

## Sumario

### Novedades legislativas

- **DERECHO CONCURSAL: Los inconvenientes del cierre del concurso exprés**
- **DERECHO PROCESAL: Contrato de distribución: la indemnización por clientela se calcula con base en el beneficio neto del distribuidor**
- **DERECHO PROCESAL: Inversores: posibles acciones a interponer por las pérdidas en Banco Popular**

#### **I DERECHO CONCURSAL: Los inconvenientes del cierre del concurso exprés**

Autor: José Miguel Martín-Zamorano

El artículo 176bis.4 de la Ley Concursal permite al Juez declarar y cerrar un concurso de una empresa en el mismo auto, cuando aprecie de manera evidente que el patrimonio de ésta no será suficiente para atender ni siquiera los gastos del concurso y no sea previsible el ejercicio de acciones de reintegración, impugnación o responsabilidad de terceros. Como complemento de ésta, el artículo 178 establece que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda.

#### **Análisis de la política legislativa**

En nuestra opinión, la norma es muy deficiente porque para solucionar un problema que en la práctica se les plantea

frecuentemente a los jueces cuando no encuentran administrador concursal que quiera aceptar el cargo en estos casos, o éste resulta impagado y no puede realizar su trabajo, se toma una decisión que puede conllevar la desprotección de los intereses de los acreedores y empleados de la sociedad insolvente. Pero también, y es donde queremos centrarnos, deja desprotegidos a los administradores sociales pues carecen éstos de una norma clara a la que atenerse para proceder a la liquidación de la sociedad.

La experiencia de los últimos diez años demuestra que todo el artefacto legal y administrativo montado por la Ley Concursal sirve desgraciadamente para muy poco: la mayoría de las empresas terminan en liquidación, en ésta los acreedores no

cobran casi nada, y de las pocas empresas que llegan al convenio solo un 10% lo cumple. La Ley Concursal sirve fundamentalmente para que se malgasten recursos públicos sin beneficio alguno en la práctica para aquellos a los que la ley pretende proteger. Sin duda, y esta es una opinión personal, sería más útil profundizar en las vías creadas para sacar del ámbito judicial la gestión de las situaciones concursales (incluyendo la liquidación de las empresas insolventes), profesionalizar verdaderamente la administración concursal y reservar a los jueces la investigación de las causas del concurso y la atribución de responsabilidad a los terceros.

Es el entendimiento de una gran parte de la sociedad española, en la que me incluyo, que los poderes públicos deben proveer a ésta de aquellos servicios que siendo necesarios, no encuentren un particular dispuesto a prestarlos, y abstenerse de hacerlo en el resto de los casos (sin perjuicio de establecer las reglas a las que aquellos deben someterse para preservar los valores constitucionalmente establecidos). En ese sentido, muchas de las liquidaciones de empresas en concurso pueden ser interesantes para un tercero siempre que se le permita retribuirse con un porcentaje del importe de los créditos que consiga atender. Y serán precisamente aquellas que no dispongan de un patrimonio, las que tendrán que hacer los jueces directamente (o a través de aquellos administradores concursales que estén llevando a cabo las liquidaciones concursales más grandes y que dispongan

por tanto de un margen para absorber los costes de las liquidaciones ineficientes). Todo ello, sin perjuicio del respeto debido a las normas que velan por la *par conditio creditorum* y la interdicción del fraude.

Son también estas liquidaciones, en las que con más probabilidad se puedan plantear acciones de reintegración o declaración de responsabilidad de los administradores, pues si el patrimonio ha llegado tan esquilmo que no puede asumir los gastos de la liquidación concursal, es una realidad objetiva que el concurso se ha pedido tarde.



Y esto obedecerá con más probabilidad que en otros casos a que se ha gestionado erróneamente por más tiempo del necesario, o a que alguien se ha llevado indebidamente ese patrimonio que falta.

No obstante lo anterior, en estos casos que son los que más atención podrían requerir del juez del concurso, el legislador, sorprendentemente, decide que quedan fuera del ámbito de protección de la institución concursal. Téngase en cuenta que la norma ni siquiera establece un volumen máximo de pasivo o de activo de la



de ésta para resolverlos, nos lleva a considerar que, no obstante, la expulsión de estos supuestos del ámbito institucional concursal, la norma especial debe seguir siendo la referencia de los administradores (ahora liquidadores), para la ejecución de sus actuaciones.

Pero junto a los administradores, no quedan exentos de problemas los acreedores. Nada ha dicho la Ley Concursal sobre cómo pueden éstos perseguir el cobro de sus créditos en caso de que los administradores sociales no atiendan el pago de sus deudas, ya sea por imposibilidad o falta de voluntad. Este vacío legal ha sido completado por jurisprudencia del Tribunal Supremo (4 de junio de 2000 y 27 de diciembre de 2011) y la doctrina de la DGRN (17 de diciembre de 2012 y 14 de diciembre de 2016), que realiza la ficción de considerar que la personalidad de la sociedad subsiste a efectos de que pueda ser demandada por aquellos. Sin embargo, en un gran número de estos casos, la realización del activo social y la satisfacción del interés de acreedor se resuelve a través del acuerdo entre éste y el deudor, por medio de la inevitable dación en pago.

Ésta, además, no se realiza directamente ya que las entidades financieras por diversas razones instrumentan estas operaciones a través de la adquisición del activo por una sociedad de su grupo que aglutina todos los inmuebles “recuperados”, el pago por ésta de la deuda hipotecaria en un importe equivalente al precio de la compra y la correlativa condonación o carta de pago por la entidad financiera a la sociedad deudora en el importe restante.



Nuevamente ha sido la DGRN la que ha extendido la ficción de la personalidad jurídica subsistente de la sociedad extinguida, para permitirle otorgar los documentos necesarios para completar estas operaciones obviamente liquidatorias (Resoluciones de 10 de marzo de 2017).

Por último, se plantea el ejercicio por los acreedores de las acciones que les corresponden frente a los administradores, u otras personas responsables de los daños ocasionados a la sociedad, o a ellos particularmente. Tras las últimas reformas de la Ley Concursal quedó clara la inclusión dentro del procedimiento concursal de las acciones que pudieran corresponder a la sociedad, y las relativas a la responsabilidad por deudas por indebido retraso en la solicitud del concurso (ex artículo 367 de la LSC).

Respecto de las primeras cabría entender que extinguida la sociedad mueren ellas también. En cuanto a las segundas, si la razón de ser de las restricciones establecidas en los artículos 50.2 y 51bis de la Ley Concursal era “reservar” el patrimonio de los administradores a la

responsabilidad de éstos que pudiera declararse en la pieza de calificación (en beneficio de todos los acreedores), debe entenderse que concluido éste sin declarar tal responsabilidad ya no existe obstáculo legal alguno al ejercicio de dichas acciones. Igual conclusión debe alcanzarse respecto de la denominada acción individual de responsabilidad que no era siquiera objeto de mención en la Ley Concursal.

Por lo tanto, el cierre exprés del concurso no impide el ejercicio de estas acciones pero las dificulta enormemente porque, por un lado, cada uno de los acreedores tiene que asumir el coste y riesgo de estas actuaciones, no disfrutando de las ventajas que le proporciona el concurso tanto en términos de ahorro de estos costes, como en el uso de la información obtenida por el administrador concursal, y las herramientas que la ley le otorga. Por otro lado, el hecho de que un juez, aun con una muy somera investigación, haya descartado las dos primeras, hace virtualmente imposible que otro juez pueda llegar a aceptar la responsabilidad por deudas del artículo 267 LSC o la individual.

---

## **II DERECHO PROCESAL: Contrato de distribución: la indemnización por clientela se calcula con base en el beneficio neto del distribuidor**

Autora: Jessica Brenner

La extinción de un contrato de distribución suele ser una cuestión conflictiva y compleja, especialmente en relación con las posibles indemnizaciones a abonar al distribuidor. Esta complejidad se debe principalmente al hecho de que el contrato de distribución, como contrato atípico que es, carece de una regulación legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Esta laguna legal ha motivado que haya sido la jurisprudencia la que ha venido definiendo los posibles derechos del distribuidor tras la terminación del contrato.

Especial relevancia ha tenido la cuestión relativa a la procedencia o no de la obligación de pago al distribuidor de la llamada indemnización por clientela. Se trata de una indemnización regulada expresamente en la Ley de Contrato de Agencia a favor del agente que ha captado nuevos clientes para el fabricante, o incrementado sensiblemente las operaciones con clientes ya preexistentes, siempre y cuando el principal pueda seguir aprovechándose de lo anterior, ni si quiera potencialmente, tras la extinción del contrato.

El derecho del distribuidor a percibir una indemnización por clientela ha sido tremendamente controvertido en la jurisprudencia, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello comportaba, haciendo necesario que los Magistrados del Tribunal Supremo adoptasen un Acuerdo en el año 2005 en el que rechazaban la

aplicación automática del régimen de la indemnización por clientela al contrato de distribución, pero precisando que sí procede la misma cuando exista identidad de razón con el contrato de agencia. Esto es, si el distribuidor ha generado una clientela a favor del fabricante y ésta puede ser aprovechada por éste último, tendrá derecho a la denominada indemnización por clientela, lo que en la práctica ocurre en la mayoría de los casos.



Si bien dicha clarificación por parte del Tribunal Supremo fue valorada de forma positiva, lamentablemente no logró solucionar otro problema básico existente en torno a la materia, en especial el relativo a la cuantificación de la indemnización por clientela.

La cuantificación de la indemnización por clientela es en sí un tema complejo atendido el hecho de que la Ley de Contrato de Agencia, reguladora de esta indemnización y aplicable por analogía al contrato de distribución, lo único que hace es fijar la cuantía máxima a la que puede ascender

este tipo de compensación. Este máximo se define en la referida ley como “el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.”

La cuestión hasta ahora controvertida en la jurisprudencia ha sido qué es lo que debe entenderse por remuneración del distribuidor y, en especial, si por la misma debe entenderse el margen de beneficio neto o bruto de éste último.

En este sentido hasta hace bien poco la jurisprudencia existente en la materia era contradictoria y además poco clara, con tendencia a aplicar el denominado margen bruto de beneficio, siguiendo los pasos de las sentencias dictadas en el marco de conflictos de contratos de agencia y que defienden que la retribución del agente son las comisiones sin tomar en consideración los posibles gastos que conlleva el ejercicio de su función.

No obstante lo anterior, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 marzo del 2017 (sentencia núm. 137/2017) ha establecido de forma clara que por remuneración del distribuidor debe entenderse su beneficio neto, fijando así la doctrina jurisprudencial a seguir en cuanto al margen a aplicar para calcular la indemnización por clientela en contratos de distribución. En aquel caso concreto el Tribunal Supremo estimó el recurso formulado por una de las partes contra la sentencia de la Audiencia Provincial que

había calculado la indemnización por clientela sobre la base de los ingresos brutos del distribuidor, indicando el Tribunal Supremo que procede recalcularse dicha indemnización partiendo de los ingresos netos.

**Esta clarificación del Tribunal Supremo es sin duda relevante y este cambio de criterio debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar el posible riesgo económico que puede comportar la finalización de un contrato de distribución.**

Una vez establecido el importe máximo al que puede ascender la indemnización por clientela del distribuidor, ahora definido de manera clara como **la media del beneficio neto obtenido en los cinco años anteriores a la terminación contractual**, cabe además defender que no corresponde la concesión de la indemnización en su importe máximo atendidos distintos motivos cuya posible concurrencia tendrá que ser analizada caso por caso.



## **II DERECHO PROCESAL: Inversores: Posibles acciones a interponer por las pérdidas en Banco Popular**

Autora: Laura Marín

A principios de junio se anunció que Banco Popular había sido intervenido por las autoridades europeas y vendido a Banco Santander por el precio de un euro, tras poner a cero el valor de los títulos de accionistas y acreedores subordinados, lo que ha supuesto para éstos la pérdida de todo lo invertido.

Esta operación no tiene precedentes en Europa, al ser la primera vez que se pone en práctica el mecanismo previsto en la normativa europea (Directiva 2014/59/UE y Reglamento nº 806/2014) para la resolución de entidades de crédito en situación de inviabilidad, y existe todavía incertidumbre acerca de las circunstancias que precedieron a la operación de venta de Banco Popular. En este contexto, se abre un amplio abanico de opciones de reclamación para los afectados.

La primera de las opciones que surge a raíz de la decisión tomada por las instituciones europeas es la **vía administrativa**, apropiada para grandes inversores y fondos institucionales. Consiste en recurrir, bien la decisión adoptada por el organismo europeo de resolución –Junta Única de Resolución (JUR)- o bien la del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) español por orden de la JUR, si bien el plazo para ello es breve, de uno o dos meses a contar desde que se adoptó la decisión en función del tipo de recurso interpuesto, y el resultado incierto, pues las

acciones marcaban su precio más bajo en la jornada previa a la resolución.

Por otro lado, se abriría la posibilidad de reclamar a las administraciones por los daños causados por la resolución, que, según el Reglamento, serán asumidos por la JUR. No obstante, viendo que no existen precedentes de una decisión similar por parte de la JUR, y que la misma se podría fácilmente amparar en la búsqueda del “interés general” a la hora de adoptar la medida, aquellos que tengan únicamente un objetivo resarcitorio también podrán optar por otras vías.

Otra de las opciones, que también ha empezado a ser ya utilizada por algunas asociaciones como la OCU o la Aemec (Asociación Española de Accionistas Minoritarios de Empresas Cotizadas), es la **vía penal**. Esta vía pone el foco sobre las dudas acerca de si se llevó una correcta gestión de la entidad por parte de sus responsables, y de si dicha gestión fue transparente, especialmente en cuanto a la información publicada y auditada en la última ampliación de capital de 2016. Así pues, la actuación de la cúpula de la entidad y sus auditores podría ser, en su caso, subsumible en diferentes tipos delictivos, tales como el de falsedad de las cuentas anuales, administración desleal o fraudulenta, o falseamiento de los folletos de emisión de valores, entre otros. Esta vía también serviría para obtener un



resarcimiento mediante la responsabilidad civil derivada del delito, aunque para ello la vía civil será, a priori, más ágil.

Por último, se abre para los inversores, especialmente aquellos minoritarios, que pretendan únicamente recuperar su inversión, **la vía civil o mercantil**, la cual se ha demostrado muy eficaz en supuestos que presentan ciertas similitudes. En esta vía existen varias posibilidades en función del caso, siendo una de ellas instar la **nulidad o anulabilidad de las órdenes de compra** de las acciones, bonos o deuda subordinada, por la existencia de vicios del consentimiento derivados del déficit de información del producto y el engaño por parte de la entidad bancaria, si se demuestra que la entidad reflejó un ficticio estado de solvencia en sus cuentas de 2016 y en los folletos de emisión de los títulos. Esta acción puede interponerse en un plazo de cuatro años desde que se tuvo conocimiento de la existencia del error o engaño.



Cabría también, con base en este eventual falseamiento de la información, reclamar por medio de la acción de responsabilidad **por falsedades u omisiones en el**

**folleto informativo** de una emisión de valores prevista en la Ley del Mercado de Valores (LMV), contra el emisor del folleto y otras personas responsables y cuyo plazo de interposición es de tres años desde el conocimiento de dichas falsedades. Asimismo, desde un plano más genérico, cabrían las **acciones de responsabilidad contractual**, por incumplimiento de la entidad de los deberes de información, lealtad y transparencia que exige la LMV, **o extracontractual**, por culpa o negligencia de la entidad, la primera con un plazo de cinco años y la segunda con un plazo de un año.

Además se podría acudir, en un plazo de cuatro años, a la **acción de responsabilidad contra los administradores** que prevé la Ley de Sociedades de Capital, bien social o bien individual, por incumplimiento, entre otros, de los deberes relativos a la llevanza de la contabilidad, que debe mostrar una imagen fiel de la empresa. Igualmente, los inversores extranjeros dispondrán de los **sistemas de protección de inversores extranjeros** que prevean los tratados internacionales firmados por el Estado español.

En vista del amplio elenco de posibilidades ante la repentina resolución y venta de Banco Popular, la elección de una u otra opción de reclamación dependerá, por tanto, de las particularidades de cada caso, del perfil del reclamante, del objetivo principal que se persiga y de las informaciones que sigan saliendo a la luz acerca de la situación en la que se encontraba la entidad.

# Marimón Abogados

Marimón Abogados es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del Derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla. Nuestro despacho se ha adaptado a los cambios que se han ido produciendo en el mercado mediante la mejora constante de sus servicios y la ampliación de sus ramas de actividad, creando departamentos altamente especializados que cuentan con una vasta experiencia, lo que nos permite resolver cualquier tema legal desde la misma firma:

<a href="#">Administrativo, Regulatorio, Urbanismo y Medio ambiente</a>	<a href="#">Concursal</a>	<a href="#">Financiero</a>	<a href="#">Fiscal</a>
<a href="#">Inmobiliario</a>	<a href="#">Laboral</a>	<a href="#">Mercantil y Societario</a>	<a href="#">Penal</a>
<a href="#">Procesal</a>	<a href="#">Propiedad Intelectual e Industrial</a>	<a href="#">Tecnologías de la Información y Protección de Datos</a>	<a href="#">Competencia</a>
<a href="#">Italian Desk</a>	<a href="#">French Desk</a>	<a href="#">German Desk</a>	<a href="#">Portuguese Desk</a>

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta información pueden ponerse en contacto con los siguientes abogados:



**José Miguel Martín-Zamorano**

Departamento de Derecho mercantil



**Jessica Brenner**

Departamento de Derecho procesal



**Laura Marín**

Departamento de Derecho procesal



## Barcelona

Paseo de Gracia 118, 5º  
08008 Barcelona  
Tel.: (+34) 93 415 75 75



## Madrid

Paseo de Recoletos, 16, 4º  
28001 Madrid  
Tel.: (+34) 91 310 04 56



## Sevilla

C/ Balbino Marrón 3, 5º, of. 17  
41018 Sevilla  
Tel.: (+34) 95 465 78 96

*Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extracta, sin la previa autorización de Marimón Abogados.*