créditos futuros, **el requisito para poder reconocer el privilegio especial al crédito garantizado es su inscripción en el Registro Público competente.**

Es por ello por lo que, en el caso concreto, el Tribunal Supremo determina que no se puede otorgar el carácter de crédito con privilegio especial al crédito garantizado con prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros, en tanto no fue inscrita en el Registro Público competente.



## Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

### Necesidad de expresar la causa de revocación del nombramiento de auditor de cuentas

- Resolución: Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 11 de mayo de 2023.
- Fecha: 11 de mayo de 2023 (BOE 1 de junio de 2023).
- Enlace al texto de la resolución: [Disposición 13003 del BOE núm. 130 de 2023](#)

El presente expediente versa sobre la negativa del Registrador de proceder con la inscripción de la revocación del auditor de cuentas de una sociedad por no constar debidamente identificada la causa de dicha revocación, remitiéndose para ella al artículo 60 del Real Decreto 2/2021, de 12 de enero (“**Reglamento de Auditoría**”), por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

La sociedad, como parte recurrente, alega que el artículo 153.3 del RRM no especifica la obligatoriedad de tener que identificar dicha causa, conforme los términos indicados a continuación: *“Para la inscripción de la revocación del auditor efectuada por la Junta General antes de que finalice el período para el cual fue nombrado, **será suficiente que se exprese que ha mediado justa causa**”*. Asimismo, indica que el mandato contenido en el citado artículo 60.3 del Reglamento de Auditoría hace referencia a las comunicaciones que los auditores han de efectuar tanto al Registro Mercantil como al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y no a las que debiera realizar la sociedad que adopta el correspondiente acuerdo de revocación.

La Dirección General, en su pronunciamiento examina el impacto normativo que ha causado el artículo 60.3 del Reglamento de Auditoría de Cuentas en el régimen de inscripción de la revocación del auditor de cuentas ante el Registro Mercantil.

A este respecto, la Dirección General concluye en la presente resolución que, dado que la competencia para decidir la revocación del nombramiento del auditor de cuentas corresponde a la sociedad, al igual que le corresponde su certificación y elevación a público para su posterior inscripción en el Registro Mercantil, le corresponde a la sociedad, igualmente, **identificar las causas que justifican la destitución del auditor nombrado** en el acuerdo social que se adopte.

Por todo lo anterior, la Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirma la calificación impugnada.

## Cláusula estatutaria sobre convocatoria de junta general y retribución del administrador

- Resolución: Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 10 de mayo de 2023.
- Fecha: 10 de mayo de 2023 (BOE 1 de junio de 2023).
- Enlace al texto de la resolución: [Disposición 13000 del BOE núm. 130 de 2023](#)

En el presente caso se analiza un supuesto en el que el Registrador calificó negativamente la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada alegando como defectos, entre otros, (a) el establecimiento en Estatutos Sociales del “correo ordinario” como forma de convocatoria de junta general, sin que conste que se exija el acuse de recibo y (b) la incorporación de una cláusula estatutaria de retribución de administradores en la se preveía la posibilidad de que los miembros del órgano de administración pudieran percibir retribución por las relaciones laborales a que mantuviesen con la sociedad, pero sin excluir expresamente las relaciones laborales de alta dirección.

Entrando a valorar, los defectos indicados anteriormente, la Dirección General considera:

- (i) Respecto al defecto a), que el correo ordinario no es un procedimiento que garantice la recepción de la convocatoria por todos los socios y, por ello, resulta estrictamente necesario que éste sea con acuse de recibo (art. 173 LSC).
- (ii) Respecto al defecto b). La cláusula estatutaria objeto de calificación, concretamente, era la siguiente: *“El ejercicio del cargo de administrador será gratuito. En el caso de que el administrador realice trabajos dependientes de carácter laboral a favor de la empresa, la retribución por tales trabajos, que deberán ser estrictamente de carácter laboral y soportarse en el correspondiente contrato laboral, deberá ajustarse a condiciones de mercado y estar aprobada anualmente por la Junta General de Accionistas (..)”*.

La Dirección General considera que la cláusula estatutaria referida con anterioridad no plantea problema de interpretación alguna, **ya que la mera existencia de relaciones laborales entre el órgano de administración y la sociedad administrada no supone una presunción de que la remuneración recibida resulte una retribución extraestatutaria del cargo de administrador**. Según la Dirección General, de la cláusula estatutaria debatida en el presente expediente resulta con toda claridad que el ejercicio del cargo de administrador es gratuito, como resulta la posibilidad de que el administrador lleve a cabo otras actividades de carácter laboral, amparadas por un contrato de dicha naturaleza y recibir por ello una retribución objeto de aprobación por la junta general. **Nada hay en dicha cláusula que permita inferir o sospechar que dichas posibles relaciones, que en puridad no tendrían por qué estar previstas en estatutos, amparen u oculten remuneraciones por el ejercicio del cargo de administrador**.

Por todo lo anterior, la Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada en cuanto al defecto (a) y, asimismo, revocar –por lo anteriormente expuesto– el defecto (b).

## Coincidencia en la misma persona de la condición de consejero y de representante persona física de consejero persona jurídica

- Resolución: Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 23 de mayo de 2023.
- Fecha: 23 de mayo de 2023 (BOE 16 de junio de 2023).
- Enlace al texto de la resolución: [Disposición 14401 del BOE núm. 143 de 2023](#)

La presente resolución trata un supuesto en el que el Registrador Mercantil procedió a rechazar la inscripción del nombramiento de un consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada compuesto por tres miembros (a) dos personas físicas y (b) una persona jurídica, representada por una de las personas físicas designadas en el apartado (a) anterior, al entender

que se contraría el régimen colegial que inspira el funcionamiento del consejo de administración, pues “de facto”, en la persona en la que concurría la condición de consejero persona física y representante de la persona jurídica consejera ostentaría un derecho de veto para la adopción de cualquier acuerdo.

La Dirección General, en línea con la argumentación mostrada por parte del Registrador, **confirma que debe rechazarse toda estructura organizativa del consejo de administración que pudiera lugar a la existencia de un derecho de veto**. Situación que se ve particularmente reflejada en el presente supuesto de hecho ya que la adopción de acuerdos por mayoría requeriría estrictamente la anuencia del consejero designado en la referida doble condición.

Por todo lo anterior, la Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirma la calificación impugnada.

## Sociedad civil profesional. Obligatoriedad de suscripción de seguro

- Resolución: Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 24 de mayo de 2023.
- Fecha: 24 de mayo de 2023 (BOE 22 de junio de 2023).
- Enlace al texto de la resolución: [Disposición 14769 del BOE núm. 148 de 2023](#)

El presente expediente versa sobre la suspensión de la inscripción por parte del Registrador de una escritura de constitución de una sociedad civil profesional, por no constar debidamente acreditada –a fecha de presentación ante el Registro Mercantil– la suscripción del seguro obligatorio por parte de la sociedad, a los efectos del artículo 11.3. de la Ley 2/2007 de sociedades profesionales.

La parte recurrente, en su escrito, alega que los artículos 7.2. y 8.2. de la Ley de Sociedades Profesionales no exigen, en ningún caso, la suscripción del referido seguro a la hora de formalizar el contrato de sociedad en escritura pública o a la hora de presentar ésta ante el Registro Mercantil.

La Dirección General en línea con el fundamento alegado por la parte recurrente, **confirma la inexistencia de una exigencia legal que haga constar la contratación del seguro en la inscripción de la constitución de una sociedad profesional ante el Registro Mercantil**. Asimismo, y en línea con lo incluido en la Exposición de Motivos de la citada ley, incide en que las sociedades profesionales se someten a un régimen de inscripción constitutiva ante el Registro Mercantil que insta, asimismo, *“un sistema registral que se confía a los Colegios Profesionales a fin de posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico les confiere en relación con los profesionales colegiados, sean personas físicas o jurídicas”* incluyéndose, en este sentido, el control relativo a la contratación de seguros.

## Contenido de la certificación que acredite la aportación dineraria realizada en un aumento de capital

- Resolución: Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 30 de mayo de 2023.
- Fecha: 30 de mayo de 2023 (BOE 28 de junio de 2023).
- Enlace al texto de la resolución: [Disposición 15110 del BOE núm. 153 de 2023](#)

El presente expediente versa sobre la negativa del Registrador de inscribir un aumento de capital por aportaciones dinerarias de una sociedad de responsabilidad limitada (i.e., 100 € a capital y 99.900 € a prima de asunción) ya que, a su juicio, no quedaba debidamente acreditada la realidad de la aportación dineraria realizada a los efectos del artículo 62.1 LSC, que, si bien cumplía con el plazo previsto en el artículo 62.3 LSC, y reflejaba la fecha de los ingresos realizados, a la fecha de emisión de la certificación bancaria no constaba el importe del aumento de capital sino una cantidad inferior.

Ante este supuesto, la Dirección General manifiesta que el criterio del Registrador no puede ser mantenido ya que, sin perjuicio de que el importe reflejado en la cuenta bancaria a través de dicha certificación no refleje los desembolsos efectuados como consecuencia de la ampliación de capital, **el principio de realidad de la aportación dineraria realizada se ha visto cumplido en la medida en que, en dicha certificación, se acredita indudablemente que, en la fecha de adopción del acuerdo cuestionado, la cantidad de la aportación en concepto de aumento de capital social estaba a disposición de la sociedad en la cuenta a su nombre.** Por tanto, bajo esta perspectiva, el principio de integridad de capital social quedaría cumplido.

Por todo lo anterior, la Dirección General acuerda estimar el recurso y revoca la calificación impugnada.

## Designación de liquidador ex lege en ausencia de pronunciamiento expreso

- Resolución: Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 1 de junio de 2023.
- Fecha: 1 de junio de 2023 (BOE 29 de junio de 2023).
- Enlace al texto de la resolución: [Disposición 15162 del BOE núm. 154 de 2023](#)

El expediente de referencia se encuentra relacionado con el rechazo del Registrador de inscribir una escritura de disolución de una sociedad, por constar un certificado expedido por el administrador único cesado, en condición de liquidador, sin que éste haya sido designado de forma expresa por la junta general de socios.

El recurrente, a estos efectos, alega que –de conformidad con las previsiones de los estatutos sociales– se ha producido la conversión automática del administrador único en liquidador.

**La Dirección General, fundamentándose en su doctrina** (entre otras, en las Resoluciones de 26 de febrero de 2013, 3 de agosto y 12 de septiembre de 2016), **se pronuncia favorablemente respecto a la conversión automática de la figura del administrador en liquidador, a excepción de que conste una designación expresa por medio de la voluntad general de los socios en junta.** A este respecto, la Dirección General fundamenta su decisión en la protección que se debe brindar a la sociedad de una situación de acefalia y de los efectos negativos que se pueden derivar de la misma.

Por todo lo anterior, la Dirección General acuerda estimar el recurso y revoca la calificación impugnada.

## Fusión por absorción inversa

- [Resolución](#): Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 5 de junio de 2023
- [Fecha](#): 5 de junio de 2023 (BOE 29 de junio de 2023).
- [Enlace al texto de la resolución](#): [Disposición 15171 del BOE núm. 154 de 2023](#)

Este expediente versa sobre la calificación negativa del Registrador respecto de una escritura de fusión inversa alegando como defectos, entre otros, (a) la ausencia del proyecto común de fusión (o, alternativamente, de las menciones exigidas y aplicables a efectos del artículo 31 LME), (b) la falta de pronunciamiento expreso respecto a la variación de los balances que, en su caso, haya tenido lugar desde la fecha del proyecto hasta la celebración de la junta y (c) la falta de pronunciamiento en cuanto al detalle de los documentos que se han puesto a disposición de los representantes de los trabajadores (artículo 42.2. LME).

En cuanto al defecto (a) indicado anteriormente, si bien el recurrente considera que el proyecto de fusión (o sus menciones exigidas) no resulta necesario por adoptarse el acuerdo por unanimidad de los socios de la sociedad absorbente y absorbida, **la Dirección General separa la no obligación de depósito y publicidad prevista en el artículo 42 de la LME de las menciones exigibles a los efectos del artículo 31, las cuales deberán ser incluidas en el correspondiente proyecto o, a falta de éste, deberán incorporarse en el acuerdo que corresponda de la junta general.**

En cuanto al defecto (b), la Dirección General –en línea con el planteamiento efectuado por el recurrente– **considera que no existe tal obligación ex lege** sino que, a efectos del artículo 227 RRM, **resulta necesario exclusivamente recoger el balance de fusión de las sociedades que se extinguen**, sin perjuicio del contenido del artículo 39.3 LME, que obliga a los administradores de las sociedades intervinientes a comunicar modificaciones importantes del activo o pasivo a sus respectivas juntas generales, salvo que –en todas y cada una de las sociedades participes de la fusión– lo acuerden todos los socios con derecho a voto.

Finalmente, en cuanto al defecto (c), la Dirección General considera que la **mención que contiene la escritura** (...) “*manifiestan los comparecientes que ha quedado salvaguardado su derecho de información mediante la puesta a su disposición de los documentos de la fusión*”) **peca de insuficiencia y resulta inadecuada para garantizar**, como exige el artículo 42.2 de la ley, que los derechos de información de los trabajadores, incluida la información sobre los efectos sobre el empleo, no resulten restringidos.

Por todo lo anterior, la Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada en cuanto al defecto (a) y (c) y, asimismo, revocar –por lo anteriormente expuesto– el defecto (b).

Para cualquier duda o comentario puede contactar con:

**Prudencio López**  
[plopez@deloitte.es](mailto:plopez@deloitte.es)

**Inmaculada Serra**  
[iserra@deloitte.es](mailto:iserra@deloitte.es)

\*\*\*\*\*

Este es un documento de recopilación de determinada información de carácter jurídico que no supone asesoramiento legal alguno. Queda prohibida su reproducción, distribución, utilización o cualquier tipo de cesión sin la previa autorización de Deloitte Legal.