UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL Y CONCURSAL DE EMPRESAS EN CRISIS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

MARÍA CAYETANA LADO CASTRO-RIAL

DIRECTOR

JUANA PULGAR EZQUERRA

MADRID, 2025

© María Cayetana Lado Castro-Rial, 2025

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL Y CONCURSAL DE EMPRESAS EN CRISIS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

MARÍA CAYETANA LADO CASTRO-RIAL

DIRECTOR

JUANA PULGAR EZQUERRA

MADRID, 2025

A mi directora de tesis, Dª Juana Pulgar Ezquerra, por su generosidad y apoyo.

A mis padres, Cayetano y Mª Ángeles, y a mi hermana Marta, por su ejemplo.

A mis abuelos, Evaristo, María, Alfonso y Celsa, siempre presentes.

A mis hijos, Juan, Alfonso, Jaime y Cayetana, por su apoyo y amor incondicional.

A mi marido, Pancho, por su cariño y comprensión. Esta tesis es también uno de sus logros.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera en primer lugar y de modo principal dar las gracias a mi directora de tesis, Dª Juana Pulgar Ezquerra, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Si bien la Profesora Pulgar es una figura sobradamente conocida por todos aquellos que de una u otra forma hemos tenido contacto con el derecho de la insolvencia, dada su excelencia académica y profesional, no tuve la oportunidad de conocerla personalmente hasta el mes de octubre de 2018, cuando se constituyó una Sección Especial en el seno de la Comisión General de Codificación a la que se encomendó el encargo de elaborar un informe y una propuesta legislativa para la transposición de la que sería posteriormente la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. A raíz de la elaboración de los trabajos prelegislativos medité la posibilidad de iniciar la investigación conducente a la presente tesis doctoral y así se lo sugerí a la Profesora Pulgar, ofreciéndose ella inmediatamente a dirigirla con la generosidad que la caracteriza. Ella me ha guiado y apoyado en este camino, siendo su orientación y sabios consejos los que han hecho posible la culminación de este trabajo. Es para mí un honor y un privilegio que la Profesora Pulgar, alma mater del derecho preconcursal, la persona que más y mejor ha contribuido al desarrollo de esta relevante disciplina, haya accedido a dirigir la presente tesis doctoral. Por todo ello, le estaré siempre agradecida.

Asimismo, quiero hacer extensivo mi agradecimiento a los miembros de la Sección Especial, en particular a nuestro Presidente, el Profesor Rojo, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, excepcional jurista y uno de los más brillantes mercantilistas de nuestro tiempo, a quien profeso una especial admiración y estima. Ha sido un auténtico regalo haber tenido la oportunidad de compartir debates y sesiones de trabajo con los académicos y profesionales que han sido y son los referentes en el derecho de la insolvencia, aunando la investigación académica con la vocación de servicio público, contribuyendo a la modernización de esta importante rama del Derecho. He tenido la enorme fortuna (inmerecida por mi parte) de poder aprender de los mejores. A ellos les debo también la inspiración necesaria para poder acometer esta tarea.

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL Y CONCURSAL DE EMPRESAS EN CRISIS

ABREVIATURAS..... 13

RESUMEN 16

ABSTRACT..... 18

PLANTEAMIENTO..... 20

CAPÍTULO I: LOS FINES DEL DERECHO CONCURSAL Y EL NUEVO PARADIGMA REESTRUCTURADOR EUROPEO. 26

I. LA FINALIDAD SOLUTORIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES: EVOLUCIÓN..... 26

II. LA REESTRUCTURACIÓN: JERARQUIZACIÓN DE INTERESES EN PRECONCURSO Y CONCURSO DE ACREEDORES 36

II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA: LA DIRECTIVA 2019/1023, DE REESTRUCTURACIÓN TEMPRANA. 45

1. Antecedentes. 45
2. Los presupuestos de la Directiva 2019/1023..... 52
3. Deudor no desapoderado (Debtor in possession). 60
4. Suspensión de ejecuciones: Posición del crédito público. 62
5. Deber de solicitar el concurso y régimen de los executory contracts. 81
6. Planes de reestructuración: Contenido, aprobación y homologación..... 85
7. Nueva financiación y financiación interina..... 105
8. Los deberes de los administradores en la proximidad de la insolvencia..... 107
9. Exoneración de pasivo insatisfecho. 110

IV. LA PROPUESTA DE SEGUNDA DIRECTIVA DE INSOLVENCIA..... 112

1. Consideraciones generales. 112
2. Ejes de la armonización en el marco de la Propuesta de Directiva..... 116

V. LA TRANSVERSALIDAD DEL DERECHO DE REESTRUCTURACIONES: DERECHO SOCIETARIO, CONTRACTUAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. 118

1. El derecho de la Reestructuración y el derecho de sociedades: implicaciones en materia de gobierno corporativo. 119
2. El Derecho de la reestructuración y el Derecho de la competencia. 139

CAPÍTULO SEGUNDO: RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. 145

I. RÉGIMEN DE LA AUTORIZACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS 145

1. Panorámica del Régimen Europeo de ayudas de estado. 145

2. Criterios determinantes del concepto de ayuda de Estado. 149

2.1. Elemento subjetivo: Fondos de origen estatal. 149

2.2. Elemento objetivo: Ventaja económica y la prueba del operador en una economía de mercado (OEM) 157

2.3. Carácter selectivo. 165

2.4. Falseamiento de la competencia y afectación a los intercambios comerciales de los Estados miembros. 168

II. EL RÉGIMEN DE AYUDAS PÚBLICAS DE SALVAMENTO Y REESTRUCTURACIÓN. 171

1. Introducción. 171

2. Concepto de empresa en crisis. 178

3. Régimen jurídico y tipología de ayudas. 190

4. Criterios para determinar la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior. 194

4.1. La contribución a un objetivo de interés común. 195

4.2. La necesidad de la intervención estatal. 196

4.3. La idoneidad. 197

4.4. El efecto incentivador y la proporcionalidad de la ayuda/ayuda limitada al mínimo necesario. 198

5. Los efectos negativos: riesgo moral y transparencia. 199

6. Regímenes especiales 202

7. Valoración crítica 203

III. OTROS SUPUESTOS DE CONFLUENCIA ENTRE EL DERECHO DE INSOLVENCIA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. 204

1. La insolvencia como circunstancia atenuante en la imposición de multas por infracción del derecho de la competencia ("*inability to pay*"). 204

2. Concentraciones y excepción de empresa en crisis (*failing company defense*) 207

3. El papel de los competidores en el concurso 209

4. El control de las operaciones de modificación estructural desde la perspectiva del derecho de la competencia 212

IV. AYUDAS DE ESTADO INDIRECTAS: PROCEDIMIENTOS

CONCURSALES Y TEST DEL ACREEDOR PRIVADO. 214

V. LA RECUPERACIÓN DE AYUDAS ILEGALES DE UN BENEFICIARIO INSOLVENTE 222

VII. RÉGIMEN TEMPORAL DE AYUDAS DE ESTADO: CRISIS ECONÓMICAS 230

1. La aplicación del régimen de ayudas de estado en el contexto de la crisis financiera de 2008. 230

2. El Marco europeo de ayudas de estado ante la crisis del Covid-19. 237

2.1. Consideraciones generales. 237

2.2. Análisis particular de las medidas de recapitalización de empresas. 243

A) Condiciones de elegibilidad y entrada 243

B) Tipos de medidas y cuantía de la recapitalización. 245

C) Remuneración y salida del Estado. 246

D) Gobernanza y prevención de las distorsiones indebidas de la competencia. 248

E) Estrategia de salida del Estado y notificaciones a la Comisión Europea. 249

F) Ayuda de Estado mediante inyecciones de capital en los mismos términos que los inversores privados. 250

3. Marco Ucrania y Marco temporal de Crisis y Transición. 251

CAPÍTULO TERCERO: PARACONCURSALIDAD NORMATIVA: MEDIDAS DE APOYO A LA SOLVENCIA. 254

I. RÉGIMEN JURÍDICO PRECONCURSAL Y CONCURSAL DE LA FINANCIACIÓN CON AVAL PÚBLICO 254

1. Contexto y Marco Normativo. 254

2. Naturaleza jurídica y clasificación del crédito derivado de la financiación con aval público. 265

3. Medidas para la renegociación de la financiación con aval público. 269

4. Ejercicio de derecho de voto y financiación con aval público. 274

5. La subrogación ex lege en el concurso del deudor avalado. 279

6. Afectación y formación de clases en planes de reestructuración. 282

7. Referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la rescisión concursal y sobre la responsabilidad de fiadores de operaciones avaladas. 285

II. MEDIDAS DE RECAPITALIZACIÓN DE EMPRESAS: EL FONDO DE SOLVENCIA DE EMPRESAS ESTRATÉGICAS RECAPITALIZACIÓN DE EMPRESAS AFECTADAS POR EL COVID 290

1. Marco normativo. 290
2. La doctrina del TJUE: la Sentencia de 19 de mayo de 2021 en el Asunto Ryan Air vs Comisión Europea 293
3. Estructura 298
4. Patrimonio. 301
5. Empresas beneficiarias de las ayudas del Fondo. 302
5.1. Criterios de elegibilidad de las empresas beneficiarias. 302
5.2. Limitaciones a la actuación de la empresa beneficiaria 304
5.3. Gobernanza de las empresas beneficiarias del fondo. 305
5.4. Funcionamiento. 305
A) Ayudas y operaciones de los Fondos. 305
B) Estructura contractual. 307
C) Importes y remuneración de las operaciones. 309
6. Exenciones. 311
7. Salida del Estado. 312
8. Transparencia. 313
9. Extinción. 314
CAPÍTULO CUARTO: ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN PRECONCURSO. 315
I. HERRAMIENTAS DE ALERTAS TEMPRANAS: EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 315
1. Modelos teóricos de sistemas de alertas tempranas. 317
2. La armonización de las alertas tempranas en la Unión Europea 321
3. Precedentes inmediatos de sistemas de alerta temprana en derecho comparado. 326
4. El presupuesto objetivo. 332
5. Las alertas tempranas en la Directiva 2019/1023 y deberes preconcursales de los administradores. 333
6. El modelo español de las alertas tempranas 341
6.1. Antecedentes. 341
6.2. El sistema de alertas en la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. 346
A) Herramienta de autodiagnóstico de salud empresarial. 346
B) Informe registral sobre la posición de riesgo de una sociedad. 347
C) Asesoramiento de empresas en dificultades. 347

E) Deber de advertencia del letrado de la administración de justicia..... 351

II. REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL DEL CRÉDITO PÚBLICO 352

1. Consideraciones previas. 352

2. Concepto de crédito público. 355

2.1. La delimitación del concepto de crédito público en sede preconcursal y concursal. 355

2.2. Los créditos titulados por entidades públicas y su clasificación: algunos supuestos controvertidos. 360

3. Comunicación de inicio de negociaciones y acreedores de derecho público. 395

4. Planes de reestructuración y acreedores públicos 402

4.1. El perímetro de afectación y formación de clases. 402

4.2. El principio de paridad de trato y la problemática de los créditos de derecho público. 418

4.3. La aplicación del *best interest creditor´s test* a los acreedores públicos. 421

4.4. La aplicación de la regla de prioridad absoluta: especialidades del crédito de derecho público. 429

4.5. Las Administraciones Públicas y modificaciones estructurales en planes de reestructuración. 432

5. Privilegios de los acreedores públicos en materia de incumplimiento e impugnación. 446

6. Planes de continuación del procedimiento especial para microempresas y créditos públicos. 451

7. Los aplazamientos y fraccionamientos de pago como mecanismos extrajudiciales de reestructuración de los créditos tributarios y de seguridad social. 455

7.1. Los aplazamientos y fraccionamientos de créditos tributarios. 456

7.2. Los aplazamientos y fraccionamientos de créditos de la Seguridad Social. ... 467

III. LA POSICIÓN DEL CRÉDITO PÚBLICO EN LA REESTRUCTURACIÓN CONCURSAL. 471

1. La actuación de las Administraciones Públicas en convenio. 471

2. La actuación de las Administraciones Públicas en el prepack concursal. 483

3. Las Administraciones públicas y modificaciones estructurales en convenio concursal. 500

CAPÍTULO V. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE LA EXONERACIÓN DE PASIVO INSATISFECHO. 504

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES..... 504

II. CRÉDITO PÚBLICO Y EXONERACIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN. .. 515
III. POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. .. 521
CONCLUSIONES..... 528
BIBLIOGRAFÍA..... 538

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Concursal
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
ATA	Asociación de Trabajadores Autónomos
BCE	Banco Central Europeo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BIC	Best interest creditor´s test
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDTI	Centro de Desarrollo Tecnológico e Industrial
CE	Constitución Española
CERSA	Compañía Española de Reafianzamiento S.A.
CIRBE	Central de Información de Riesgos de Banco de España
CIRCE	Centro de Información y Red de Creación de Empresas
COFIDES	Compañía Española de Financiación del Desarrollo S.A. S.M.E.
COM	Comisión Europea
DANA	Depresión Aislada en Niveles Altos
DGPYME	Dirección General de Pequeña y Mediana Empresa
ENISA	Empresa Nacional de Innovación S.A. S.M.E.
ESUG	Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EU	European Union
EWD	Early Warning Denmark
EWE	Early Warning Europe
FASEE	Fondo de Solvencia de Empresas Estratégicas
FMI	Fondo Monetario Internacional
FONREC	Fondo de Recapitalización de Empresas
FSB	Financial Stability Board
GBER	General Block Exemption Regulation
ICO	Instituto de Crédito Oficial

IMF	International Monetary Fund
InsO	Insolvenz Ordnung
ITP	Inability to pay
LC	Ley Concursal
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEG	Código Civil italiano
LGP	Ley General Presupuestaria
LGS	Ley General de Subvenciones
LGT	Ley General Tributaria
LMV	Ley de Mercado de Valores
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MDA	Multiple discriminant analysis
MEIP	Market Economy Investor Principle
MEIT	Market Economy Investor Test
NCWO	No creditor´s worse off
OECD	Organización Europea de Cooperación y Desarrollo
OCRI	Organismo di Composizione della Crisi d´Impresa.
PAE	Puntos de atención al emprendedor
PAIT	Puntos de asesoramiento e inicio de tramitación
PYME	Pequeña y mediana empresa
RcP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RFDUC	Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
R&I	Revista de Reestructuraciones e Insolvencia
R&R	Rescue&Restructuring aid
RPA	Regla de prioridad absoluta

SBA	Small Business Act
SEPI	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales
SIEG	Servicios de interés económico general
TCECA	Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero
TCE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TRLC	Texto Refundido Ley Concursal
TRLMV	Texto Refundido Ley Mercado de Valores
TRLSC	Texto Refundido Ley Sociedades de Capital
UE	Unión Europea
UMC	Unión Monetaria y de Capitales
US	United States

RESUMEN

La presente tesis doctoral analiza la posición del acreedor público y su régimen legal en el contexto de la reestructuración preconcursal y concursal, a tenor de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva de Reestructuración Temprana. Se trata de una de las cuestiones más relevantes que se plantearon en relación con la transposición, estrechamente vinculada al papel del acreedor público en las reestructuraciones, teniendo en cuenta la ausencia de armonización a nivel europeo en reestructuración preconcursal y la inexistencia de reglas uniformes sobre el tratamiento de crédito público en el concurso. En este punto, la Directiva ha optado por establecer una armonización de mínimos, sin alcanzar al tratamiento del crédito público y su posible afectación en sede de reestructuración. Dada la importancia del acreedor público en los procesos de reestructuración se hacía necesario examinar si el objetivo pretendido por la Directiva era compatible con la no involucración del acreedor público en las reestructuraciones, teniendo presente las limitaciones derivadas de la posición constitucional y administrativa de los créditos públicos.

En este contexto, se ha de tener en cuenta el papel del Estado, como acreedor involuntario, sobre el cual pesa un deber específico de recaudación de créditos de derecho público, que ha de actuar además sometido a las limitaciones derivadas del marco europeo de ayudas de Estado, ya que su actuación en esta sede pudiera llegar a ser calificada como una ayuda de Estado indirecta. Por ello, se analizan los puntos de conexión entre el derecho de la competencia y el derecho de la insolvencia, la doctrina del test del acreedor privado en una economía de mercado, el concepto de "empresa en crisis" y la recuperación de ayudas de Estado cuando el beneficiario se encuentra en una situación de insolvencia. Estos elementos han adquirido una especial relevancia en el contexto de crisis económicas como la financiera de 2008, la derivada de la pandemia provocada por el virus COVID-19 o la guerra de Ucrania, dando lugar a la adopción de una serie de medidas por parte de los Estados miembros de la Unión Europea amparadas en sendos Marcos paraguas aprobados por la Comisión Europea, con base en los cuales se adoptaron medidas de paraconcursalidad normativa que atribuyeron al Estado un protagonismo importante en la reestructuración de empresas viables, a través del libramiento de los avales gestionados por el Instituto de Crédito Oficial o medidas de recapitalización de empresas realizadas a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales o COFIDES.

Por otro lado, como consecuencia de la transposición de la Directiva, se han incorporado a nuestro derecho herramientas de alerta temprana, como elemento novedoso, en el que las Administraciones Públicas pueden desempeñar un papel relevante mediante la implementación de determinadas medidas. Pero el núcleo de la transposición se centra en los planes de reestructuración, contemplando la norma de transposición también los institutos de la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, así como modificaciones en el convenio concursal, el novedoso procedimiento especial de microempresas o el prepack. También se hace referencia al recientemente aprobado régimen de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, derivado de la transposición de la Directiva 2019/2121, haciendo hincapié en la reestructuración concursal y en el convenio.

Asimismo, se analiza el nuevo marco de exoneración de pasivo insatisfecho consecuencia de la transposición de la Directiva y la especial problemática planteada en relación con los acreedores públicos, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída hasta la fecha y sus posibles implicaciones futuras.

ABSTRACT

This doctoral thesis analyses the position of public creditors and their legal regime in the context of pre-insolvency and insolvency restructuring, in light of the transposition of the Directive on preventive restructuring into our legal system. This is one of the most relevant issues raised in relation to the transposition, closely linked to the role of public creditors in restructurings, taking into account the lack of harmonization at the European level in pre-insolvency restructuring and the lack of uniform rules on the treatment of public creditors in insolvency proceedings. On this point, the Directive has opted to establish a targeted harmonization, without extending to the treatment of public claims and its potential impact on restructuring proceedings. Given the importance of public creditors in restructuring processes, it was necessary to examine whether the objective pursued by the Directive was compatible with the non-involvement of public creditors in restructurings, considering the limitations arising from the constitutional and administrative status of public creditors.

In this context, the role of the State as an involuntary creditor, which has a specific duty to collect public law claims, is also relevant. It must also act subject to the limitations arising from the European State aid framework, since its actions in this context could be classified as indirect State aid. Therefore, the points of connection between competition law and insolvency law, the doctrine of the private creditor test in a market economy, the concept of a "firm in difficulty," and the recovery of State aid when the beneficiary is insolvent are analysed. These elements have acquired relevance in the context of economic crises such as the 2008 financial crisis, the crisis resulting from the COVID-19 pandemic, and the war in Ukraine. This has led to the adoption of a series of measures by European Union Member States under umbrella schemes approved by the European Commission. These measures launched by the European Commission granted the Member States a powerful position as a creditor during the restructuring of viable companies, through the issuance of guarantees managed by the Instituto de Crédito Oficial (ICO) or company recapitalization measures carried out through the State Industrial Participation Company (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, COFIDES).

Furthermore, because of the transposition of the Directive, early warning tools have been incorporated into our law, as a novel element, in which Public Administrations can play a relevant role by implementing certain measures. However, the core of the transposition

focuses on restructuring plans. The transposition rule also addresses the requirements for communicating the commencement of negotiations with creditors, as well as amendments to the insolvency agreement, the new special procedure for micro-enterprises, and the pre-pack. Reference is also made to the recently approved regime for structural modifications for commercial companies, resulting from the transposition of Directive 2019/2121, with an emphasis on insolvency restructuring.

The new framework for the discharge of unsatisfied liabilities resulting from the transposition of the Directive and the specific issues raised in relation to public creditors is considered too, focusing on the doctrine of the Court of Justice of the European Union issued to date and its possible future implications.

PLANTEAMIENTO

La presente tesis doctoral tiene su origen en los trabajos prelegislativos para la transposición de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Se trata de una de las Directivas más importantes aprobadas en estos años en el ámbito europeo, con la que se inicia un proceso de armonización del derecho de la insolvencia por etapas y objetivos ("*targeted harmonization*"), existiendo actualmente tantos Derechos de la Insolvencia como Estados miembros, lo que conlleva sustanciales diferencias en temas de eficiencia entre los distintos regímenes de insolvencia en los Estados miembros.

Los trabajos prelegislativos se iniciaron en octubre de 2018, antes de la aprobación de la propia Directiva, constituyéndose un grupo de expertos designados por el Ministro de Justicia, bajo la presidencia de D. Ángel Rojo, Catedrático de Derecho Mercantil, del que tuve el honor de formar parte, al que se encomendó la tarea de elaborar una propuesta, integrando una exposición de motivos y un texto articulado, además del informe explicativo.

Obvio es decir que la tarea encomendada fue ardua, no solamente por la relevancia del trabajo, sino también porque, de un lado, cuando comenzaron los trabajos, como se ha adelantado, todavía no se había aprobado la Directiva, y de otro lado, por el carácter transversal de la materia relativa al derecho de la insolvencia en general y del derecho de la reestructuración, en particular.

Una de las múltiples cuestiones que en aquel momento suscitó precisamente la transposición de la Directiva era el papel del acreedor público en las reestructuraciones, habida cuenta de la ausencia de normas claras de armonización en este punto en el texto aprobado. Se trataba de una armonización de mínimos, aun cuando con objetivos ambiciosos, a través de la que se pretendía la potenciación de los mecanismos de reestructuración de empresas viables, incentivando su utilización frente a mecanismos puramente liquidativos, que debían reservarse a empresas que carecieran de tal viabilidad.

Ello conlleva una mayor preservación de valor, una mejora de la competitividad de las empresas y una mayor convergencia en el ámbito europeo, evitando el fórum shopping.

En este marco, se debía analizar en qué medida era necesaria una reforma en profundidad de nuestros acuerdos de refinanciación, que presentaban una alta tasa de eficacia, suscitándose el debate sobre la necesidad (o no) de involucrar al acreedor público en las negociaciones y aceptación de tales acuerdos (ahora planes de reestructuración), a la luz de la Directiva. Los acuerdos de refinanciación vinculaban única y exclusivamente a los acreedores financieros, excluyendo a los acreedores comerciales, laborales y de derecho público. Ahora, sin embargo, era preciso analizar si debían quedar afectados o no en este nuevo marco de reestructuración, en qué medida, si debían aplicarse o no especialidades, cuál sería la operatividad práctica de tales especialidades y si éstas obstaculizaban el objetivo final de la reestructuración. Se trataba, en el caso del acreedor público, de una cuestión particularmente compleja, ya que es generalmente uno de los actores más relevantes y en ocasiones el único (en Microempresas y Pymes), dada la rigidez de la normativa administrativa y las limitaciones constitucionales y legales inherentes a la disposición de sus créditos.

A ello se unía el reto de la transposición de los mecanismos de exoneración de deudas aplicables a personas físicas, particularmente en lo relativo a su extensión al crédito público y su coexistencia con el régimen de aplazamientos y fraccionamientos, cuestión que ha sido especialmente debatida a nivel doctrinal y jurisprudencial, en la que el legislador estaba llamado a imponer una seguridad jurídica hasta entonces inexistente.

Con este punto de partida, en la presente tesis doctoral se pretende analizar, en primer lugar, la evolución del derecho de la insolvencia hacia un derecho preponderantemente reestructurador, compatibilizando la finalidad satisfactiva de los créditos de los acreedores con la continuidad de la actividad empresarial y preservación de valor, en el entendimiento de que ello beneficia no solamente al propio deudor, sino también a los acreedores, a la economía en su conjunto y al propio Estado. Esto último es especialmente relevante, por cuanto que, si bien sobre las autoridades públicas pesa un específico deber de recaudación, aplicando las normas legales y reglamentarias correspondientes, es también claro que la reestructuración de empresas viables resulta igualmente beneficiosa para el Estado como acreedor dado que puede coadyuvar a tal recaudación en mayor

medida que la liquidación concursal, solución tradicional habitual de los procedimientos judiciales del derecho de la insolvencia.

Para ello es preciso dotar a los empleados públicos de un estatuto que, con la debida claridad, les permita adoptar decisiones en este marco de reestructuración, atendiendo a las particularidades de este tipo de créditos y prestando especial atención a la condición del Estado como acreedor involuntario, así como a la necesidad de incentivar el cumplimiento del deber de contribuir a los gastos públicos previsto en el artículo 31 de la Constitución Española.

Sobre la base de estas premisas, se examina el régimen europeo de ayudas de Estado, en la medida en que éste condiciona el margen de actuación de que disponen las autoridades públicas en la toma de decisiones sobre la adopción de medidas de reestructuración de empresas en crisis, pues dichas actuaciones eventualmente pueden suponer una ayuda de Estado indirecta.

Asimismo, por su vinculación, se analizan los puntos de conexión entre el derecho de la insolvencia y el derecho de la competencia, con particular atención a la recuperación de ayudas de Estado cuando el beneficiario se encuentra en situación de insolvencia. Los conceptos propios del marco europeo de ayudas de Estado, como el de "*empresa en crisis*" adquirieron una especial importancia al hilo del marco normativo de ayudas de Estado implementando medidas particulares para afrontar situaciones de crisis económica y financiera, como la derivada del Covid-19 o la guerra de Ucrania.

El "*marco paraguas"* ("*umbrella scheme*") aprobado en 2020, con sucesivas modificaciones, para paliar las consecuencias económicas derivadas de la pandemia provocada por el Covid-19 y posteriormente la guerra de Ucrania, habilitó a los Estados miembros de la Unión Europea para la puesta en marcha de determinadas medidas que atribuyeron un papel proactivo al Estado, incentivando la reestructuración de empresas viables, evitando su insolvencia y posterior liquidación. Pueden citarse a este respecto los denominados avales Covid, gestionados por el Instituto de Crédito Oficial, así como las medidas de recapitalización de empresas llevadas a cabo por el Fondo de Solvencia de Empresas Estratégicas dependiente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y el Fondo de Recapitalización de Empresas de COFIDES. Todo ello en el marco de lo que doctrinalmente se ha calificado con acierto como "*Paraconcursalidad normativa*",

englobando el conjunto de medidas y políticas de apoyo a la solvencia de empresas privadas en crisis económica.

De otro lado, ya en el marco de actuación de las Administraciones Públicas en concurso y preconcurso, se parte del análisis de la Directiva 2019/2023, poniendo especial énfasis en las novedades que la misma puede implicar para los acreedores públicos y las opciones de política legislativa que la misma ofrece, en el marco de la armonización mínima por la que se optó. En este marco, se ha abordado el estudio de las novedosas herramientas de alerta temprana reguladas en la Directiva, ámbito éste en el que las Administraciones Públicas pueden desempeñar un papel relevante, sobre todo en cuanto a su implementación a través de la puesta a disposición, en particular a Pymes y Microempresas, de herramientas de autodiagnóstico de salud empresarial.

Tras el análisis de la Directiva (UE) 2019/1023, se aborda el estudio del modo en que la Directiva fue transpuesta al Derecho Español, en virtud de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal, centrándonos en particular en las especialidades aplicables a los acreedores públicos. Con carácter previo, se acota el concepto de crédito de derecho público y se expone la problemática que se ha suscitado al hilo de resoluciones judiciales recientes que efectúan una ampliación sustancial de dicho concepto, dada la trascendencia que ello puede presentar en las reestructuraciones preconcursales y concursales.

El punto de partida, en general, ha sido – como de otro lado ha venido siendo tradicional en nuestro derecho- la protección del crédito público, limitando extraordinariamente su afectación, sobre la base de la idea subyacente de que son expresión del interés general. La Directiva en este punto prevé en algunos de sus considerandos la posibilidad de que los Estados miembros incluyan ciertas particularidades en la aplicación del test del mejor interés de los acreedores y en la formación de clases (Considerandos 44 y 52 de la Directiva). En los trabajos preparatorios de la normativa de transposición se menciona la existencia de otras figuras alternativas a los marcos de reestructuración- los aplazamientos y fraccionamientos-, calificando esta opción como ideal por razón de su rapidez y eficacia desde el punto de vista de su tramitación administrativa.

La afectación del crédito público en los planes de reestructuración exige que el deudor se encuentre al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social y que la antigüedad de los créditos no sea superior a dos años computados desde la fecha

del devengo. Además, únicamente van a poder sufrir esperas no superiores a los dieciocho meses como máximo, lo que supondrá que el peso de la reestructuración en sede preconcursal va a recaer en los acreedores privados, sin perjuicio, claro está, de las medidas que se puedan acordar en sede administrativa (aplazamientos y fraccionamientos).

Asimismo, se analiza la posición del acreedor público en los planes de reestructuración y las consecuencias del tratamiento conferido a éste en lo relativo a la delimitación del perímetro de afectación, la formación de clases, el principio de paridad de trato, la aplicación del test del mejor interés de los acreedores y la regla de la prioridad absoluta. Este tratamiento más favorable que se otorga al acreedor público en la práctica eleva el umbral de protección de los créditos de su mismo rango concursal. La separación del crédito de derecho público en clases dentro de su rango y su carácter privilegiado implica que su apoyo a los planes puede ser decisivo para alcanzar la homologación en determinados casos como consecuencia de las reglas de arrastre de acreedores, aun cuando las limitaciones legales a su afectación pueden conllevar un indeseable efecto contagio, en relación con el principio de paridad de trato, dentro de la clase en la que se inserten.

Analizada la posición de los acreedores públicos en los planes de reestructuración, se estudian las especialidades del convenio concursal, haciendo hincapié en los contenidos nuevos limitados que van a poder aplicarse a los acreedores públicos y sus implicaciones prácticas. También se incluye una referencia a las particularidades de la reestructuración de los créditos de derecho público cuando ésta tenga lugar a través del procedimiento de continuación, que es uno de los itinerarios posibles del procedimiento especial de microempresas del Libro III, el cual parece haber servido de inspiración a la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022 de Armonización de determinados aspectos del derecho de la insolvencia, que recoge un novedoso procedimiento especial liquidativo de microempresas.

En este marco, se abordan las conexiones entre el régimen de las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, que trae causa de la transposición de la Directiva 2019/2121, y el Derecho de la Reestructuración, en sede de planes de reestructuración y convenio, con particular atención a sus implicaciones para los acreedores públicos.

Finalmente, se analiza el régimen de transposición de la exoneración de pasivo como mecanismo de reestructuración de las deudas de personas físicas en lo atinente a los créditos de derecho público, con una sucinta exposición de la evolución normativa y del estado de la cuestión en la actualidad, no exento de polémica, como lo evidencia el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, centradas en el decisión del legislador español de excluir los créditos públicos de la exoneración. Todo ello en el marco de la valoración jurisprudencial realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo relativo a la adecuación a la Directiva (UE) 2019/1023 del régimen español de exoneración de los créditos públicos en su reciente Sentencia de 7 de noviembre de 2024.

CAPÍTULO I: LOS FINES DEL DERECHO CONCURSAL Y EL NUEVO PARADIGMA REESTRUCTURADOR EUROPEO.

Estamos asistiendo en la actualidad, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina[1], a un progresivo tránsito desde un Derecho Concursal con una finalidad puramente liquidativa hacia un Derecho Concursal orientado hacia la conservación de empresas y de la preservación de su valor, cuyos fines en cierta medida coinciden con los del Derecho de la Competencia, en el sentido de proveer una salida del mercado de las empresas ineficientes y propician la permanencia de las empresas viables.

Conviene recordar que, si bien esta evolución se ha acelerado en los últimos tiempos, se ha venido conformando desde el siglo XIX y XX, en que comenzaron a revelarse nuevos institutos concursales de carácter conservativo-reorganizativo en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, conviviendo con las instituciones tradicionales, tales como la quiebra y el convenio. Se trataría de propiciar a través del Derecho Concursal institutos de carácter conservativo, confluyendo intereses públicos y privados, de acuerdo con un plan de reorganización, con un contenido complejo, en el que se incluían tanto los tradicionales modos de arreglo de pasivo (las ya conocidas quitas y/o esperas) como también medidas de carácter económico- financiero.

I. LA FINALIDAD SOLUTORIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES: EVOLUCIÓN.

Como es sabido y resalta la doctrina[2], el Código de Comercio francés, promulgado en 1807, que recogía en sus artículos 437 y siguientes la regulación de la quiebra, figura que

[1] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "*Derecho de la Competencia y armonización europea del derecho de reestructuración temprana"*. Cuadernos de Derecho y Comercio. Monográfico, 2019, pp.119-160. Asimismo, en el mismo sentido, en su obra "*Preconcursalidad y reestructuración empresarial*", 3ª edición, 2021. pp. 51ss.

[2] Sobre esta cuestión, seguimos las tesis recogidas en el premonitorio trabajo de PULGAR EZQUERRA, J.: "*La reforma del derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)".* Editorial Civitas, 1994. Págs. 21ss. Hacen referencia a este tránsito hacia una Economía de Mercado ALONSO UREBA, A. "*Elementos de Derecho Mercantil I, Introducción*", Madrid, 1989, pp 30-32; GALGANO, "*Historia del Derecho Mercantil*", trad. de Joaquín Bisbal, Barcelona, 1980, pp 83-86; GIRÓN TENA "*Apuntes de Derecho Mercantil. Introducción*", Madrid, 1981-1982 pp 30ss y en "*Introducción (temario para una encuesta)"* en R.F.D.U.C. núm. monográfico 8 Madrid, 1985, pp 12-13; GONDRA ROMERO, "*Derecho Mercantil*", tomo I, Madrid, 1992, pp 25ss. Por otro lado, frente a la intervención del Estado en la economía característica del mercantilismo, se observa una transición hacia una mayor neutralidad del Estado en este ámbito. Vid. REICH, "*Markt und Recht*", Neuwied/Darmstadt,

influyó en otros ordenamientos jurídicos como el italiano (Código de 1842, Código Albertino; Código de 1865); belga (Ley de 18 de abril de 1851 sobre quiebras, bancarrotas y suspensiones de pagos, antecedente del Libro III del Código de Comercio belga); portugués (Código de falencias de 1833) y español (el primer Código de Comercio de 1829).

En este momento inicial de la evolución, coexistían como institutos concursales la quiebra y los convenios. La quiebra nació durante el siglo XIII en el contexto de los estatutos de las Corporaciones Mercantiles medievales en Italia y de la "*Lex Mercatorum*", para la protección del comercio[3]. Se trataba en su origen de una institución que tenía carácter punitivo, y cuyo objeto era satisfacer las demandas de las corporaciones mercantiles, los gremios[4]. A ello se añadirá posteriormente la finalidad de satisfacer los intereses de los acreedores en la satisfacción de sus respectivos créditos, vinculado a la responsabilidad derivada del cumplimiento forzoso de las obligaciones, sin perjuicio de que también perviva su carácter punitivo en determinados casos[5].

En este marco, se configuraban ya en los Estatutos medievales figuras de carácter convencional, que atendían a los intereses privados del deudor y de los acreedores para alcanzar una solución conservativa negociada entre ellos[6]. La primera figura negociada fue el denominado "*convenio solutorio*", que pretendía evitar la liquidación aneja a la quiebra, con una clara finalidad conservativa. Más adelante surgen los llamados "*convenios preventivos extrajudiciales*", que se caracterizan por ser anteriores a la declaración de quiebra y que requerían el acuerdo unánime de todos los acreedores, sin

1977, pp 21-23; JARASS, "*Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Frankfurt, 1980, pp 25-26; WOLFF/BACHOF "*Verwaltungsrecht*", III, Munich, 1978, p. 121.

[3] Vid. SANTARELLI, *Per la storia del Fallimento nelle legislazioni italiane dell´étá intermedia*, Padua, 1964, p. 26; BONELLI, *Il Fallimento*, tomo I, Milán 1923, pp.60 y ss; FERRARA, *Il Fallimento*, Milán, 1959, pp. 40; ROCCO, *Il Fallimento*, Turín, 1917, p. 194; ROSSI, *Il Fallimento nel diritto americano*, Padua, 1956, pp. 4-5; BISBAL, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras*, Bolonia, 1986, pp.90-91. Otro sector de la doctrina, por su parte, señala que el origen del instituto de la quiebra se encuentra en España, en el siglo XII, en el fuero de las leyes o Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Vid. APODACA, *Los presupuestos de la quiebra*, México, 1945, pp.58ss; BENITO Y MAMPEL, *La doctrina española de la quiebra*, Madrid, 1930, pp. 79-85; BONSIGNORI, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell´economia*, dirigido por GALGANO, F. tomo IX, Padua, 1986, p.8.

[4] Cabe citar el análisis de SANTARELLI, op.cit. pp.33ss. En este punto, BONSIGNORI, op.cit. p.6; GALGANO, op.cit. pp.62-63.

[5] Vid. SANTINI, *Soluzioni giuridiche allo stato di crisi dell´impresa nei sistema di economia di mercato*, Giurisprudenza Italiana, 1981, Turín, p. 3-5. También, DUQUE "*Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma*," ADC, 1980, pp. 72-74.

[6] Vid. PROVINCIALI, *Tratatto di diritto fallimentare*, Milán, 1974, pp. 6-7; SANTARELLI, op.cit. pp. 28-29.

intervención jurisdiccional. Posteriormente, se regularon los denominados "*convenios preventivos judiciales*", ya de carácter jurisdiccional pero también anteriores a la declaración de quiebra, los cuales exigían el voto a favor de la mayoría de los acreedores y homologación judicial, constituyendo convenios de masa. En este grupo se encuadró la "*suspensión de pagos"* de nuestro Derecho (arts. 870 ss del Código de Comercio de 1885) [7] , que ha sido uno de los primeros ordenamientos jurídicos en regular esta institución, al igual que la Ley belga de 29 de junio de 1887. Esta nueva figura también se extendió a otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Así, en Francia, el convenio preventivo judicial se regulará por vez primera en la Ley de 4 de marzo de 1889, como una solución a un procedimiento llamado "*liquidation judiciare*", cuyo destinatario era el deudor "*bueno, pero desafortunado*", el cual estaba legitimado para solicitar su iniciación, mitigando los efectos rigurosos de la quiebra[8]. Por su parte, en Italia el convenio preventivo judicial se recogió en la Ley de 24 de marzo de 1903. En Portugal se incluyó en el Código de Comercio de 28 de junio de 1888. En lo que hace a Alemania, se contempló por vez primera en la "*Vergleichsordnung"* de 1914; en Inglaterra, también en 1914 en la "*Bankruptcy Act"* y en EEUU por la Ley de 25 de junio de 1910.

Debe reseñarse que esta tendencia fue producto del liberalismo político y económico, que servirá de base a las relaciones entre la quiebra y los convenios, como ha puesto de manifiesto la doctrina[9]. En este marco, se atribuyó la decisión de la solución a la crisis económica al deudor y los acreedores, que habrían de llegar a un acuerdo a la vista de sus respectivos intereses (privados). Por ello, el poder público solamente intervenía para establecer y garantizar un marco en que los sujetos privados pudieran componer sus intereses dar solución a la crisis económica[10].

---

[7] Vid. CORDONES RAMÍREZ Y AURIOLES MARTÍN, *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, Málaga, 1987, pp. 60ss.

[8] Sobre este procedimiento, vid. THALLER, *Droit Commercial,* París, 1925, pp. 1039ss.

[9] Sobre el análisis económico de los fines del sistema concursal en el siglo XIX, vid. BISBAL, "*Los fines del sistema concursal"*, en R.C.J. núm. 3, 1984, pp. 567-591; CABRILLO, *Análisis del Derecho Concursal español*, Madrid, 1987, pp. 19-22, y también en *Quiebra y liquidación de empresas*, Madrid, 1989, pp. 45-47.

[10] Vid. al respecto, GARCÍA VILLAVERDE, "*Instituciones concursales y paraconcursales: el ámbito de una reforma*", en R.F.D.U.C. núm. monográfico 8, Madrid, 1985, pp. 191-192; y en "*La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración*", en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, pp. 274-276. Asimismo, en cuanto a la función de los órganos públicos en los procedimientos concursales, vid.

De este modo, una de las funciones del Derecho Concursal en esta etapa fue la eliminación del mercado de sujetos económicos que no acomodaban su actuación al mercado, presentando un carácter fundamentalmente liquidativo[11]. La quiebra constituía una solución liquidativa, en contraposición a los convenios, que representan una solución conservativa no liquidativa. Ahora bien, como señala la doctrina[12], durante el siglo XIX la conservación no era la finalidad primordial de los convenios, pues en realidad lo que pretendían era la satisfacción de los acreedores, por lo que aquélla coexistía con la finalidad solutoria citada[13]. En consecuencia, la finalidad conservativa constituía en esta etapa un medio para lograr la satisfacción de los intereses de los acreedores, sin que se apreciase la existencia de intereses públicos en la conservación de la empresa. Y es bajo este prisma como han de analizarse los presupuestos objetivos y subjetivos, así como la naturaleza de la aprobación judicial de los convenios durante el siglo XIX.

De este modo, lo que va a resultar determinante en las legislaciones de nuestro entorno para la apertura del convenio no va a ser la viabilidad económica del deudor, sino más bien su conducta en relación con su actividad económica. En efecto, lo relevante a estos efectos era que se acreditase que se trataba de un deudor comerciante "*bueno, pero desafortunado*", esto es, que había cumplido con sus obligaciones contables, que no había sido condenado por bancarrota, hurto, fraude, apropiación indebida o hubiera incumplido un convenio anterior. Se trataba, en consecuencia, de favorecer al deudor que hubiera seguido un determinado patrón de conducta, liberándole de las gravosas consecuencias que llevaba aparejada la declaración de quiebra y propiciando, al tiempo, la satisfacción de los acreedores[14].

No será, por tanto, hasta el siglo XX, en el marco del tratamiento de las dificultades económicas, cuando se aprecie la sustantividad propia de la empresa, como entidad separada y distinta del empresario. Como hemos adelantado, la conducta del empresario va a condicionar la solución (liquidativa o conservativa) que va a recibir la empresa desde

---

ROJO, "*Notas para la reforma de la legislación concursal*", en R.D.M. núm.138, 1975, p. 514; y en "*Crisis de la empresa y procedimientos concursales*", en A.A.M.N. 1980, pp. 256-257.

[11] Vid. ROJO, *Notas para la reforma*…, op.cit. p. 515.

[12] PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal*…., op.cit. pp. 28-29.

[13] GARCÍA VILLAVERDE, en *La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración,* op.cit. pp. 275-276; ROJO, *Notas*… op.cit. p. 523.

[14] GARCÍA VILLAVERDE, "*Instituciones concursales y paraconcursales: el ámbito de una reforma*", en R.F.D.U.C. núm. monográfico 8, Madrid, 1985, pp. 190-193; y en "*La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración*", en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, pp. 275-276.

un punto de vista concursal durante el siglo XIX[15]. Sin embargo, con posterioridad, a partir del siglo XX, se podrá distinguir entre la situación económica de la empresa y las medidas que procederá adoptar, en su caso, sobre las personas que dirigen la empresa (separación hombre/empresa).

Durante el siglo XX se produce la evolución desde un marco económico liberal a un modelo de "*Economía Social de Mercado*"[16], como consecuencia del fracaso del modelo económico propio del liberalismo económico tras la crisis generada por la primera guerra mundial[17]. En efecto, se pone de manifiesto la insuficiencia del papel asumido por el Estado, el cual, en los postulados liberales, debía adoptar una posición abstencionista, siendo sustituido por una mayor intervención, sobre todo en materia económica. Este intervencionismo ya se venía produciendo en la práctica, si bien es ahora cuando se exterioriza de una forma clara[18]. Este cambio de mentalidad tiene repercusiones también en el ámbito del Derecho Concursal y en sus instituciones [19] , determinando un desplazamiento del centro de decisión de unos sujetos privados (deudor y acreedores) a unos sujetos de carácter público, bien sean jurisdiccionales o administrativos, otorgándoles funciones de control de legalidad y también de decisión sobre la solución a las situaciones de crisis económica. Como corolario de lo anterior, debe reseñarse que el sistema deja de tener únicamente en cuenta los intereses meramente privados de deudor/acreedores, pasando a atender a la conservación de la empresa como elemento sustantivo que encarna el interés público y que aparece ligado a la viabilidad económica del deudor[20].

---

[15] DUQUE, op.cit. pp. 96-97; GONDRA ROMERO, "*Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado"* en R.F.D.U.C. núm. monográfico 8, Madrid 1985, pp. 147-150 y ROJO, Notas…op.ci. pp. 523-524.

[16] Terminología utilizada en la doctrina alemana, siendo considerado su primer representante MÜLLER ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Hamburgo, 1947, considerándose equivalente al denominado "Estado del Bienestar" ("*Welfare State*"), formulado por vez primera en 1936 por KEYNES, como base del New Deal puesto en práctica por el Presidente Roosevelt.

[17] GALBRAITH, *Introducción a la Economía*, trad. de Gustav Muñoz, Barcelona, 1979, pp. 39-42. En este sentido, vid. MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, *Wirtschaftsrecht*, Hamburgo, 1978, pp. 65 ss.

[18] ALONSO UREBA, *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*, Madrid, 1985, pp. 57-64; GARCÍA VILLAVERDE, "*Instituciones concursales y paraconcursales*", op.cit. pp.194ss)

[19] Vid. ROJO, op.cit. pp. 253-273.

[20] Vid. DUQUE, o.p. cit. Pp. 75-76; GARCÍA VILLAVERDE, ibidem; GIRÓN TENA, "*Introducción..*", op.cit. 14-15; OLIVENCIA, "*Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado"*, en R.F.D.U.C., núm. Monográfico 8, Madrid, 1985, pp. 37 y 43-44; ROJO, "*Crisis de la empresa"*, op.cit. pp. 256-257. También en CABRILLO, "*La teoría económica de la reorganización de las empresas en quiebra"*, en Economistas, Madrid, 1993, p. 66.

Esta evolución se produce en todos los ordenamientos jurídicos de Derecho comparado, pero se ve condicionada por el modelo constitucional económico concreto adoptado por cada Estado[21]. De este modo, es común distinguir, de un lado, los modelos de corte anglosajón (Estados Unidos, Reino Unido…), en los que está presente una corriente más neoliberal, en la que conviven los intereses públicos con los intereses privados, sin dejar de reconocerse cierta preeminencia de los primeros sobre los segundos.

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos de raíz latina (Francia, Portugal, Italia..) se caracterizan porque su modelo económico parte de una prevalencia de los intereses públicos sobre los privados, con subordinación incluso de éstos frente a aquéllos, concediendo un papel más decisivo a la iniciativa pública en situaciones de crisis económica.

De este modo, se advierte la introducción, durante el siglo XX, de elementos conservativos en los institutos concursales, junto a los puramente liquidativos, con una finalidad también preventiva[22]. Por ello, puede afirmarse que lo característico de esta etapa es la consideración de elementos de carácter conservativo, sin que sea ya la única finalidad de los institutos concursales la de proporcionar satisfacción a los intereses de los acreedores (finalidad solutoria), sino que se pretende también mantener la continuidad de la actividad de la empresa. En este marco, la doctrina ha señalado que, si bien el Derecho comparado siguió manteniendo los institutos tradicionales de quiebra y convenios, al mismo tiempo se fueron incorporando progresivamente al sistema nuevas finalidades, que se unieron a las ya citadas, esto es, la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores, en el mismo plano que éstas. Sobre la base de estas premisas, la quiebra se configuraba como un instituto con una finalidad meramente liquidativa, mientras que los convenios, por el contrario, asumían una función meramente conservativa.

Es en esta fase cuando, con el surgimiento de unidades productivas de gran valor, se comienza a dar mayor importancia al principio de conservación de la empresa, cuya preservación interesaba a diversos colectivos. De este modo, se produjo una modificación de las bases del sistema de tutela del crédito, lo que tuvo consecuencias

[21] Así lo pone de manifiesto GARCÍA VILLAVERDE, en *"La quiebra: fuentes…",* op.cit. pp. 274.
[22] OLIVENCIA, op.cit., pp. 37-39.

en los fines de los procedimientos concursales y en su vinculación con los sistemas de prevención de las dificultades económicas.

Se ha pretendido con ello dar solución a la problemática derivada de la insuficiencia del patrimonio del deudor para dar satisfacción a todos sus acreedores, lo que hace aflorar un conflicto de intereses que es preciso regular, en el seno de un procedimiento de carácter colectivo, estableciendo una jerarquía entre los intereses afectados[23]. Ello supone a su vez la contraposición entre la tutela individual y la tutela colectiva del crédito, situación que ha sido explicada por la doctrina norteamericana a través de la teoría de juegos, mediante el juego denominado del caladero común y el dilema del prisionero, en el que se propugna la limitación de las capturas de pescadores para maximizar la viabilidad de la pesca en el caladero[24].

Con posterioridad, y a lo largo del siglo XX, se fueron configurando nuevos institutos, que se unieron a los anteriores, de carácter también conservativo y reorganizativo, que aunaban los intereses públicos y también privados. Estos institutos se establecen por razón de la trascendencia o significación de la actividad, atendiendo a las dimensiones del deudor, o por su interés público, conteniendo no solo los tradicionales modos de arreglo de pasivo (quitas y/o esperas) sino también otro tipo de medidas de carácter económico- financiero[25].

Como último hito en esta etapa, hay que mencionar, asimismo, la atribución de una nueva finalidad al sistema concursal, su carácter preventivo de la crisis empresarial, determinante de la moderna configuración de lo que se ha venido calificando como un Derecho preconcursal, en el sentido de que tendría por objeto prevenir la existencia de una crisis empresarial y evitar la apertura de un procedimiento concursal, con el consiguiente estigma que ello conlleva.

Un elemento relevante a tener en cuenta a partir de esta etapa ha sido la evolución de un marco jurídico exclusivamente iusprivatista hacia un marco iuspublicista, por cuanto que

---

[23] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Del concurso de acreedores a la reestructuración preventiva*", en *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros*. *Homenaje a Adolfo Sequeira Martín*. Ed. SEPIN. 2022. Pp- 616-617.

[24] BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the law*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, pp. 31ss.

[25] GARCÍA VILLAVERDE, "*Instituciones concursales y paraconcursales: el ámbito de una reforma*", en R.F.D.U.C. núm monográfico 8, Madrid, 1985, pp. 193-209; ROJO, "*Crisis de la empresa..",* op.cit. pp. 265-273.

el modelo de la economía social de mercado supuso, en el ámbito que nos ocupa, que la decisión sobre la solución conservativa o liquidativa de las crisis económicas que afectaban a las empresas dejaba de recaer (al menos ya no exclusivamente) en sujetos privados (deudor y acreedores) para pasar a convertirse en una decisión compartida incluso y en ocasiones sustituida por sujetos públicos de carácter judicial o administrativo, mediante medidas paraconcursales de prevención o salvamento público de empresas[26].

Por otro lado, debe reseñarse que este modelo implica que la decisión ya no se hace depender de la libérrima voluntad de deudor y acreedores, que encarnan intereses meramente privados, como venía sucediendo durante el siglo XIX, sino que necesariamente se han de tener en cuenta otros intereses, también públicos, entre los que destacan los vinculados a los derechos constitucionales, como la conservación del empleo. Es en este punto donde probablemente convergen en cierta medida el Derecho Concursal europeo y norteamericano, primando las soluciones conservativas y reorganizativas sobre las de carácter solutorio o liquidativo, como antesala del derecho de la reestructuración[27].

Si bien los términos conservación, reorganización y reestructuración no son sinónimos[28], el elemento común a todos ellos es la preservación de valor empresarial frente a la

---

[26] GIRÓN TENA, J.: "*Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones"*. RFDUC, 1985, Nº monográfico 8, pp. 133 y ss; GARCÍA VILLAVERDE, R. "*Instituciones concursales y paraconcursales",* ob.cit. pp. 190-192; DEL GUAYO CASTIELLA, I. : "*Sector público empresarial e instituciones paraconcursales"*, Marcial Pons, 2004.

[27] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Preconcursalidad y reestructuración empresarial*", op. cit. (3ª ed.).

[28] Sobre todo, si nos atenemos a la normativa financiera actual, pues la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros sí distingue los siguientes conceptos (punto 18 del Anejo 9):

"a) Operación de refinanciación: operación que, cualquiera que sea su titular o garantías, se concede o se utiliza por razones económicas o legales relacionadas con dificultades financieras –actuales o previsibles– del titular (o titulares) para reembolsar una o varias operaciones concedidas, por la propia entidad o por otras entidades de su grupo, al titular (o titulares) o a otra u otras empresas de su grupo, o por la que se pone a dichas operaciones total o parcialmente al corriente de pago, con el fin de facilitar a los titulares de las operaciones reembolsadas o refinanciadas el pago de su deuda (principal e intereses) porque no puedan, o se prevea que no vayan a poder, cumplir en tiempo y forma con sus condiciones.

b) Operación refinanciada: operación que se pone total o parcialmente al corriente de pago como consecuencia de una operación de refinanciación realizada por la propia entidad u otra entidad de su grupo.

liquidación, con la salvedad de las liquidaciones traslativas, que permiten la enajenación de unidades productivas en funcionamiento (con mantenimiento de la actividad, como el denominado "*prepack"),* que añade la reestructuración a la mera reorganización sin más, incluyéndose el concepto de reestructuración en la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, de Reestructuración Temprana, abarcando todas aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento (*as a going concern*), así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos. Es en este contexto donde se empieza a debatir en torno a los conceptos (hoy comunes) de iliquidez vs solvencia empresarial, dificultades financieras o insolvencia actual vs insolvencia inminente (a lo que se une hoy el concepto legal de la probabilidad de insolvencia).

Con ello, en modelos como el nuestro, se supera ya el tradicional marco privado de solución de las crisis económicas a través del derecho de las reestructuraciones, sobre la base del elemento de viabilidad empresarial. En efecto, de acuerdo con el moderno derecho de las reestructuraciones, del cual es exponente la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, de Reestructuración Temprana, únicamente resulta procedente la reestructuración de empresas que son viables, en términos financieros y operativos, resultando este criterio

---

c) Operación reestructurada: operación en la que, por razones económicas o legales relacionadas con dificultades financieras, actuales o previsibles, del titular (o titulares), se modifican sus condiciones financieras con el fin de facilitar el pago de la deuda (principal e intereses) porque el titular no pueda, o se prevea que no vaya a poder, cumplir en tiempo y forma con dichas condiciones, aun cuando dicha modificación estuviese prevista en el contrato. En todo caso, se consideran como reestructuradas las operaciones en las que se realiza una quita o se reciben bienes para reducir la deuda, o en las que se modifican sus condiciones para alargar su plazo de vencimiento, variar el cuadro de amortización para minorar el importe de las cuotas en el corto plazo o disminuir su frecuencia, o establecer o alargar el plazo de carencia de principal, de intereses o de ambos, salvo cuando se pueda probar que las condiciones se modifican por motivos diferentes de las dificultades financieras de los titulares y sean análogas a las que se apliquen en el mercado en la fecha de su modificación a las operaciones que se concedan a titulares con similar perfil de riesgo.

d) Operación de renovación: operación formalizada para sustituir a otra concedida previamente por la propia entidad, sin que el prestatario tenga, o se prevea que pueda tener en el futuro, dificultades financieras; es decir, la operación se formaliza por motivos diferentes de la refinanciación.

e) Operación renegociada: operación en la que se modifican sus condiciones financieras sin que el prestatario tenga, o se prevea que pueda tener en el futuro, dificultades financieras; es decir, cuando se modifican las condiciones por motivos diferentes de la reestructuración."

determinante a la hora de decidir entre acudir a los procedimientos concursales tradicionales y los mecanismos de reestructuración. Si bien la reestructuración puede tener lugar en sede concursal (como sucede en derecho alemán, mediante la introducción de los mecanismos de saneamiento de empresas previstos en la denominada ESUG-*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*) se han considerado como más eficaces las medidas de reestructuración adoptadas en sede preconcursal o extraconcursal, a través de procedimientos de carácter extrajudicial o híbrido.

Las ventajas de la reestructuración frente a los procedimientos colectivos de insolvencia son múltiples, abarcando desde el ahorro de costes que supone para deudor y acreedores, hasta los derivados del estigma asociado al concurso, sobre todo en países como España o Italia, frente a lo que acontece en países de tradición anglosajona como Estados Unidos o Reino Unido, pues la mera solicitud de concurso supone en estas jurisdicciones una disminución del valor de la compañía, lo que deteriora per se su acceso al crédito. Este hecho diferencial es verdad que también se explica sobre la base de los deberes fiduciarios que incumben a los administradores en el marco jurídico anglosajón (por medio de la interpretación jurisprudencial en EEUU o a través del denominado *wrongful trading* de Reino Unido) frente a los socios y frente a los acreedores, mientras que en otros modelos (España) concurre un deber de solicitar la declaración de concurso que se activa en situaciones de insolvencia actual, lo que en la práctica dilata temporalmente la decisión, pudiendo dar lugar a un deterioro patrimonial de la situación del deudor, siendo ésta la opción presente en la propuesta de Segunda Directiva de Insolvencia de 7 de diciembre de 2022. En este sentido, debe reseñarse la mención expresa contemplada en el artículo 29 de la Directiva 2019/1023, anteriormente citada, que contempla un deber de diligencia exigible a los administradores en situaciones de insolvencia inminente (sería más bien en la situación de "*in the vicinity of insolvency*", si nos atenemos a la versión inglesa) frente a acreedores y socios, lo que limitaría su capacidad de decisión y actuación. En último término, contamos en nuestro Derecho con mecanismos que se activarían en caso de incumplimiento de tales deberes fiduciarios, consistentes en la calificación del concurso como culpable por incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso o solicitud tardía cuando el deudor se encuentre en situación de insolvencia.

II. LA REESTRUCTURACIÓN: JERARQUIZACIÓN DE INTERESES EN PRECONCURSO Y CONCURSO DE ACREEDORES.

En este contexto de las reestructuraciones preconcursales se ha puesto de manifiesto la necesidad de tener en cuenta la finalidad preventiva de las crisis económicas, tanto respecto de deudores de grandes dimensiones (*too big to fail*) como respecto de los procedimientos formales de insolvencia, tratando de evitar la destrucción de valor y empleo, así como el estigma propio de este tipo de procedimiento, que no dan satisfacción a los acreedores en la mayor parte de los casos[29]. A estos efectos, resulta de todo punto relevante determinar el momento en que tiene lugar la activación de este tipo de mecanismos conservativos. Debe, por tanto, observarse esta cuestión desde la perspectiva de los intereses que el concurso está llamado a satisfacer, jerarquizando los intereses afectados que coexisten. Tradicionalmente este debate ha tenido lugar en el seno del análisis económico del derecho, distinguiendo entre los que sostienen que el Derecho Concursal atiende a diversas finalidades, dentro de las que se encuentra la conservación de la empresa con carácter preponderante incluso a la satisfacción de los acreedores, lo que puede suponer, en la práctica, hacer primar las soluciones conservativas frente a las liquidativas, aunque ello implique una menor maximización de sus derechos de crédito[30].

Otro sector doctrinal ha venido manteniendo que la función del concurso es la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores, con independencia de que ello tenga lugar a través de vías liquidativas o conservativas, siendo el mercado el que decide qué empresas han de continuar su actividad y cuáles serán liquidadas, en función de la viabilidad de cada una de ellas[31].

---

[29] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Del concurso de acreedores a la reestructuración preventiva*", en *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros*. *Homenaje a Adolfo Sequeira Martín*. Ed. SEPIN. 2022. pp. 620ss.

[30] GROSS, "*Taking community interest into account in bankruptcy: an essay"*, Washington U.L.Q, 72/1994, pp. 1031-1048; WARREN, "*Bankruptcy policy*", University of Chicago, L. Rev. 54/1987, pp. 775-814. Vid. sobre esta cuestión, BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: "*Créditos y quiebra*", Madrid, 2002, pp. 495 y ss.

[31] Vid. sobre esta teoría, defendida por la doctrina del *Law and Economics*, BAIRD, "*Bankruptcy´s uncontested axioms*", Yale L.J. nº108, 1998-1999, pp. 573-599; JACKSON, "*The logic and the limits of bankruptcy law"*, Cambridge, Harvard University Press, 1986. En este sentido, BISBAL MÉNDEZ, J.: "*La insoportable levedad del Derecho Concursal"*, RDM, 214/1994, pp. 843-872.

Como se ha indicado por la doctrina[32], en este punto existe una importante diferencia entre los modelos anglosajones y los latinos, pues en los primeros se han fijado las finalidades del concurso a nivel normativo (citándose, al efecto, el artículo 1 de la *INSo* en Alemania y Reino Unido, en la *Enterprise Act 2002*, así como el Derecho francés a partir de 1984), mientras que en los segundos se han ido delimitando a través de las exposiciones de motivos de las leyes y la interpretación doctrinal[33].

Así, se ha destacado que en el Derecho positivo español tradicionalmente se ha considerado como finalidad del concurso la satisfacción concursal de los acreedores del deudor común. Esta finalidad ha estado presente desde los orígenes del Derecho Concursal en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como ha puesto de manifiesto la doctrina[34].

El debate adquiere nuevo alcance y matices tras la incorporación de la reestructuración como uno de los fines del preconcurso y del concurso de acreedores, pues de lo que se trata en este contexto es de establecer mecanismos de resolución de conflictos y, en consecuencia, debe producirse una jerarquización de los intereses en juego. No obstante, en puridad, el debate se centra en el momento temporal en que se efectúa tal jerarquización y en el que han de tenerse en cuenta los intereses de los *stakeholders* en el ámbito de la reestructuración preconcursal.

Ante la crisis económica del deudor y la existencia de una pluralidad de acreedores, el ordenamiento jurídico instaura un marco normativo articulado en torno a una finalidad

---

[32] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Del concurso de acreedores a la reestructuración preventiva*", en *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros*. *Homenaje a Adolfo Sequeira Martín*. Ed. SEPIN. 2022. pp. 621.

[33] Vid. in extenso, TIRADO MARTÍ, I.: "*Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)*", ADC, tomo LXII, 2009, fasc. III. Pp. 1083 ss.

[34] GONDRA, J.M.: *Convenio y reorganización en la nueva ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada*. Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 4, 2005 (La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales), ISBN 84-9768-181-9, p. 4596. Sin embargo, también ha estado presente la finalidad de salvar la empresa y su conservación. Vid. RIESENFELD, "*The evolution of modern Bankruptcy Law*", Minn. L. Rev. núm. 31, 1947, pp. 401 ss. Se ha considerado en la teoría clásica, como destaca TIRADO, que cuando la empresa había fracasado y era objeto de liquidación, el procedimiento cumplía su función de depuración o limpieza del tráfico (*Reinigungsfunktion*). Esta finalidad depurativa no aparece reflejada en nuestro Derecho Concursal de forma explícita, si bien pudiera deducirse de manera implícita por la remisión que actualmente el Preámbulo del Texto Refundido de la Ley Concursal a la Directiva 2019/1023 en la que sí subyace dicha finalidad, al reservar la reestructuración para empresas viables, como veremos.

satisfactiva de tutela de los derechos de crédito de los acreedores, de acuerdo con la concepción tradicional del concurso como un procedimiento de ejecución colectiva de realización del patrimonio del deudor, denominada "*función solutoria del concurso de acreedores*" [35] o también "*función de responsabilidad*" de un deudor común (*Haftungsfunktion)*[36].

Esta finalidad figuraba en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, al indicar que *"(…) la unidad del procedimiento (…) se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso"*. Esta finalidad también está presente en el convenio, pues se concibe en la Exposición de Motivos como una medida orientada a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo. Con ello, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, se concluye que la finalidad más importante del concurso es la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores, sin que sea ésta su finalidad exclusiva[37].

Sin embargo, debe realizarse una ulterior delimitación a los efectos de que la fijación del interés y finalidad del concurso sea útil para resolver los conflictos de interés que se suscitan. En efecto, deben establecerse las pautas de actuación de los administradores concursales, pues éstos han de realizar el fin del concurso, la satisfacción de los acreedores, para lo que será imprescindible una mayor concreción. Así, en primer lugar, debe perseguirse la satisfacción de los acreedores como acreedores concursales, con exclusión de su posición o intereses extraconcursales[38].

En segundo lugar, se ha indicado que la distribución de dividendos no tiene por objeto la mayor satisfacción de los acreedores sin más, sino única y exclusivamente bajo determinados criterios legales en los que subyacen a su vez consideraciones de política

[35] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed. Madrid, Civitas, 2006, t. II. Pp. 895 ss.

[36] TIRADO MARTÍ, I. op.cit. p. 1084.

[37] En este punto, ha de recordarse, como indica TIRADO, que en el Código de Comercio de 1885 la legislación concursal tenía por finalidad evitar que los comerciantes *"abusaran*" de su crédito y que comprometieran "*irreflexivamente*" capitales ajenos. El Derecho Concursal, en esta concepción, tenía sobre todo una función punitiva del fraude. Ello ya no forma parte de los fines del concurso en nuestro Derecho, aunque pervivan institutos tendentes a penalizar las conductas especialmente graves.

[38] TIRADO MARTÍ, I. op.cit. p. 1085.

legislativa y de protección de determinados intereses[39]. La aplicación del principio de la *pars conditio creditorum* queda, por tanto, reducida a acreedores ordinarios y subordinados, dentro de cada uno de ellos.

Existen, también, otros intereses que han de ser tutelados en el seno del concurso, como los del propio concursado. El deudor, en principio, continúa ostentando las facultades de administración y disposición de su propio patrimonio, si bien sometido a determinadas limitaciones, como deberes de colaboración específicos, prohibiciones, etc. Los intereses del deudor han de ser tenidos en cuenta también en el concurso, lo que se materializa a través de sus facultades dentro del procedimiento, de modo que puede concluirse que la finalidad del concurso es la satisfacción de los acreedores según el orden legal, y subsidiariamente, en la medida de lo posible, en la tutela de los intereses patrimoniales del deudor común[40].

Por otro lado, la ley concursal protege también objetivos de "*interés público*", como la protección del tráfico y del mercado, a través de la figura de la extinción de las personas jurídicas cuando se haya liquidado todo su patrimonio, sin haber satisfecho a todos sus acreedores, o la sección de calificación, cuando se sancionan determinadas conductas reprobables del deudor.

Por su parte, si acudimos a la reciente Directiva 2019/1023, de 20 de junio, de Reestructuración Temprana, puede decirse que subyace una determinada concepción sobre la finalidad (o más bien, finalidades) que han de perseguir los institutos preconcursales. En ella se destaca en su Considerando 2 que: "*Estos marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y conocimiento y competencias y maximizar el valor total para los acreedores en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto".*

De ello se deduce que coexisten diversas finalidades en la reestructuración. De un lado, la conservación de puestos de trabajo, lo que permitirá la continuación de la actividad de

[39] GARRIDO, J.M.: "*Garantías reales, privilegios y par conditio: un ensayo de análisis funcional*", Centro de Estudios Registrales, 1999, pp. 97.

[40] TIRADO, I.: op.cit. pág. 1086. Otros intereses tutelables dentro del concurso, según TIRADO, pero en menor medida, serían los de los trabajadores, o los empresarios, incluso un sector de actividad estratégica, si bien se limitarían a supuestos muy concretos y con un puesto residual en la jerarquía de intereses.

la empresa y la consiguiente preservación de valor, tanto para socios como para acreedores, efecto que redunda también en beneficio de la economía considerada globalmente. Se produce, por tanto, una maximización del valor de la empresa, en comparación con la mejor alternativa a la liquidación de la empresa, patentizada en el principio "*best interest creditor´s test"* previsto en la propia Directiva [41] . En esta confluencia de finalidades se ha de tener presente que, como regla general (que admitirá excepciones) dentro de la jerarquía de intereses, los socios o propietarios ostentarán una posición residual, prevaleciendo los derechos e intereses de los acreedores. En todo caso, estas finalidades se podrán realizar, eso sí, partiendo del presupuesto de la viabilidad empresarial.

La Directiva, sin embargo, no fija un orden predeterminado de intereses que han de ser objeto de protección. En efecto, dentro de las finalidades asignadas a los institutos preconcursales no se establece una prelación concreta en la Directiva, y tampoco se observa en la norma española de transposición. Lo que sí podemos afirmar, sin lugar a duda, es que en dichos institutos preconcursales está presente la preservación de valor en la compañía sobre la base del presupuesto objetivo de la viabilidad. El mantenimiento de los puestos de trabajo, por ejemplo, solamente tiene sentido si se cumple tal finalidad, pues mal puede darse dicha continuación de la actividad y de puestos de trabajo si la empresa carece de capacidad económica y financiera para ello. Ahora bien: la finalidad fundamental que se deduce de la Directiva es la maximización del interés de los acreedores (siendo el preconcurso en la Directiva 2019/1023 claramente "*pro acreedores*"), aun cuando no venga explicitada en su texto ni tampoco en el de la norma de transposición. Esta maximización se proyecta incluso sobre aquellas normas que son en cierto modo limitativas de las facultades ejecutivas que competen a éstos respecto al

[41] Si bien este concepto será examinado en otro lugar, el "*best interest creditor´s test*" es un principio que proviene del Chapter 11 norteamericano y que tiene por finalidad garantizar que a los acreedores disidentes se les respeta un valor económico mínimo en el negocio tras su reestructuración. Este concepto se ha incorporado en el artículo 10.2.d) de la Directiva 2019/1023, conforme al cual uno de los requisitos exigidos para la confirmación judicial del plan de reestructuración es que *"cuando haya acreedores disidentes, el plan de reestructuración supere la prueba del interés superior de los acreedores".* La Directiva define el concepto de prueba o test del interés superior de los acreedores en su artículo 2 (1) (6) en los siguientes términos: *«prueba del interés superior de los acreedores»: una prueba que se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración".* Con todo, creemos que la traducción exacta sería "*mejor interés de los acreedores",* como se examinará más adelante.

patrimonio del deudor, que pudieran considerarse como de carácter tuitivo respecto al deudor. Así, cuando los acreedores ven mermadas sus facultades de ejecución sobre el patrimonio del deudor, ello no obedece solo a un objetivo de protección del propio deudor, sino más bien al objetivo de garantizar la preservación de valor de la compañía durante el período de duración de las negociaciones para alcanzar un acuerdo que maximice su recuperación mediante la continuación de su actividad. Pero dicha continuación de la actividad adquiere sentido solo si se maximiza el valor para los acreedores. Este planteamiento, de carácter contractual y microeconómico, puede tener también consecuencias positivas para la economía en su conjunto[42], y desde este punto de vista, puede constituir también una finalidad de los institutos preconcursales a tener en cuenta.

Es por ello por lo que bien puede afirmarse que la continuación de la actividad empresarial no constituye una finalidad en sí misma, si no se observa en conexión con la maximización de la recuperación por parte de los acreedores. Cuando estamos ante un acuerdo entre acreedores y deudor (plan consensual) concurre dicha finalidad de continuación de la actividad, porque se trata de una solución que conviene también a los acreedores. Pero, en caso contrario, cuando no concurre la aceptación por parte de una mayoría suficiente de acreedores, no es posible la aprobación del plan de reestructuración porque la continuación de la actividad empresarial, en sí misma, no constituye legalmente la finalidad exclusiva de los marcos de reestructuración.

[42] De ello es expresión la actividad desplegada por el Fondo Monetario Internacional (IMF), analizando en sus informes los procedimientos de reestructuración preventiva. Vid. GARRIDO, J.M.; M DELONG. C.; RASEKH, A., ROSHA, A. IMF WORKING PAPERS: "*Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive"* Mayo 2021. También por el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB), siendo ejemplo de ello el informe "*Thematic Review on Out-of-Court Corporate Debt Workouts"*, Mayo 2022. El BCE ha hecho hincapié en repetidas ocasiones en la necesidad de «*abordar las principales deficiencias y divergencias entre los marcos de insolvencia [...] más allá del proyecto de Directiva sobre insolvencia, reestructuración y segunda oportunidad», ya que «unas legislaciones en materia de insolvencia más eficientes y armonizadas [junto con otras medidas] pueden mejorar la seguridad para los inversores, reducir los costes y facilitar las inversiones transfronterizas, al tiempo que hacen que el capital riesgo sea más atractivo y accesible para las empresas»*. En este sentido, el Plan de Acción para la Unión de Mercado de Capitales de 2020 ya señaló que la Comisión adoptaría una iniciativa legislativa o no legislativa para lograr una armonización mínima o una mayor convergencia en ámbitos específicos de la legislación en materia de insolvencia empresarial no bancaria para hacer más previsibles los resultados de los procedimientos de insolvencia (vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «*Unión de los mercados de capitales: cumpliendo los compromisos un año después del Plan de Acción*», COM(2021) 720 final).

Como se ha señalado[43], estos marcos de reestructuración han de distinguirse de los institutos paraconcursales que se han venido poniendo en práctica para solventar las situaciones de crisis económica, al igual que ha sucedido a raíz de la crisis generada por la pandemia del COVID-19, en que se ha autorizado la puesta en marcha de medidas de paraconcursalidad normativa de forma excepcional, al amparo del Marco Temporal Europeo aprobado por la Comisión Europea y sus sucesivas modificaciones.

Los institutos preconcursales constituyen, como es sabido, una alternativa a los procedimientos formales de insolvencia[44], en los que además subyace la finalidad de promover la reestructuración de empresas viables, yendo más allá de los incentivos legales previstos para una solicitud temprana del concurso por parte del deudor y los acreedores, como son, señaladamente, el privilegio del acreedor instante, la legitimación de los acreedores para solicitar el concurso en caso de insolvencia inminente, la suspensión del devengo de intereses, etc [45]. A este respecto, debe reseñarse que aun cuando el legislador ha pretendido que el deudor acuda tempranamente al concurso[46], en la práctica se ha producido una utilización muy limitada del concurso con tal finalidad preventiva, dados los elevados costes económicos y reputacionales que ello conlleva (destacando el "*estigma*" asociado al concurso)[47].

---

[43] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Del concurso de acreedores a la reestructuración preventiva*", en *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros*. *Homenaje a Adolfo Sequeira Martín*. Ed. SEPIN. 2022. pp. 623.

[44] Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. "*Los marcos de reestructuración preventiva en el derecho europeo: reflexiones sobre sus fundamentos normativos*", en AA.VV. *Las reestructuraciones de las sociedades en crisis*. BERMEJO GUTIÉRREZ/MARTÍNEZ FLÓREZ/RECALDE CASTELLS (dirs.), Civitas, 2019, p.52.

[45] Vid. LOPUCKI/DOHERTY, "*The determinants of professional fees in large bankruptcy reorganization cases"*, Empirical Legal Studies, vol. I, 2004, pp. 111-141; GARRIDO, J.: "*El privilegio del acreedor instante de la quiebra*", RDM 206/1992; JACKSON, "*The logic and limits of bankruptcy law*", op.cit. pp. 7 ss.

[46] Así, en el derecho alemán ("*drohende Zahlungsfähigkeit*") o en el español, en la insolvencia inminente. Vid. BUSSHARDT, en BRAUN, *InsolvenzOrdnung (InsO)*, C.H. Beck, 2010, pp. 17ss; SCHMERBACH, en WIMMER, FK, *InsO, Frankfurter Kommentar zur InsolvenzOrgdnung*, Luchterhand, 2009, pp. 258ss; SCHMIDT, *InsolvenzOrdnung*, C.H. Beck, Munich, 2013, pp.208-218.

[47] Vid. WHITE, "*The costs of corporate bankruptcy: A US-European comparison*", EN BHANDARI/WEISS, *Corporate bankruptcy*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, pp. 467-500. WEISS, "*Bankruptcy resolution: direct cost and violation of priority of claims*", en BHANDARI/WEISS, *Corporate Bankruptcy*, op.cit. pp. 260-277.

En este sentido, dentro de los costes del concurso, cabría distinguir unos costes económicos directos y otros indirectos. Como costes económicos directos, cabe considerar los necesarios o vinculados a su desenvolvimiento, como son las costas y gastos judiciales, derivados de la tramitación del procedimiento concursal, como la solicitud y declaración de concurso, asistencia y representación del concurso, gastos de la administración concursal, incidentes, que, en general, son clasificables como créditos contra la masa.

Por su parte, dentro de los costes indirectos, habría que mencionar las pérdidas de ventas, inversiones y valor de los activos, derivados habitualmente de los que se denominan "*costes reputacionales*" del concurso[48]. Los costes anteriores a la declaración de concurso suelen ser ocasionados por las conductas realizadas por el deudor o los administradores societarios de la compañía, para evitar la declaración de concurso, como son la sobreinversión, subinversión y retraso en la solicitud de concurso. Dentro de estas conductas cabe reseñar las consistentes en tomar decisiones arriesgadas que pueden desembocar en la reducción del valor de la empresa (con el consiguiente coste para los acreedores) y el coste directo que han de asumir los acreedores financieros, cuya normativa prudencial exige provisionar las pérdidas derivadas de la declaración de concurso de su deudor.

Asimismo, el concurso presenta otros costes que pueden denominarse "*temporales*", entre los que se encuentra su duración, habitualmente larga. Es claro que la mayor duración de los procedimientos concursales está indisolublemente ligada a un mayor coste económico para la masa activa del concurso (con la consiguiente merma de la cuota de satisfacción que corresponde a los acreedores), materializado en mayores gastos judiciales y procesales[49]. A estos costes se añaden los llamados "*reputacionales",* derivados del estigma asociado al concurso y que al final también suponen un coste económico y financiero, ya que da lugar a dificultades en el acceso al crédito. En efecto, a partir del momento en que se tiene conocimiento por los acreedores de la situación de dificultad

[48] Vid. WHITE, "*The costs of corporate bankruptcy",* op.cit. 467-500, que distingue los anteriores y posteriores a la declaración de concurso.

[49] Vid. LOPUCKI/DOHERTY, "*The determinants of professional fees in large bankruptcy reorganization cases*", J. Empirical Legal Studies, vol. 1, 2004, pp. 111-114. CUTLER/SUMMERS, "*The costs of conflict resolution and financial distress: Evidence from the Texaco-Pennzoil litigation*", BHANDARI/WEISS, *Corporate bankruptcy, Economic and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, pp. 279-297.

por la que atraviesa su deudor, cuando se declara su concurso, se producen restricciones en el acceso a la financiación, aun en el caso de que tal declaración se haya producido en una fase temprana, al objeto de poder acometer una reestructuración en sede concursal. Ello se explica por razón de la necesidad de llevar a cabo provisiones por parte de dichos acreedores ante esta situación concursal.

Ante esta situación, se ha considerado más positivo en este marco la potenciación de los institutos preconcursales ante situaciones de dificultad financiera en que concurra el elemento de la viabilidad empresarial, de forma preferente a la institución del concurso. Nos encontramos, como se ha apuntado[50], ante figuras que involucran múltiples aspectos de técnica y política legislativa, de carácter complejo, ya que suponen la apertura de soluciones extrajudiciales o híbridas que suponen la superación de los esquemas contractuales, sobre la base de la existencia de unas dificultades financieras que habilitan su activación con una finalidad de prevención del fracaso empresarial.

En este sentido, la prevención de crisis empresariales se ha revelado como una materia interdisciplinar, en la que confluyen aspectos económicos y jurídicos, que reviste gran complejidad, debido fundamentalmente a la inexistencia de una teoría general sobre la cuestión y la dificultad de determinar de forma concreta cuáles serían las señales de alarma, conjugando los elementos de confidencialidad y publicidad que impidan que la situación financiera y económica del deudor se deteriore por este motivo. Así, también entra en juego la problemática de las asimetrías informativas que se producen entre los acreedores (*riesgo de holdout*), que también es preciso abordar, así como la necesidad de incentivar una actuación tempestiva que evite el deterioro excesivo de la situación económica del deudor, pero sin que dichos incentivos se erijan en un deber jurídico de adoptar determinadas medidas, pues ello podría resultar contrario a la libertad de empresa proclamada en el artículo 38 CE[51].

---

[50] FERNÁNDEZ DEL POZO, L. "*Posibilidad y contenido de un Derecho Preconcursal"*, Madrid, 2001. PULGAR EZQUERRA, "*La prevención de las crisis económicas de las sociedades de capital en la reforma del Derecho Concursal Europeo*", Monografía asociada a la RcP 1/2004, pp. 223-264.

[51] Vid. PULGAR EZQUERRA: "*Del concurso de acreedores a la reestructuración preventiva*", op.cit. p. 626. Al hilo de esta observación, debe reseñarse que el legislador español ha incluido como excepciones a la exoneración, entre otras (art.487 TRLC), que el juez pueda valorar "*En caso de empresarios, si el deudor utilizó herramientas de alerta temprana puestas a su disposición por las Administraciones Públicas".* A nuestro juicio, resulta criticable que se impida el acceso a la exoneración si no se han utilizado dichos mecanismos, que se conciben en la Directiva 2019/1023 como de utilización voluntaria, como incentivos positivos, pero no como mecanismo coercitivo o sancionador.

En conexión con los incentivos de la reestructuración frente a los procedimientos formales de insolvencia, se ha llevado a cabo la regulación de los institutos preconcursales en diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Esta regulación ha pretendido constituir un *tertium genus* entre los tradicionales convenios judiciales y los marcos puramente contractuales, acordados al amparado del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, con las limitaciones propias de éstos, que exigen que las partes consientan expresamente la totalidad de sus cláusulas.

El objetivo que se ha perseguido, en puridad, es proteger e incentivar la suscripción de acuerdos que eviten la insolvencia y permitan, en definitiva, la continuación de la actividad empresarial, constituyendo una figura intermedia entre los convenios judiciales y los acuerdos extrajudiciales. La finalidad de estas figuras ha sido superar las limitaciones del marco contractual y además superar la situación de insolvencia sin tener que acudir al concurso de acreedores con las desventajas propias de éste.

En definitiva, todo ello ha dado lugar a un nuevo Derecho de la Reestructuración de Empresas en crisis, de carácter transversal e interdisciplinar en torno al cual se discute en el momento actual debatiéndose la disciplina jurídica a la que podría o debería adscribirse, discutiéndose si estamos ante un nuevo Derecho de la Insolvencia, ante un Derecho de Sociedades en crisis, o ante un Derecho de la Reestructuración de empresas en crisis autónomo que presentaría notas y elementos propios de una y otra disciplina jurídica, siendo necesario para responder a esta cuestión analizar las áreas en las que incide la reestructuración de empresas en crisis.

II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA: LA DIRECTIVA 2019/1023, DE REESTRUCTURACIÓN TEMPRANA.

1. Antecedentes.

El nuevo Derecho Europeo de las Reestructuraciones ha nacido como respuesta a la necesidad de armonizar a nivel comunitario (e incentivar) las reestructuraciones empresariales preconcursales, frente a las soluciones ofrecidas por el Derecho de la Insolvencia. En efecto, los primeros intentos de armonización (procesal, que no sustantiva) se habían producido inicialmente a través del Reglamento CE nº1346/2000, del Consejo, sobre insolvencia transfronteriza, que contemplaba las cuestiones relativas

a la competencia internacional, reconocimiento, ejecución, ley aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia. De hecho, la revisión del Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia [Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015] sustituyó desde el 26 de junio de 2017 al Reglamento 1346/200, introduciendo como una de sus principales novedades la ampliación del ámbito de aplicación material del mismo para extenderlo a los "*procedimientos preconcursales*", "procedimientos híbridos" ("*hybrid proceedings*"), que tengan como finalidad "*el rescate, reestructuración de deuda, reorganización o liquidación",* evitando así la declaración de concurso. Esta ampliación del Reglamento ha supuesto la posibilidad de dotar de eficacia transfronteriza a los procedimientos previstos en el Anexo A del Reglamento (así como los que cumplan los requisitos previstos en el mismo) a la totalidad de los Estados Miembros incluidos dentro de su ámbito de aplicación.

Como antecedentes inmediatos de estos intentos de armonización cabe citar, en primer lugar, el informe de INSOL Europe 2010, titulado *"Harmonisation of Insolvency Law at EU Level European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens", Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs PE429.633*". También cabe citar como antecedente la Resolución de 15 de noviembre de 2011 del Parlamento Europeo, incluyendo recomendaciones dirigidas a la Comisión Europea sobre el procedimiento de insolvencia, en el contexto del Derecho de Sociedades: *European Parliament Committee on Legal Affairs, report with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU Company Law (A7-0355/2011, 17 October 2001) and related resolution of the European Parliament of 15 november 2011 (2011/2006 [INI*]. Asimismo, también es destacable la Comunicación sobre el Acta del Mercado Único II [COM (2012), 573 final], con la que la Comisión Europea se propuso comenzar la modernización de las normas sobre insolvencia en la Unión Europea; o el estudio de la Comisión Europea de 2012 denominado "*European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: a new European approach to business failure and insolvency [COM (2012) 724, 12 December 2012]*".

La ausencia de armonización a nivel comunitario ha dado lugar al fenómeno denominado *"forum shopping*", en el seno de la propia Unión Europea, en la búsqueda por parte de los operadores jurídicos de un entorno regulatorio favorable a las soluciones a las

situaciones de dificultades económicas, dotados de mayor flexibilidad y celeridad, y que, al tiempo, fueran favorables a los intereses del deudor y de sus acreedores. Este fenómeno es el que ha motivado que, en primer lugar, se haya abordado a nivel normativo y de la Unión Europea la armonización procesal, complementando el antecedente (sustantivo) constituido por la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, relativa a "*Un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*"[52].

La Recomendación de 12 de marzo de 2014 ha sido un paso muy relevante en materia de armonización, consagrando una serie de principios que posteriormente han cristalizado en la Directiva 2019/1023, de Reestructuración Temprana, tales como el objetivo de incentivar el inicio y la continuidad de la empresa, el mantenimiento del empleo, mecanismos de segunda oportunidad y la preferencia por soluciones de carácter preconcursal para abordar las situaciones de dificultades económicas de los empresarios, en un modelo de reestructuración temprana que evite el estigma asociado al concurso.

En ella se reúnen caracteres propios del Chapter 11 del Bankruptcy Code norteamericano, en lo que se refiere particularmente al régimen de segunda oportunidad, denominado *"second chance",* previa exoneración de sus deudas ("*discharge"),* mitigando en gran medida el estigma asociado al concurso, pues lo que se pretende es incentivar y promover la reestructuración de su deuda para que el deudor pueda iniciar una nueva actividad. Debe recordarse que en el Chapter 11 del Bankruptcy Code norteamericano se da preferencia en todo caso a la reestructuración preconcursal y extrajudicial de empresas, pues ello se considera que conlleva menores costes desde diversos ámbitos (económicos, temporales, etc).

La Recomendación de la Comisión Europea incide claramente en la posibilidad de la reestructuración preconcursal y pretende incentivar su inicio temprano, sobre la base del elemento de la viabilidad empresarial, que es la que va a dota de legitimidad a la reestructuración, al objeto de maximizar el valor de la empresa y permitir la continuidad de la actividad, con mantenimiento de los puestos de trabajo [53]. Se parte del

[52] De hecho, en el Anexo A del Reglamento Europeo de Insolvencia se contemplan los institutos preconcursales que han de ser objeto de reconocimiento a nivel comunitario, destacando la omisión de los *scheme of arrangements* de Reino Unido, que son considerados como mecanismo de reestructuración societario, no preconcursal ni concursal.

[53] CORPUS CARCEA, M., "*La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*", RcP, 22/2015, pp. 299-303.

establecimiento de una serie de normas que van a facilitar la reestructuración en una fase temprana cuando el deudor todavía se encuentra en probabilidad de insolvencia. Los elementos que van a conformar la reestructuración se construyen sobre la base de la concurrencia de unos determinados porcentajes de mayorías, una intervención judicial mínima que culmina un procedimiento extrajudicial (el cual se desarrolla extramuros del juzgado) y que va a dar lugar a la vinculación del acreedor disidente como consecuencia del arrastre una vez obtenida la homologación judicial del acuerdo, superando de este modo los efectos limitados inter partes de los contratos ex art. 1257 CC, como hemos visto anteriormente. El centro de la regulación se encuentra en los planes de reestructuración, que recogerán un contenido predeterminado necesario: los acreedores afectados, las condiciones de la nueva financiación y de la reestructuración, así como los parámetros que justifican la viabilidad empresarial. Asimismo, la Comisión Europea se preocupa de indicar que es preciso relacionar los acreedores que se van a ver afectados por el acuerdo, así como prever la expresa posibilidad de que acreedores con garantía real puedan quedar vinculados por el mismo. A ello se añaden previsiones adicionales, como la exención de responsabilidad civil y penal por razón de la intervención en un proceso de reestructuración, siempre y cuando no se haya cometido fraude en relación con la nueva financiación; y la irrescindibilidad en un eventual concurso de la nueva financiación, venta de activos del deudor y capitalización de deuda (conversión de deuda en capital).

En otro orden de cosas, la Recomendación incide de forma decisiva en la introducción de nuevos mecanismos de segunda oportunidad para la persona física, que pretenden lograr una plena exoneración de deudas a personas físicas que hayan incurrido en un eventual fracaso empresarial, lo que en nuestro Derecho supone una quiebra del tradicional principio de responsabilidad patrimonial universal contemplado en el artículo 1911 CC.

Nos parece relevante destacar el planteamiento que realiza la Recomendación sobre el ámbito subjetivo de la segunda oportunidad. La conexión con el derecho de las reestructuraciones empresariales viene determinada por la condición de empresario del sujeto sometido a la segunda oportunidad, quedando limitado el ámbito subjetivo a sujetos en que concurra dicha condición, sin mencionar específicamente a personas físicas no empresarios, como consumidores. La Recomendación no ha pretendido excluirles (o al menos no se deduce esta conclusión de la lectura de la misma), si bien es cierto que no los cita, probablemente porque el objetivo de la Recomendación está centrado en el

empresario, por la finalidad de evitar la consecuencia de estigma así como la situación de *"exclusión*" en la que se coloca el empresario persona física tras el concurso, pues así como la exoneración de deudas no satisfechas es un efecto derivado de la conclusión del concurso en las personas jurídicas, no sucede lo mismo con las personas físicas, en que la conclusión no produce este efecto automático. Con todo, se trata de un tema discutido, como se pone de manifiesto en los debates que han tenido lugar en Estados Unidos[54].

En segundo lugar, la Recomendación supone también un cambio de tendencia, en cuanto al ámbito objetivo de las deudas exonerables, pues se establece la condonación plena de la totalidad de las deudas en un plazo máximo de tres años, lo que ha dado lugar a interpretaciones que abogan por incluir también (a falta de exclusión expresa en la Recomendación) los créditos de derecho público o las derivadas de la responsabilidad extracontractual, si bien permitiendo que los Estados Miembros puedan excluir a su vez las deudas relacionadas con la responsabilidad derivada de delito. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos la Recomendación ha tenido una gran repercusión, como el español[55], si bien es cierto que en otros no ha tenido el efecto esperado por la Comisión Europea.

Posteriormente, como consecuencia de la inexistencia de un seguimiento uniforme de la Recomendación, la Comisión Europea publicó el 22 de noviembre de 2016 la Propuesta de Directiva COM (2016) 723 final "s*obre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE"*, unida a una Exposición de Motivos exhaustiva que explicitaba las razones económicas y jurídicas que justificaban su adopción, así como las principales conclusiones alcanzadas por la Comisión en el análisis del grado de implementación entre los Estados Miembros del contenido de la Recomendación de 2014, unido al resultado de la consulta pública en línea realizada entre el 23 de marzo y el 14 de junio de 2016.

Tras sucesivas modificaciones de su contenido durante el procedimiento legislativo, el 26 de junio de 2019 se publicó la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del

---

[54] WARREN, E.: *The two income trap: why middleclass mothers and fathers are going broke*, New York Basic Book 2003.

[55] A pesar de que carece de fuerza vinculante, la Recomendación ha sido extraordinariamente citada y aplicada tanto a nivel de doctrina como jurisprudencial, pudiendo citarse, entre otros a, THERY MARTÍ, A.: "*Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)*", RcP, núm. 27, julio 2017.

Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, cuyo plazo de transposición era inicialmente el 17 de julio de 2021, a excepción de determinados preceptos cuya transposición debía llevarse a cabo el 17 de julio de 2024 y 17 de julio de 2026, respectivamente[56].

Pero lo que ha hecho acelerar el proceso de unificación y armonización del derecho europeo de la insolvencia ha sido la necesidad de eliminar uno de los obstáculos fundamentales para la libre circulación de capitales en la Unión Europea y lograr una mayor integración de los mercados de capitales. En 2015, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo (BCE) señalaron conjuntamente la legislación en materia de insolvencia como un ámbito clave para lograr una «*verdadera*» Unión Monetaria y de Capitales, de acuerdo con el Informe de los cinco presidentes[57] así como la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015 sobre la construcción de una Unión de los Mercados de Capitales [2015/2634 (RSP)] y de 8 de octubre de 2020 sobre el desarrollo de la unión de los mercados de capitales (UMC) [2020/2036 (INI)].

Así se ha puesto también de manifiesto por diversas instituciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), y otros grupos. En 2019, el FMI declaró que las prácticas de insolvencia eran uno de los «*tres obstáculos fundamentales para una mayor integración de los mercados de capitales en Europa*», junto con la transparencia y la calidad de la normativa. También el Banco Central Europeo ha insistido en la necesidad de *«abordar las principales deficiencias y divergencias entre los marcos de insolvencia [...] más allá del proyecto de Directiva sobre insolvencia, reestructuración y segunda*

[56] En este sentido, el artículo 34 obligaba a los Estados miembros a adoptar y publicar, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), las cuales se adoptarían y publicarían como máximo el 17 de julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026, debiendo comunicar inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. También se previó que los Estados miembros que experimentasen especiales dificultades para aplicar la Directiva podrían disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación, debiendo notificar a la Comisión la necesidad de hacer uso de dicha posibilidad de prorrogar el período de aplicación, como máximo, el 17 de enero de 2021. España hizo uso de esta posibilidad y solicitó la citada prórroga a la Comisión Europea, lo que implicó una ampliación del plazo de transposición hasta julio de 2022.

[57] https://ec.europa.eu/info/publications/five-presidents-reportcompleting-europes-economic-and-monetary-union_en

oportunidad», ya que «unas legislaciones en materia de insolvencia más eficientes y armonizadas [junto con otras medidas] pueden mejorar la seguridad para los inversores, reducir los costes y facilitar las inversiones transfronterizas, al tiempo que hacen que el capital riesgo sea más atractivo y accesible para las empresas»[58].

Se ha puesto de manifiesto que las normas en materia de insolvencia dan lugar a resultados diferentes en los distintos Estados miembros y, en particular, tienen diferentes grados de eficiencia en cuanto al tiempo necesario para llevar a cabo la liquidación de una empresa y el valor que pueda obtenerse. Las diferencias entre los regímenes nacionales también crean inseguridad jurídica en cuanto a los resultados de los procedimientos de insolvencia y dan lugar a mayores costes de información y conocimiento para los acreedores transfronterizos en comparación con los que solo operan a escala nacional[59].

Las divergencias de los regímenes de insolvencia suponen un problema para los inversores transfronterizos, pues han de tener en cuenta las normas existentes en cada una de las jurisdicciones de la Unión Europea a la hora de evaluar una oportunidad de inversión fuera de su Estado miembro de origen. Como las condiciones en cada uno de ellos no son equivalentes, se crea un obstáculo significativo al flujo transfronterizo de capitales y al funcionamiento del mercado único de capitales en la UE. Además, con ello es posible que las empresas de los Estados miembros con marcos de insolvencia más eficientes accedan a una financiación más barata, lo que implica una ventaja competitiva en comparación con las empresas de otros Estados miembros. Por otro lado, estas diferencias también pueden influir en las decisiones de inversión, pues las inversiones se acabarán canalizando hacia regímenes más conocidos y eficientes, lo que reduce el potencial general de inversión transfronteriza en el ámbito europeo, minimizando la profundidad y amplitud de sus mercados de capitales y dificultando la consecución de una verdadera Unión Monetaria y de Capitales.

Para cumplir tales finalidades, la Directiva 2019/1023 no estableció un procedimiento propiamente dicho, sino que desarrolló unos "*marcos de reestructuración preventiva*",

[58] ECB, Financial integration in Europe [«Integración financiera en Europa», documento en inglés], mayo de 2018, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/fie/ecb.financialintegrationineurope201805.en.pdf, y Financial Integration and Structure in the Euro Area [«*Integración y estructura financiera en la zona del euro*», documento en inglés], abril de 2022, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/fie/ecb.fie202204~4c4f5f572f.en.pdf

[59] En este sentido, considerandos 9 y 11 de la Directiva 2019/1023.

previendo que los Estados Miembros incorporasen en su derecho interno dichos marcos de reestructuración en los plazos de transposición establecidos en la Directiva. Lo que hace la Directiva, en puridad, es prever unos principios generales que aspiran a establecer una mínima armonización en determinadas figuras que la Directiva considera imprescindibles ("*targeted harmonization*"), dejando un margen amplio de discrecionalidad a los Estados Miembros para su incorporación en derecho interno[60]. Se ha señalado al respecto que el margen de actuación es excesivamente amplio, de modo que la armonización que se va a conseguir va a ser necesariamente limitada, previendo que persistirán las diferencias entre los Estados Miembros, lo que tendrá consecuencias en la protección de los acreedores, el tratamiento del deudor o el acceso al crédito, previendo que ello a nivel transfronterizo puede tener efectos negativos[61].

En lo que hace a su estructura, la Directiva 2019/1023 se divide en seis Títulos: El primero recoge las disposiciones generales (arts. 1 a 3); el segundo está dedicado a los marcos de reestructuración preventiva (arts. 4 a 19); el tercero, exoneración de deudas e inhabilitaciones (arts. 20 a 24); el cuarto, medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (arts. 25 a 28); el quinto, seguimiento de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (arts. 29 a 30); y el sexto, disposiciones finales (arts. 31 a 36), fijando el art. 34 los distintos plazos para la transposición, siendo el plazo general el 17 de julio de 2021 (ampliado en la práctica en algunos Estados miembros, como España).

2. Los presupuestos de la Directiva 2019/1023.

En lo que se refiere a las disposiciones generales, el art. 1.2 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las personas físicas que no tengan la condición de empresarios (sin

[60] Esta amplia discrecionalidad es destacada por el Informe del FMI sobre la Directiva, denominado "IMF WORKING PAPER: *Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive*" WP/21/152, José Garrido, Chanda DeLong, Amira Rasekh, y Anjum Rosha, Mayo 2021. El informe recoge la cita de Rotaru, calificando el resultado final de la Directiva como "*a puzzling variety of diverging options".* Las opciones de política legislativa son extraordinariamente variadas y se pueden agrupar en: opciones para incrementar la protección del acreedor/deudor; opciones que ahorran costes y proporcionan flexibilidad. Otras de carácter estrictamente técnico son: la duración y el alcance de la moratoria; el tratamiento de socios y acreedores garantizados o la adopción de la regla de prioridad absoluta o relativa.

[61] EHMKE et al., 2019; JCOERE Consortium, 2019, citado en IMF WORKING PAPER: *Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive*" WP/21/152.

perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4, que prevé que los Estados Miembros puedan extender la aplicación de los procedimientos previstos en el apartado 1, letra b) a personas físicas insolventes que no sean empresarios[62]), los organismos públicos con arreglo al Derecho nacional, las entidades de crédito, sociedades de seguros y reaseguros y otras instituciones y entidades financieras (los cuales se rigen por su normativa específica).

Destacamos dos supuestos de exclusión del ámbito subjetivo de los marcos de reestructuración preventiva contemplados en la Directiva de los que podrían hacer uso los Estados Miembros.

El primer supuesto se prevé en el artículo 4.2 de la Directiva, que establece que los Estados Miembros puedan disponer que los deudores condenados por incumplimiento grave de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros con arreglo a la normativa nacional solamente puedan acceder a un marco de reestructuración preventiva una vez que dichos deudores hayan adoptado las medidas oportunas para subsanar las cuestiones que motivaron la condena, con objeto de proporcionar a los acreedores la información necesaria para que puedan adoptar una decisión durante las negociaciones de reestructuración. Como se puede observar, no nos encontramos ante una exclusión absoluta, sino que la misma es susceptible de ser alzada cuando los deudores hayan adoptado medidas que permitan subsanar las cuestiones que precisamente han motivado dicha condena[63].

---

[62] De ello parece deducirse que la Directiva no ha pretendido, al menos en este momento, armonizar los marcos de reestructuración en personas físicas no empresarios (consumidores), dejando libertad a los Estados Miembros para permitir acudir a estos institutos. Cuestión distinta es la transposición de las disposiciones relativas a la exoneración de pasivo insatisfecho, las cuales en principio van dirigidas a empresarios, pero podrían extenderse a consumidores.

[63] La finalidad de esta previsión se encuentra explicitada en el Considerando 27 de la Directiva, introducida por iniciativa del Parlamento, indicando que el hecho de que los Estados miembros puedan limitar el acceso de los deudores condenados por grave incumplimiento de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros a un marco de reestructuración no debe impedirles limitar, asimismo, el acceso de los deudores a marcos de reestructuración preventiva en el caso de que sus libros y registros estén incompletos o muestren deficiencias en un grado tal que sea imposible conocer la situación empresarial y financiera de los deudores. El acceso a los mecanismos de reestructuración preventiva no solamente se establece en interés del deudor, sino también de los acreedores y de la economía en su conjunto, tal y como reconoce el Considerando 2 de la Directiva: "*Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto."* Por ello, ante dicha finalidad, es lógico que se adopten prevenciones tendentes a evitar que los acreedores tome decisiones durante el proceso de reestructuración careciendo de la necesaria información y sobre todo con información correcta desde el punto de vista contable, con conocimiento de la verdadera situación económica y financiera del deudor. Desde esta perspectiva, no debería considerarse la limitación al acceso como una sanción al deudor sino como una medida de protección de los acreedores.

El segundo supuesto se recoge en el artículo 4.4 de la Directiva, declarando que los Estados miembros podrán limitar el número de veces, dentro de un período determinado, en las que un deudor pueda acceder a un marco de reestructuración preventiva con arreglo a la presente Directiva. Esta limitación temporal es similar a la que se había previsto en su momento en el artículo 5 bis de la Ley Concursal, tras su modificación por el artículo único.1 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, al imponer que, formulada la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores prevista en dicho precepto, no podría formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año[64]. Esta posibilidad encierra un delicado equilibrio entre dos políticas contrapuestas: de un lado, los marcos de reestructuración pueden ser utilizados de forma abusiva para posponer la liquidación de empresas no viables[65]. El fracaso del primer plan puede ser una evidencia de la no viabilidad de la empresa, dado que los planes de reestructuración deberían estar dirigidos a asegurar la viabilidad de la compañía a medio y largo plazo, pues en caso contrario los deudores podrían intentar renegociar con sus acreedores periódicamente en lugar de procurar maximizar la productividad del negocio. Pero, de otro lado, es cierto que los planes se encuentran basados en hechos inciertos en la mayor parte de las ocasiones, por lo que podría ser necesaria la renegociación para asegurar la viabilidad y continuidad del negocio. Además, la publicidad negativa es un fuerte incentivo para prevenir posibles abusos [66] . Con todo, la Directiva no impone esta opción, de modo que los Estados Miembros podrán valorar la pertinencia de su inclusión, dado que los marcos de

Vid. PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Reestructuring"*, Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág.92.

[64] También se ha considerado por GÓMEZ ASENSIO, C. similar a esta limitación temporal la prevista para la exoneración de deudas en el actual artículo 484 del Texto Refundido de la Ley Concursal (anteriormente, estaba citada en el artículo 178 bis 3.5º iii), que exigía que no se hubiera obtenido este beneficio dentro de los últimos diez años). Vid. GÓMEZ ASENSIO, C. "*La Directiva (UE) 2019/2023, sobre Marcos de Reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español*". Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº12, febrero 2020, pp. 472-511.

[65] De hecho, prueba de la importancia de este elemento es que el artículo 4.3 de la Directiva prevé que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores. En este sentido, el Considerando 3 de la Directiva prevé que las empresas que no sean viables, que no tengan posibilidades de sobrevivir, deberían ser liquidadas "*tan pronto sea posible*".

[66] Vid. PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Reestructuring"*, Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág.94.

reestructuración están previstos no solamente en interés del deudor, sino también de los acreedores y de la economía en su conjunto, como se ha visto.

En lo que respecta al presupuesto objetivo, debe partirse del concepto de "*reestructuración",* que define la Directiva en su artículo 2.1.1) como "*aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos".* Del concepto expuesto se colige que la reestructuración captura elementos del activo y del pasivo, esto es, es susceptible de afectar potencialmente tanto al capital del deudor (pasivo a largo plazo, capital y patrimonio) como a la estructura operativa (pasivo a corto plazo, acreedores comerciales y laborales, incluyendo por tanto a los financiadores del circulante).

En lo que se refiere al presupuesto objetivo de la reestructuración en sentido estricto, el artículo 4.1 de la Directiva (en la versión española) hace referencia a la "*insolvencia inminente"*. Sin embargo, la versión en inglés de la Directiva contempla la "*probabilidad de insolvencia"* ("*likelihood of insolvency*") como presupuesto de acceso a los marcos de reestructuración preventiva [67] . En ambos casos tal concepto deberá ser interpretado conforme al derecho interno de cada Estado Miembro, tal y como expresamente dispone el artículo 2.2 de la Directiva, al establecer que "*A efectos de la presente Directiva, los siguientes conceptos se entenderán según la definición de la normativa nacional: a) insolvencia; b) insolvencia inminente; (..)".*

[67] En nuestra norma de transposición, el artículo 584 contempla el presupuesto objetivo incluyendo la probabilidad de insolvencia, la insolvencia inminente y la insolvencia actual: "1. *La comunicación de apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración procederán cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual."*

Comoquiera que tanto la insolvencia actual como la inminente ya se encuentran definidas en nuestra normativa concursal (art. 2.3 TRLC), indicando que "*Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones",* el legislador se ha ocupado en esta sede únicamente de la definición de la probabilidad de insolvencia, que no se recogía hasta ahora en nuestro derecho interno, en los siguientes términos: "*Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años*."

Este precepto ha de conectarse con la interpretación que ofrecen los Considerandos 24 y 28 de la Directiva. En particular, el Considerando 24 aclara que "*el marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador. A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la insolvencia inminente y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial."* La Directiva pretende que, aun cuando los términos "*insolvencia*", "*insolvencia inminente*" deban interpretarse conforme al derecho interno de cada Estado Miembro, los marcos de reestructuración han de poder utilizarse antes de que el deudor cumpla los requisitos para quedar sometido a un procedimiento formal de insolvencia que pueda conllevar la liquidación del patrimonio del deudor. Ahora bien, la doctrina ha advertido que los procedimientos de reestructuración han de ser diseñados evitando que el deudor acuda a ellos únicamente para dilatar las acciones de los acreedores tendentes a la ejecución de sus respectivos créditos[68].

Por su parte, el Considerando 28 añade que este estado de pre-insolvencia incluye situaciones en las que el deudor no está atravesando propiamente dificultades financieras, pero que podrían eventualmente derivar en problemas de liquidez e incluso una situación de insolvencia: "*Los Estados miembros deben poder ampliar el ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva previstos en la presente Directiva a aquellas situaciones en las que el deudor se enfrente a dificultades que no sean financieras, siempre que estas supongan una amenaza real y grave para la capacidad actual o futura del deudor de pagar sus deudas al vencimiento de estas. El marco temporal indicado para determinar la existencia de tal amenaza puede extenderse a un período de varios meses o incluso mayor, para tener en cuenta los casos en que el deudor se enfrente a dificultades que no sean financieras que hagan peligrar la situación de funcionamiento de su empresa y, a medio plazo, su liquidez. Tal podría ser el caso, por ejemplo, cuando el deudor haya perdido un contrato de importancia clave."* Nos encontramos ante una

[68] Vid. "*Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive*". IMF Working Paper (WP/21/152). GARRIDO, J., DELONG, C., RASEKH, A. Y ROSHA, A.

cuestión delicada, pues una excesiva anticipación podría derivar en actuaciones abusivas e incluso expropiatorias sin que exista una justificación objetiva para ello[69]. A tal efecto, se hace necesario incluir una ulterior delimitación en la transposición, como ha sucedido en el Derecho holandés o incluso en el texto español[70], de modo que quede fijado un límite temporal referido al corto o medio plazo, pues estas medidas únicamente están justificadas bajo los principios del régimen de la insolvencia[71].

Otra cuestión que plantea el presupuesto objetivo es cómo se realiza el control de la prueba de insolvencia, esto es, si debe hacerse un examen ex ante, con carácter previo a la apertura del procedimiento o si debe ser ex post, como condición para la confirmación del plan. En este punto, la Directiva abre la posibilidad a que el examen tenga lugar para la apertura del procedimiento, para la concesión de la suspensión de ejecuciones (art. 6) o como una condición para la confirmación del plan de reestructuración (art. 10). La ventaja del control ex post es que coadyuva a la celeridad del procedimiento, por lo que parece que éste será el preferido, para no obstaculizar el proceso. Sea como fuere, se ha puesto de manifiesto la dificultad práctica de llevar a cabo tal análisis por un tercero, salvo que se acuda al asesoramiento de un experto, puesto que el hecho de que el plan sea aprobado por una mayoría cualificada constituye una presunción de que las medidas impuestas en el plan son necesarias para prevenir la insolvencia del deudor[72].

El análisis del presupuesto objetivo en la Directiva exige igualmente abordar la finalidad de la reestructuración, a tenor del artículo 1.1.a) de la Directiva, que dispone que los marcos de reestructuración preventiva deberán tener por objeto "*impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor"*. La reestructuración ha de estar, por tanto, enfocada en garantizar la conservación del patrimonio empresarial, sin que pueda tener carácter

[69] Vid. PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Reestructuring"*, Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág.90.

[70] En Derecho holandés, se fija la siguiente delimitación: "*If it can reasonably be assumed that the debtor will not be able to continue paying its debts as they fall due…[..]."* En Derecho español, en el artículo 584 del Texto Refundido de la Ley Concursal, de forma similar pero incluyendo un plazo concreto, se define la probabilidad de insolvencia como una situación en la que sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años.

[71]Vid. PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Reestructuring"*, Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág.91.

[72] Vid. PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Restructuring"*, Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág.91.

liquidativo, siempre y cuando concurra el elemento de la viabilidad. El Considerando 24 declara precisamente a este respecto que "*a fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la inminencia de la insolvencia y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial".*

En conexión con el presupuesto objetivo ha de analizarse la posible exclusión de determinados derechos de crédito de los marcos de reestructuración. En concreto, de acuerdo con el artículo 1, apartado 5, la Directiva establece que los Estados miembros podrán disponer que los siguientes créditos queden excluidos o no se vean afectados por los marcos de reestructuración preventiva a que se refiere el apartado 1, letra a): los créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales; las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, o los créditos derivados de la responsabilidad extracontractual del deudor. Se trata, por tanto, de una exclusión que podrán prever o no los Estados Miembros, de carácter facultativo. Por otro lado, el artículo 1, apartado 6, recoge una exclusión de naturaleza imperativa, declarando que los Estados miembros garantizarán que los marcos de reestructuración preventiva no repercutan en los derechos de pensión de jubilación devengados.

Ambas exclusiones responden a una finalidad tuitiva de los derechos de los trabajadores, de los derechos derivados de relaciones de parentesco (en sentido amplio) así como de la responsabilidad civil. De todos modos, la Directiva también prevé que puedan ser excluidos determinados tipos de acreedores siempre y cuando dicha exclusión se encuentre debidamente justificada (vid. art. 2.1 y art. 8.1.e).

Para el caso de que los créditos de los trabajadores se incluyan en los marcos de reestructuración preventiva, la Directiva también contempla una serie de prevenciones protectoras. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 6.5, cuando la Directiva excluye los créditos de los trabajadores de la suspensión de ejecuciones individuales, los Estados Miembros deben asegurar que el pago de tales créditos se garantice en un similar nivel de protección. Los Estados Miembros también pueden prever que los créditos de los trabajadores sean tratados en una clase separada, de acuerdo con el artículo 9.4, número 2. Por lo tanto, un plan de reestructuración que afectara los créditos de los trabajadores debería ser aprobado por la mayoría de los trabajadores que voten en dicha clase, sujeto a un posible arrastre. En todo caso, de acuerdo con el artículo 13 de la Directiva, los

Estados Miembros han de garantizar que los derechos individuales y colectivos de los trabajadores no se ven afectados por los marcos de reestructuración[73].

Al hilo de las exclusiones de determinadas categorías de créditos del perímetro de afectación de los planes de reestructuración, se ha suscitado la duda de si los procedimientos preconcursales desarrollados para la transposición de la Directiva podrían limitarse a la reestructuración de deuda financiera. Así, por ejemplo, en Alemania, se ha defendido doctrinalmente la opción de limitar el ámbito de los procedimientos de reestructuración a la reestructuración financiera, excluyendo los acreedores comerciales y los públicos[74]. De hecho, a pesar de que la Directiva aspira a constituir el complemento del Reglamento Europeo de Insolvencia (Reglamento UE 2015/848), los Considerandos 13 y 14 de la Directiva reconocen la posibilidad de que haya procedimientos preconcursales de reestructuración que no cumplan con los requisitos previstos en el Reglamento, entre los cuales podrían encontrarse procedimientos que entraran dentro del concepto de "*collective proceedings"* del Reglamento y que se aplicaran únicamente a determinados acreedores.

Sin embargo, no parece que la Directiva haya pretendido acoger la tesis de los procedimientos de reestructuración limitados a los acreedores financieros, pues, en primer lugar, el artículo 9 (2) incluye todo tipo de acreedores, no solamente los financieros, y no parece que la Directiva haya pretendido imponer un modelo de procedimiento de reestructuración "*semi-colectivo".* Podría eventualmente traerse a colación el artículo 2, párrafo 1, al hilo de la interpretación del concepto de "*partes afectadas".* Sin embargo, no parece que esta haya sido la intención de la Directiva, pues se trataría más bien de identificar a las partes que quedarán vinculadas por el plan de reestructuración aun cuando no participen en la votación. Cuestión distinta es que, en la práctica, la Directiva no imponga que deban quedar afectados por el plan de reestructuración la totalidad de los acreedores.

En conclusión, la transposición de la Directiva exige que el procedimiento de reestructuración sea potencialmente comprensivo de la totalidad de los acreedores, sin

[73] El artículo 1.6 de la Directiva excluye expresamente los derechos de jubilación devengados como créditos afectados por el plan de reestructuración, previsión que se explica por razón de los regímenes existentes en algunos Estados Miembros en que los créditos por pensiones constituyen una parte importante de la responsabilidad empresarial.

[74] Vid. la Propuesta de GRAVENBUCHER KREIS, ZIP 2016, 1208; VALLENDER, *Beilage zu ZIP* 22/2016, 82, etc.

perjuicio de que los Estados Miembros decidan, además, mantener o introducir nuevos procedimientos semi-colectivos para determinados acreedores, tal y como parece admitir el Considerando 16 de la Directiva ("*Los Estados miembros deben poder mantener o introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales marcos de reestructuración preventiva distintos de los previstos en la presente Directiva*"), y por supuesto, sin perjuicio de que, en el caso concreto, las partes decidan no incluir en el perímetro de afectación de la reestructuración a determinados acreedores, de acuerdo con el artículo 9 de la Directiva, siempre que el derecho nacional lo permita y además se respete el principio de trato paritario entre acreedores que se encuentren en idéntica situación.

3. Deudor no desapoderado (Debtor in possession).

La Directiva en su artículo 5.1 establece como regla general que el deudor conservará (total o parcialmente) el control sobre sus activos y la gestión diaria de la empresa, lo que constituye una manifestación del principio de intervención mínima [75] . Sin embargo, también prevé que cuando sea necesario, el nombramiento de un experto en materia de reestructuración se decidirá en cada caso concreto, salvo que los Estados miembros opten por su nombramiento en todo caso.

En este punto, finalmente, ha cristalizado la opción recogida de nombramiento de un experto en materia de reestructuración "*cuando sea necesario*", fijando la propia Directiva (art.5.3) una serie de supuestos en los que habrá de ser necesariamente nombrado:

---

[75] GÓMEZ ASENSIO, C.: "*La Directiva (UE) sobre Marcos de Reestructuración Preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español".* Actualidad Jurídica Iberoamericana nº12, febrero 2020, pp. 486. Cita el Considerando 30 de la Directiva, que fundamente esta opción legislativa en la necesidad de "*evitar costes innecesarios, reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras, tales deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial. El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor. No obstante, los Estados miembros deben poder determinar que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración sea siempre necesario en determinadas circunstancias, como, por ejemplo: en caso de que el deudor disfrute de una suspensión general de ejecuciones singulares; cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por medio de una reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías; cuando el plan de reestructuración incluya medidas que afecten a los derechos de los trabajadores, o cuando el deudor o sus administradores sociales hayan actuado de modo delictivo, fraudulento o perjudicial para las relaciones empresariales.*"

- Cuando se acuerde una suspensión general de ejecuciones singulares, cuando se considere por la autoridad judicial o administrativa que ello es necesario para salvaguardar el interés de las partes;

- Cuando el plan de reestructuración deba ser objeto de homologación judicial o confirmado por una autoridad administrativa a través del mecanismo "*cross class cram down"*;

- Cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando los acreedores carguen con los costes del experto en materia de reestructuración.

También será necesario cuando el plan de reestructuración incluya medidas que afecten a los derechos de los trabajadores, o cuando el deudor o sus administradores sociales hayan actuado de modo delictivo, fraudulento o perjudicial para las relaciones empresariales.

Las funciones del experto en materia de reestructuración figuran enumeradas en el artículo 2.1 apartado 12):

- asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración;

- supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa;

- tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones.

Frente a posiciones que abogaban por no establecer el nombramiento de tal experto como obligatorio (para evitar un incremento de los costes asociados al procedimiento de reestructuración), finalmente se ha optado por exigir que sea nombrado en determinados supuestos tasados en los que se ha considerado necesario. En la práctica, su nombramiento puede generalizarse, dado que en muchos casos la presentación de un plan de reestructuración viene motivada por la necesidad de aplicar el mecanismo de arrastre vertical de clases ("*cross class cram down*")[76]. La transposición ha obligado a realizar una completa modificación del modelo español, con la finalidad de incorporar la figura

[76] Así lo indica GÓMEZ ASENSIO, C.: "*La Directiva (UE) sobre Marcos de Reestructuración Preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español".* Actualidad Jurídica Iberoamericana nº12, febrero 2020, pp. 487. Vid. también, del mismo autor: "*Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*". Editorial Aranzadi, 2019.

del experto en materia de reestructuración de forma preceptiva en los supuestos en que así lo impone la Directiva en su artículo 5.3, como hemos mencionado.

Los Estados Miembros han de garantizar que el experto en materia de reestructuración ostente la suficiente preparación y tenga la necesaria experiencia de acuerdo con sus responsabilidades (art. 26). Ello no implica, obviamente, que el Estado haya de proporcionar por sí la preparación, ya que puede ser prestada a través de asociaciones profesionales u otras corporaciones, pero sí tiene que establecer las condiciones de admisibilidad y el procedimiento para el nombramiento, la revocación y la dimisión de los expertos sean claros, transparentes y justos (art. 26). También deben tenerse presentes determinados elementos en el nombramiento de un experto para un caso concreto, como los elementos transfronterizos, sus conocimientos y experiencia, así como las particularidades del caso. Asimismo, a fin de evitar conflictos de intereses, el Estado también ha de garantizar a los deudores y acreedores que tengan la posibilidad bien de oponerse a la selección o al nombramiento del experto, bien de solicitar su sustitución. Se indica, además, que la Comisión facilitará el intercambio de buenas prácticas entre los Estados miembros con el fin de mejorar la calidad de la formación en toda la Unión, también mediante el intercambio de experiencias y herramientas de capacitación (art. 26.2). Los Estados miembros podrán fomentar la elaboración de códigos de conducta y promover la adhesión a esos códigos (art. 27.3).

La Directiva deja en este punto libertad a los Estados Miembros para que la selección del experto pueda realizarse por el deudor, acreedores o un comité de acreedores, mediante una lista pre-aprobada por la autoridad judicial o administrativa, sin descartar otros métodos siempre que se tengan en cuenta la experiencia y los conocimientos del experto, a lo que se podrían añadir, las circunstancias del caso concreto[77].

4. Suspensión de ejecuciones: Posición del crédito público.

La Directiva[78] obliga a los Estados Miembros a regular una moratoria que permita que el deudor pueda disfrutar de una suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las

[77] Vid. PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Restructuring",* Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág. 103.

[78] Artículos 6 y 7, Considerandos 32-36.

negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva, para que sea capaz de continuar su actividad empresarial o, al menos, de preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones (Considerando 32).

En efecto, la Directiva establece la posibilidad de que el deudor pueda disfrutar de una suspensión temporal de ejecuciones[79] ("*stay of enforcement actions*"). La suspensión puede ser acordada bien por una autoridad judicial o administrativa (en función de la normativa vigente en cada Estado miembro) o por disposición de la ley. La finalidad de la suspensión, como se ha señalado, no es otra más que facilitar las negociaciones del plan de reestructuración a los efectos de viabilizar la actividad empresarial del deudor, preservando el valor de los activos durante la fase de negociación. En este punto, además la Directiva prevé que la normativa nacional pueda acordar que la suspensión se aplique a terceros garantes, entre los cuales destacan los avalistas y los titulares de garantías.

La suspensión también puede ser necesaria cuando se presente un plan de reestructuración "*pre-packaged*", ya acordado previamente, de acuerdo con lo establecido en el Considerando 43 y el artículo 9.7 de la Directiva. En tal caso, no sería precisa para la *"negociación"* propiamente dicha, sino en el período que abarca la presentación del plan y su confirmación judicial. Por ello, la doctrina ha destacado que la moratoria ha de proteger las reestructuraciones de forma retrospectiva *(pre-packaged)* pero también de forma prospectiva (cuando las negociaciones hayan tenido lugar antes de la presentación del plan o en paralelo a las mismas)[80].

En todo caso, también se reconoce a los Estados miembros la facultad de declarar que no pueda acordarse la suspensión en determinados supuestos, cuando no sea necesaria o cuando no se cumpla la finalidad de facilitar las negociaciones. También podría incluirse como motivo de denegación la ausencia de apoyo de los acreedores al plan o la incapacidad del deudor de pagar sus obligaciones a su vencimiento. Esta última previsión

[79] A estos efectos, la Directiva define en su artículo 2.4) la "*suspensión de las ejecuciones singulares*" como "*toda suspensión temporal, concedida por una autoridad judicial o administrativa o por ministerio de la ley, del derecho de un acreedor a ejecutar su crédito frente a un deudor y, cuando así lo disponga la normativa nacional, también frente a terceros proveedores de garantías, en el contexto de un procedimiento judicial, administrativo, u otro, o suspensión del derecho de embargar o ejecutar los activos o la empresa del deudor por medios extrajudiciales".*

[80] Vid. PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Restructuring",* Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág. 106.

conecta con la posibilidad contemplada en los Considerandos de la Directiva[81] (si bien no recogida en el articulado) de introducir presunciones refutables de motivos de denegación de la suspensión, por ejemplo, cuando el deudor adopta el comportamiento típico de quien no puede pagar sus deudas, citando expresamente las deudas laborales y las de administraciones públicas (administración tributaria y seguridad social), así como la posible comisión por parte de los administradores de la empresa de delitos financieros que permitan deducir que la mayor parte de los acreedores no apoyará las negociaciones[82].

Se ha considerado que, al contrario de lo que establece la Directiva, en tales casos, va a revelarse como imprescindible la medida de la suspensión para evitar precisamente el sobreseimiento general en los pagos por parte del deudor y la apertura del propio procedimiento de insolvencia, teniendo en cuenta que además la moratoria puede ser per se suficiente para apoyar las negociaciones sobre la reestructuración[83]. Las presunciones contenidas en los Considerandos 32 y 33 en realidad pueden no constituir ejemplos de lo que se expone en el artículo 6.1, pues son más bien expresivos de una situación de máximo *distress* que pueden exceder del presupuesto objetivo de los marcos de reestructuración. Estos signos pueden considerarse, por tanto, como una suerte de guía ex ante de lo que podría constituir una utilización tardía de los mecanismos preventivos de la insolvencia[84].

Los Estados miembros pueden establecer que la suspensión de ejecuciones tenga carácter general, aplicable por tanto a todos los acreedores sin excepción; o, por el contrario, pueden prever que se limite a aquellos acreedores que hubieran sido informados de la suspensión, o que, al menos, hayan sido informados acerca de la negociación del plan de reestructuración. Incluso cabría la posibilidad de que la suspensión quedase limitada a determinadas clases de acreedores (por ejemplo, acreedores financieros). En pura lógica, aquellos que no se vean afectados por el plan de reestructuración, deberían ser íntegramente satisfechos al margen de este y no deberían verse afectados por la

[81] Considerando 33.

[82] Esta previsión fue introducida a instancia de la República Federal de Alemania. Pretende excluir de los marcos de reestructuración a aquellos deudores que se encuentren en situación de insolvencia actual, entendiendo que deberían acudir a un procedimiento formal de insolvencia.

[83] Vid. PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Restructuring"*, Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág. 107.

[84] Vid. También Considerandos 2, 15, 24, 30.

suspensión [85] . De hecho, esta práctica ha venido siendo habitual en procedimientos informales de reestructuración, en los que la suspensión de ejecuciones resultaba aplicable únicamente a los acreedores financieros, dejando al margen a los restantes acreedores que no se verían afectados por las previsiones del plan.

Ahora bien: la propia Directiva concede la opción al legislador nacional de excluir determinados créditos o categorías de acreedores de la suspensión en circunstancias bien definidas, cuando tal exclusión venga justificada por el dato de que la ejecución no va a poner en peligro la reestructuración o cuando la suspensión pudiera perjudicar injustificadamente a determinados acreedores[86]. En este caso, se ha recomendado que la suspensión sea diseñada a medida, adaptándose a las circunstancias concurrentes en cada caso[87].

El artículo 6.2 prevé, además, que, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los Estados miembros han de velar por que una suspensión de ejecuciones singulares

[85] La Directiva sí prevé cierto margen de maniobra a la hora de configurar el perímetro de la reestructuración y de la propia moratoria o *stay*. La doctrina además ha destacado la correlación existente entre el perímetro de la reestructuración y el de la moratoria, pues no tiene sentido acordar la suspensión de la ejecución de créditos que no van a verse afectados por la reestructuración. Puede citarse a este respecto, THERY MARTÍ, A.: "*Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016 (II)",* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 28, enero 2018, pp. 345-372. "*cabalmente debe existir cierta correspondencia entre los créditos cuya ejecución se pretenda suspender con la moratoria y aquellos que se pretenda afectar a través del Plan (recuérdese que, conforme al artículo 6.2., cabe que el deudor delimite el perímetro de acreedores que hayan de ser afectados por la moratoria; delimitación que merece incentivos como el del mantenimiento del deudor sin supervisión-art.5.3.a)-, aunque también un desincentivo-probablemente inadvertido y que merecería corrección en el texto final-como la vinculación de la protección frente a concursos necesarios a la circunstancia de que la moratoria se haya configurado como general). Si con el Plan no se pretende afectar de ningún modo a cierto crédito, no parece justificado que sin embargo el mismo haya de quedar afectado por la moratoria. La necesidad de la citada correspondencia parece inferirse del apartado 11.a) de la Recomendación de 2014, así como de la atribución al deudor de la capacidad para delimitar el perímetro de créditos afectados por la moratoria (art.6.2) y por el Plan (arts. 9.1 y 14.2).*"

[86] En este sentido, el Considerando 34 de la Directiva dispone que: "*Una suspensión de ejecuciones singulares podría ser de carácter general, por afectar a todos los acreedores, o podría aplicarse únicamente a algunos acreedores o categorías de acreedores concretos. En circunstancias bien definidas, los Estados miembros deben poder excluir del ámbito de aplicación de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, como los que estén garantizados por activos cuya supresión no pondría en peligro la reestructuración de la empresa o los créditos de acreedores a quienes una suspensión provocaría un perjuicio injusto, por ejemplo, a causa de una pérdida no compensada o de una depreciación de las garantías.*"

[87] *"INSOL-Europe Guidance Note on the Implementation of Preventive Restructuring Frameworks under EU Directive 2019/1023. Stay of individual enforcement actions*." SCHUIJLING, B., Mayo 2020. Así, entiende que la suspensión no debería incluir a acreedores que posteriormente no se van a ver afectados por el plan, si bien plantea que una suspensión limitada podría tener el efecto de incentivar que el acreedor afectado ceda su crédito a un tercero, de modo que sugiere que los Estados miembros establezcan contramedidas que eviten esta consecuencia.

pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes, pues en caso contrario la moratoria perdería su finalidad ante la posible ejecución de este tipo de créditos sobre el patrimonio del deudor. Llegados a este punto, deben citarse dos excepciones que no se recogen explícitamente en el articulado de la Directiva, pero sí en sus Considerandos (94 y 95). Nos referimos al tratamiento particular de las garantías financieras reguladas en la Directiva 2002/47/CE y los intereses protegidos por la Convención de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, no expresamente citadas en la Directiva 2019/1023. Por lo que se refiere a las garantías financieras, cabe decir que con la Directiva establece determinadas previsiones que tienen como finalidad mejorar la seguridad jurídica de los acuerdos de garantía financiera, obligando a los Estados miembros a asegurarse de que no se aplican determinadas disposiciones de la legislación sobre insolvencia, en particular aquellas que impedirían la efectiva realización de la garantía financiera o plantearían dudas sobre la validez de técnicas actuales como la liquidación bilateral por compensación exigible anticipadamente, la prestación de garantías complementarias y de sustitución de garantías. En particular, de acuerdo con su artículo 4, relativo a la ejecución de las garantías financieras, se dispone que los Estados miembros velarán por que el acuerdo de garantía financiera pueda aplicarse conforme a sus cláusulas a pesar de la apertura o la continuación de procedimientos de liquidación o la adopción de medidas de saneamiento con respecto al garante o al beneficiario. A este respecto, el artículo 2.1.k) define las medidas de saneamiento como "*las medidas que motivan la intervención de las autoridades administrativas o judiciales cuyo objeto es preservar o restaurar la situación financiera y que afectan a derechos preexistentes de terceros, incluyendo, aunque no exclusivamente, medidas que prevén la suspensión de pagos, la suspensión de las medidas de ejecución o la reducción de los derechos*". Parece que, a tenor de la definición, dentro de estas medidas de saneamiento han de incluirse los marcos de reestructuración preventiva previstos en la Directiva 2019/1023. A ello se refiere el propio Considerando 94 de la misma, declarando que, dado que la estabilidad de los mercados financieros se basa en gran medida en acuerdos de garantía financiera, en particular, cuando se constituyen las garantías en relación con la participación en determinados sistemas o en las operaciones del banco central y cuando los márgenes son asignados a entidades de contrapartida central, y que el valor de los instrumentos financieros que constituyen las garantías puede ser muy volátil, es esencial ejecutar su valor rápidamente antes de que baje. Por tanto, declara que "*lo dispuesto en las Directivas 98/26/CE (19) y*

2002/47/CE (20) del Parlamento Europeo y del Consejo y en el Reglamento (UE) n.o 648/2012, deben aplicarse no obstante lo dispuesto en la presente Directiva".[88]

En segundo lugar, como se ha adelantado, también han de tenerse en cuenta las particularidades derivadas del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, y sus Protocolos, a cuyo tenor los Estados Miembros deben poder continuar cumpliendo sus obligaciones internacionales adquiridas (Considerando 94).

Asimismo, los Estados miembros han de prever el tipo de publicidad que se va a otorgar a la suspensión, de modo que pueda ser conocida por los acreedores afectados por la misma y, por ende, por el propio plan. En efecto, se ha indicado que la publicación de un anuncio [89] puede ser adecuada para una suspensión que tenga carácter general, pero quizá no para una suspensión limitada, en que bastaría con una comunicación confidencial a los acreedores concretamente afectados por la suspensión[90]. Además, se ha dicho que este

[88] El Considerando 94 explica las consecuencias *prácticas de tal aplicación: "Debe permitirse a los Estados miembros que eximan los acuerdos de compensación (netting), en particular los acuerdos de compensación (netting) exigible anticipadamente, de los efectos de la suspensión de las ejecuciones singulares incluso en circunstancias en las que no estén cubiertos por las Directivas 98/26/CE, 2002/47/CE y el Reglamento (UE) n.o 648/2012, si dichos acuerdos son ejecutivos con arreglo a la normativa de los correspondientes Estados miembros, aunque se hayan abierto procedimientos de insolvencia.*
Este puede ser el caso de un importante número de acuerdos marco ampliamente utilizados por contrapartes financieras y no financieras en el mercado financiero, el mercado de la energía y el de las materias primas. Dichos acuerdos reducen los riesgos sistémicos, especialmente en los mercados de derivados. Por tanto, estos acuerdos pueden quedar exentos de las restricciones que impone la normativa en materia de insolvencia a los contratos vigentes. Por consiguiente, los Estados miembros también deben poder excluir de los efectos de la suspensión de ejecuciones singulares los acuerdos de compensación (netting) exigidos por ministerio de la ley, incluidos los acuerdos de compensación (netting) exigible anticipadamente, que intervienen una vez abierto un procedimiento de insolvencia. La cantidad que resulte de la operación de los acuerdos de compensación (netting), incluidos los acuerdos de compensación (netting) exigible anticipadamente, sí debe estar sujeta, sin embargo, a la suspensión de las ejecuciones singulares."

[89] *"INSOL-Europe Guidance Note on the Implementation of Preventive Restructuring Frameworks under EU Directive 2019/1023. Stay of individual enforcement actions."* SCHUIJLING, B., Mayo 2020. Pág.10.

[90] En este punto, debe traerse a colación la previsión contenida anteriormente en el artículo 5 bis LC (actual artículo 585 TRLC), que precisamente permitía que el edicto conteniendo la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores fuera objeto de publicación en el Registro Público Concursal o, por el contrario, revistiese carácter reservado, en cuyo caso no se acordaría tal publicación, pudiendo el deudor solicitar en cualquier momento el levantamiento del carácter reservado de la comunicación. Ello va a tener efectos en la eficacia transfronteriza de la comunicación, a tenor del Reglamento Europeo de Insolvencia núm. 848/2015, de 20 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, el cual en su artículo 1.1 define su ámbito de aplicación, incluyendo los procedimientos colectivos públicos, incluyendo expresamente los procedimientos de reestructuración de deuda, reorganización o liquidación, de modo que el carácter reservado o confidencial de la comunicación impedirá que el sistema implantado a través del Reglamento sea eficaz, vedando cualquier posibilidad de coordinación entre los Estados miembros. Este elemento, como acertadamente ha señalado PULGAR EZQUERRA, puede constituir un incentivo para dotar de publicidad a la comunicación de inicio de negociaciones frente al carácter confidencial o reservado de la misma. Vid.

carácter reservado de la comunicación facilitaría la reestructuración con la mayor parte de los acreedores financieros, en un procedimiento informal con una limitada intervención judicial, lo que es una opción que ya existe en determinados Estados miembros, si bien esta falta de transparencia puede suscitar suspicacias[91].

En lo que se refiere a la tipología de créditos incluidos en el ámbito de la suspensión, en principio, como se ha indicado, abarcaría también los garantizados y los preferentes[92]. El artículo 6.4 de la Directiva permite que los Estados miembros puedan excluir determinados créditos o categorías de créditos del ámbito de aplicación de la suspensión de ejecuciones singulares, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa, la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos.

Parece claro que el legislador nacional que pretenda establecer excepciones con base en este precepto deberá aportar la correspondiente justificación para evitar abusos y actuaciones deshonestas. Es claro que en este marco lo que se produce es un delicado equilibrio entre los derechos individuales de los acreedores a iniciar o continuar la ejecución de sus respectivos créditos y la preservación del valor económico de los activos del deudor. Así, la doctrina ha venido apelando a la introducción del concepto de eficiencia de Pareto[93] ("*Pareto efficiency stay"),* puesto que no es posible mejorar la situación de los inversores del deudor colectivamente para preservar el statu quo sin empeorar la situación de cada uno de ellos individualmente. Ello parece reflejarse en el

PULGAR EZQUERRA, J.: "*Ley 9/2015, de reforma urgente concursal: comunicación ex artículo 5bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito".* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 23, Sección Estudios, Segundo Semestre, 2015, Ed. Wolters Kluwer.

[91] Vid. GASSNER, G. y WABL, G.: "*The new EU Directive on restructuring and insolvency and its implications for Austria",* Insolvency and Restructuring International Vol. 13. No 2,5. VERMEILLE, S. y ROTARU, V.:" *Perverse effects of the absolute rule of confidentiality applicable to French amicable settlement procedures serving as preventive restructuring frameworks",* Droit et croissance/Rules for Growth, Paris.

[92] Nos referiremos con posterioridad al régimen específicamente aplicable a los créditos de derecho público, dado que en algunos Estados miembros estos créditos gozan de preferencia (concursal y extraconcursal). En este punto, la transposición obligará a analizar si la autotutela ejecutiva de que gozan los créditos de derecho público puede o no mantenerse, a la luz de la Directiva, teniendo en cuenta la finalidad de la moratoria, y si una eventual exclusión es susceptible de poner en peligro la reestructuración.

[93] Hay que recordar que, en el ámbito de la economía, la eficiencia de Pareto —denominada óptimo de Pareto— es una noción que implica que existe un punto de equilibrio en el que no es posible mejorar la situación de un individuo sin perjudicar a otro.

Considerando 2 de la Directiva, cuando declara que "*Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto."* Con todo, debe reseñarse la extraordinaria dificultad que conlleva traducir en reglas legales concretas el óptimo paretiano en situaciones reales aptas para todas las jurisdicciones[94].

Las excepciones contempladas en el apartado 4 del artículo 6 han de interpretarse de acuerdo con lo que establece el Considerando 34 de la Directiva, que cita como ejemplo de créditos o categorías de créditos que pueden ser excluidos los que estén garantizados por activos cuya supresión no pondría en peligro la reestructuración de la empresa o los créditos de acreedores a quienes una suspensión provocaría un perjuicio injusto a causa de una pérdida no compensada o de una depreciación de las garantías. Así, el Considerando 36 precisa que a la hora de determinar si existe un perjuicio injusto para los acreedores, las autoridades judiciales o administrativas deben poder tener en cuenta si la suspensión hubiera de preservar el valor total del patrimonio, y si el deudor actúa de mala fe o con la intención de causar perjuicio o si, en general, actúa en contra de la confianza legítima de los acreedores.

Estas excepciones recuerdan en cierto modo a las previstas en el artículo 362 (d) del *US Bankrutpcy Code*, en virtud del cual un tribunal puede levantar la suspensión automática que deriva del inicio de un procedimiento de insolvencia del artículo 362 (a). En realidad, las excepciones y la razones para el levantamiento de la suspensión parecen estar concebidas para acreedores garantizados. El *US Bankruptcy Code* contempla el levantamiento de la suspensión de la ejecución que se sigue frente a una determinada propiedad si el deudor no es titular ni tiene participación en dicha propiedad y la misma no es necesaria para una reorganización efectiva. Sin embargo, el lenguaje en este caso no es completamente idéntico, pues el artículo 6.4 de la Directiva no parece referirse a la propiedad, sino al crédito titulado por el acreedor (o incluso a una categoría de créditos)

[94] PAULUS/DAMMANN. "*European Preventive Restructuring"*, Article by Article Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2021.Pág. 111. Sobre el óptimo paretiano, cita a PARISI, *The language of Law and Economics, A Dictionary*, 2013; MERCURO/MEDEMA, *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, 1997; COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, 1998. También, BAIRD, "The elements of Bankruptcy", 2001.

para determinar si la excepción ha de ser establecida o no por el Estado miembro. De este modo, si se observa el crédito titulado por el acreedor, ello nos proporcionará escasa información en relación con el impacto que pueda tener la ejecución en la reestructuración, a no ser que, al tiempo, se tenga en cuenta el activo o activos sobre los que se va a hacer efectiva dicha ejecución. Es precisamente esa eliminación del activo concreto el que en su caso tendrá un impacto negativo (o no) sobre la capacidad del deudor para acometer la reestructuración del negocio. Por ello, se concluye que la excepción del artículo 6.4 de la Directiva debería tomar en consideración el activo o activos sobre los cuales se va a ejecutar el crédito, no el crédito en sí. De hecho, se ha señalado que carece de sentido pensar en la aplicación de esta excepción para una categoría de acreedores en general o incluso respecto a acreedores privilegiados que pueden ejecutar sus créditos sobre la generalidad de los activos del deudor[95]. No obstante, comoquiera que el artículo 6.4 de la Directiva no menciona la existencia o no de un interés económico en la garantía como elemento relevante para determinar si concurre o no la excepción, cualquier legislador que tome en consideración la Sección 362 del *US Bankrutpcy Code* para implementar la Directiva podría llegar al mismo resultado sobre la base de la justificación suficiente a que se refiere el primer inciso del artículo 6.4.

En cuanto a la exclusión basada en que la ejecución perjudique injustificadamente a determinados acreedores, se ha señalado que puede estar inspirada también en la Sección 362 (d) 1 del *US Bankruptcy Code*, al traducir "*perjuicio injusto"* por "*carencia de adecuada protección"*, lo que haría equivalente este perjuicio a una "*pérdida no compensada o la depreciación de la garantía*". Aquí también deben traerse a colación las consideraciones anteriormente expuestas sobre la distinción entre el activo y el crédito. En todo caso, cabrían hipotéticamente dos formas de ofrecer adecuada protección al acreedor por parte del deudor: un pago único o periódico al acreedor o el establecimiento de una garantía adicional o sustitutiva que compense al acreedor por la pérdida de valor de la garantía. Sea como fuere, la interpretación que se ha seguido por la jurisprudencia norteamericana es que la suspensión per se no constituye una pérdida no compensada, pero obviamente no tiene por qué ser esta la interpretación que se siga bajo la Directiva[96]. Por otro lado, han de tomarse en consideración las consecuencias desde el punto de vista

[95] PAULUS/DAMMANN, op.cit. Pág. 113. De hecho, señala que cuando la Directiva habla de categorías de créditos lo hace en relación a los acreedores que pueden ejecutar sus créditos sobre un mismo bien, como en el caso de bonos garantizados o créditos sindicados.
[96] PAULUS/DAMMANN, op.cit. Pág. 114.

del derecho de la insolvencia, en cuanto a si el acreedor no afectado por la suspensión estaría legitimado para ejecutar individualmente sus créditos y si estaría sujeto a la suspensión que se acuerde en un procedimiento formal de insolvencia. Esta cuestión ha de tenerse presente por el legislador, debiendo cohonestarse las consecuencias desde el punto de vista también del derecho de insolvencia, analizando qué cambios habría que realizar en este ámbito.

Asimismo, no deben desdeñarse las implicaciones procesales de la suspensión, dada la extraordinaria casuística que se puede dar en cuanto a la valoración de la empresa en funcionamiento y si está justificada o no la protección otorgada vía moratoria, sobre todo en aquellos casos que son limítrofes con el presupuesto objetivo de los procedimientos formales de insolvencia (insolvencia actual). De hecho, el Considerando 36 de la Directiva, al hilo del levantamiento de la suspensión, explica que a la hora de determinar si existe un perjuicio injusto para los acreedores, las autoridades judiciales o administrativas deben poder tener en cuenta si la suspensión hubiera de preservar el valor total del patrimonio, y si el deudor actúa de mala fe o con la intención de causar perjuicio o si, en general, actúa en contra de la confianza legítima de los acreedores.

La Directiva, por lo demás, no fija un régimen específico para los créditos exigibles o nacidos con posterioridad a la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, de modo que los Estados miembros deben decidir si se incluyen o no en el ámbito de aplicación de la suspensión. Así lo explicita el Considerando 25, al permitir que los Estados miembros puedan determinar si los créditos que hayan vencido o que se materialicen una vez se haya presentado una solicitud de apertura de reestructuración preventiva o se haya abierto el procedimiento se incluyen en las medidas de reestructuración preventiva o la suspensión de ejecuciones singulares. En segundo lugar, habilita a los Estados miembros a que puedan decidir si la suspensión de las ejecuciones singulares tiene incidencia en los intereses devengados sobre los créditos.

Finalmente, debe reseñarse que la Directiva en principio deja al margen de la suspensión los créditos de los trabajadores, con la finalidad de otorgarles una protección no inferior a la conferida a éstos por su normativa nacional [97] . Así, se establece la obligatoria exclusión del alcance de la suspensión de los créditos de los trabajadores, si bien "*Como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán aplicar el*

[97] Vid. Artículo 6.5, Considerando 61.

apartado 2 a los créditos de los trabajadores, siempre y en la medida en que se aseguren de que el pago de dichos créditos esté garantizado mediante marcos de reestructuración preventiva en un grado de protección similar", lo que viene a imponer que en tal caso el plan de reestructuración ha de prever expresamente el pago de sus créditos respectivos a los trabajadores[98].

La duración de la suspensión ha de ser la necesaria para permitir las negociaciones entre deudor y los acreedores, pero no ha de ser excesiva para no perjudicar desproporcionadamente a éstos. La Directiva en su artículo 6.6 establece un límite máximo inicial de cuatro meses, que los Estados miembros no pueden superar en su normativa nacional, sin perjuicio de que puedan permitir prórrogas, teniendo en cuenta que la duración total no podrá exceder de doce meses (art. 6.8)[99]. El Considerando 35 de la Directiva precisamente hace referencia expresa a la necesidad de cohonestar los intereses del deudor y de los acreedores, pues indica que la fijación de un plazo máximo de cuatro meses obedece a la finalidad de lograr un justo equilibrio entre los derechos del deudor y los de los acreedores.

No obstante, también reconoce que las reestructuraciones complejas pueden requerir más tiempo, por lo que los Estados miembros deben poder establecer que, en esos casos, la autoridad judicial o administrativa pueda acordar prórrogas del plazo inicial de la suspensión. Continúa señalando que cuando una autoridad judicial o administrativa no tome una decisión sobre la prórroga de una suspensión antes de que venza, la suspensión debe dejar de tener efectos al término del plazo de suspensión. En aras de la seguridad jurídica, limita la duración total de la suspensión a 12 meses. Si bien la duración total de la suspensión no podrá ser superior a doce meses, se permite que los Estados miembros puedan acordar que la duración sea inferior. Asimismo, habilita a los Estados miembros

[98] En puridad, lo que se pretende es que los derechos de los trabajadores queden protegidos hasta donde alcancen las previsiones contenidas a su vez en la Directiva 2008/94/CE de Protección frente a la Insolvencia, en correlación con lo establecido en el artículo 13.1.c) de la propia Directiva.

[99] Se ha introducido también en este apartado un elemento para tratar de evitar el *forum shopping*, en relación a la duración de la suspensión de los procedimientos de insolvencia, aclarando que si los Estados miembros decidieran aplicar la Directiva a través de uno o más procedimientos o medidas *que no cumplen los requisitos de notificación con arreglo al anexo A del Reglamento (UE) 2015/848*, en este caso la duración total de la suspensión en virtud de dichos procedimientos no podrá superar los cuatro meses si el centro de intereses principales del deudor se ha trasladado a otro Estado miembro en los tres meses previos a la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva.

a prever una suspensión indefinida cuando el deudor devenga insolvente según la normativa nacional.

Por otro lado, deja en manos del legislador nacional la decisión acerca de si una breve suspensión provisional- hasta que tenga lugar una resolución de la autoridad judicial o administrativa- ha de estar o no sujeta a los plazos fijados por la Directiva.

Se suscita si es posible establecer un sistema donde la suspensión pudiera instarse por petición del deudor, con una duración de cuatro meses y que pudiera extenderse hasta doce meses. Se pretende con ello un equilibrio para que el tiempo que dure la suspensión no resulte excesivamente corto, de modo que no sea suficiente para alcanzar un acuerdo; ni tampoco muy largo, perjudicando a los acreedores.

Las prórrogas pueden ser acordadas, de acuerdo con lo establecido en la Directiva, a petición del deudor, un acreedor o el experto en materia de reestructuración, cuando concurran determinadas circunstancias, debidamente justificadas, como avances importantes en las negociaciones del plan de reestructuración; que no perjudique injustamente los derechos o intereses de ninguna de las partes afectadas; que no se haya abierto un procedimiento de insolvencia relativo al deudor que pueda desembocar en su liquidación conforme a la normativa nacional. También podrá tener lugar cuando se produzca la suspensión de ejecuciones mientras dura la tramitación del recurso contra la aprobación del plan.

En primer lugar, conviene recordar que "*los avances importantes en las negociaciones del plan de reestructuración"* únicamente podrán tener lugar respecto de las *"reestructuraciones prospectivas*", no en las "*retrospectivas*", cuando el plan ya se presenta con suficientes apoyos de los acreedores. En cuanto al término *"importante*", es claro que serán los Estados Miembros los que deberán determinar el grado de relevancia exigido, si bien parece necesario que se acredite de algún modo, no debiendo bastar la mera afirmación por parte del deudor, pudiendo exigirse un determinado porcentaje de acreedores en la normativa de transposición.

En lo que hace al requisito de que la prórroga "*no perjudica injustamente los derechos o intereses de ninguna de las partes afectadas*", parece que en este momento los Estados Miembros podrán evaluar de forma más amplia el perjuicio, tomando en consideración tanto el Considerando 36, esto es, si la suspensión hubiera de preservar el valor total del patrimonio, y si el deudor actúa de mala fe o con la intención de causar perjuicio o si, en

general, actúa en contra de la confianza legítima de los acreedores; y el Considerando 37, que hace referencia a que *"un solo acreedor o una categoría de acreedores se verían injustamente perjudicados por la suspensión si, por ejemplo, sus créditos resultasen mucho más perjudicados como consecuencia de la suspensión que si la suspensión no se aplicara, o si el acreedor se encontrara en una situación de mayor desventaja frente a otros acreedores en una posición similar"*.

En cuando al requisito relativo a que "*no se ha abierto un procedimiento de insolvencia relativo al deudor, que pueda desembocar en la liquidación del deudor conforme a la normativa nacional"*, la Directiva en este extremo no aporta valor añadido, pues se trata de una cuestión que en este momento se encuentra dentro del ámbito doméstico estricto, bajo control de cada uno de los Estados Miembros (dentro de los límites, eso sí, del artículo 7, sobre las consecuencias de la suspensión de ejecuciones singulares, que veremos).

En lo que respecta a la solicitud y concesión de la medida, la Directiva otorga amplio margen a los Estados miembros, de modo que pueden prever que tenga lugar automáticamente o previa decisión de una autoridad judicial o administrativa. Por otro lado, la suspensión puede tener lugar como consecuencia de la solicitud de aplicación de medidas de reestructuración conforme a la Directiva. El principio procesal de congruencia exige que la autoridad judicial o administrativa no conceda una suspensión de ámbito distinto a la que hubiera sido efectivamente pedida por el solicitante de la medida.

Por lo que se refiere a los sujetos legitimados para instar las medidas contenidas en la Directiva, relativas a los marcos de reestructuración preventiva, se cita, en primer lugar, a los deudores (pudiendo excepcionar a aquellos que hubieran sido condenados por incumplimiento grave de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros con arreglo a la normativa nacional), pero sin que quede excluida la posibilidad de que pueda preverse que terceros distintos del deudor puedan instarlas, como acreedores o representantes de los trabajadores, a reserva incluso del consentimiento de los deudores. Ello supone una novedad relevante respecto al derecho actualmente vigente, que en todo caso reserva esta facultad al deudor, nunca a los acreedores ni a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, sí se establece a continuación una restricción a dicha facultad, por cuanto que respecto a las pymes sí pueden los Estados miembros exigir el consentimiento de los deudores para instar las medidas. Debe destacarse que se deja a los

Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones pueden hacer uso de esta facultad.

Como contrapartida a la concesión de la medida, se prevén también una serie de motivos que pueden introducir los Estados miembros a los efectos de justificar la denegación de la suspensión por la autoridad judicial o administrativa. Entre ellas, se encuentran las citadas supra, tales como la imposibilidad de pago de las deudas vencidas, un impago importante de deudas tributarias o de seguridad social, o cuando el deudor o los administradores sociales de la empresa hayan cometido delitos financieros que den motivos para suponer que una mayoría de los acreedores no apoyaría la apertura de las negociaciones[100].

Finalmente, el levantamiento de la suspensión ha de permitirse bajo determinadas circunstancias, precisamente para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y de los acreedores. El artículo 6.9 de la Directiva impone a los Estados Miembros que sea posible el levantamiento de la suspensión (cesando sus efectos) en cuatro supuestos, siendo dos obligatorios y dos opcionales. Las causas que según la Directiva habilitarían para el levantamiento de la suspensión son: que la suspensión no cumpla el objetivo de apoyar las negociaciones para la reestructuración; que lo solicite el deudor o el experto en materia de reestructuración; si uno o más acreedores o clases de acreedores pudieran verse injustificadamente perjudicados por la suspensión – en cuyo caso, podría alzarse únicamente respecto de esos concretos acreedores que se vean perjudicados; si la suspensión provoca la insolvencia de algún acreedor.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que los Estados Miembros puedan contemplar el levantamiento de la suspensión en "*situaciones en las que los acreedores no hayan tenido la oportunidad de ser oídos antes de que la suspensión haya entrado en vigor o antes de que la extensión se hubiera concedido*", se exige que se establezca expresamente la oportunidad de presentar alegaciones no sólo oralmente, sino también por escrito. La suspensión puede tener lugar de forma automática, sin que exista ningún tipo de discrecionalidad por parte de la autoridad judicial o administrativa; mientras que las prórrogas o extensiones exigen una decisión judicial o administrativa expresa. El resto de las modalidades de prórrogas o extensiones dependerá de la legislación de cada uno de los Estados Miembros en cuestión.

[100] Considerando 33.

En lo relativo a las razones para el levantamiento de la suspensión, como se ha visto, la Directiva incluye como tales, en primer lugar, que la suspensión no cumpla el objetivo de apoyar las negociaciones para la reestructuración. Esto tendrá lugar cuando un porcentaje significativo de acreedores se opongan a la suspensión, pudiendo computarse a estos efectos aquellos que pudieran evitar la adopción del plan de reestructuración. En estos casos parece que la suspensión no será útil, por cuanto que la finalidad de la misma es precisamente facilitar las negociaciones entre el deudor y los acreedores, de modo que, si esta circunstancia no se da, carece de sentido mantener la suspensión de ejecuciones porque el plan de reestructuración no va a poder aprobarse.

La segunda circunstancia es la petición del deudor o del experto en materia de reestructuración. Es cierto que ello concede un poder relevante al experto, de modo que serán los Estados Miembros los que estarán facultados para determinar las circunstancias bajo las cuales podrá el experto solicitar el levantamiento de la suspensión, teniendo en cuenta las facultades del experto, deberes y demás incentivos existentes en los marcos de reestructuración, así como los de los procedimientos formales de insolvencia subsiguientes en su caso tras el levantamiento de la suspensión.

En cuanto a la circunstancia de que uno o más acreedores o clases de acreedores pudieran verse injustificadamente perjudicados por la suspensión, se trata de un supuesto que debe ser analizado cuidadosamente por los Estados Miembros, dado que puede conferirles un poder extraordinario sobre determinados activos del deudor, partiendo de la base de que el levantamiento se produciría en estos casos solo respecto a esos acreedores individualmente considerados. Los factores que se deben tener en cuenta en estos casos por los Estados Miembros podrían ser los contemplados en el Considerando 36, a saber, si la suspensión hubiera de preservar el valor total del patrimonio, y si el deudor actúa de mala fe o con la intención de causar perjuicio o si, en general, actúa en contra de la confianza legítima de los acreedores. Se trata de una cláusula antiabuso, que ha de interpretarse a la luz del Considerando 37 de la Directiva: "*Un solo acreedor o una categoría de acreedores se verían injustamente perjudicados por la suspensión si, por ejemplo, sus créditos resultasen mucho más perjudicados como consecuencia de la suspensión que si la suspensión no se aplicara, o si el acreedor se encontrara en una situación de mayor desventaja frente a otros acreedores en una posición similar. Los Estados miembros deben poder prever que, cuando se haya constatado un perjuicio injusto respecto de uno o varios acreedores o una o varias categorías de acreedores, se*

pueda levantar la suspensión respecto de dichos acreedores y categorías de acreedores o respecto de todos los acreedores. Los Estados miembros deben poder decidir quién tiene derecho a solicitar el levantamiento de la suspensión." La primera mención parece claramente aplicable a los acreedores garantizados y es coherente con lo establecido en el artículo 6.4, por lo que los Estados Miembros han de poder aplicarlo de forma simétrica. El segundo supuesto, sin embargo, no resulta de fácil interpretación, quizá se refiera a algún tipo de abuso, o discriminación, por lo que la normativa de transposición deberá concretarlo de acuerdo con la interpretación que finalmente se acoja en cada Estado Miembro. En cuanto al supuesto en que la suspensión dé lugar a la insolvencia de un acreedor, es difícil imaginar que la mera aplicación de la Directiva produzca per se la insolvencia, pues la causa no sería en realidad la suspensión per se, sino, en su caso, el sobreseimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

También se prevé que los Estados miembros puedan limitar la facultad de alzar la suspensión de ejecuciones singulares a aquellos casos en que los acreedores no hubieran podido ser oídos antes de la entrada en vigor de la suspensión o antes de que la autoridad judicial o administrativa haya adoptado la decisión de prórroga de la suspensión. El artículo 6.9 aclara que los Estados miembros pueden prever un plazo mínimo que no supere el plazo indicado en el apartado 6, durante el cual no puede alzarse la suspensión de las ejecuciones singulares.

La cuestión del tratamiento del crédito público en sede de moratoria no aparece expresamente regulada en la Directiva. No se pronuncia específicamente, lo que plantea la interpretación que ha de hacerse respecto de este silencio normativo en torno a si deben (o no) quedar afectados por la suspensión. Si acudimos al precedente más inmediato de la Directiva, que es la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, vemos que en el considerando 18 se hace mención de la necesidad de que los Estados miembros contemplen en sus institutos preconcursales una suspensión de la ejecución de acciones individuales y del procedimiento de insolvencia cuando dicha iniciación haya tenido lugar a instancia de los acreedores, a los efectos de evitar que tales actuaciones ejecutivas puedan enturbiar (y perjudicar) las negociaciones, poniendo en riesgo la viabilidad del propio plan de reestructuración. Como cautela, únicamente se decía que debía garantizarse un justo equilibrio entre los derechos del deudor y los acreedores, de forma que tal suspensión habría de limitarse a un período no superior a los cuatro meses.

Si bien es verdad que en esta Recomendación no se hacía expresa referencia a la posible suspensión de la ejecución de los créditos de derecho público (singularmente, créditos tributarios y de Seguridad Social), el apartado 10 señalaba que los deudores deberían tener derecho a solicitar al órgano jurisdiccional la suspensión temporal de las acciones de ejecución individuales presentadas por los acreedores, "*incluidos los acreedores preferentes y con garantía, que podrían de otro modo ensombrecer las perspectivas del plan de reestructuración. La suspensión no debería interferir en la ejecución de los contratos en curso."* Por lo tanto, como no se contempló una exclusión expresa y se se precisó específicamente que habrían de incluirse los acreedores preferentes, podría razonablemente interpretarse que tales créditos debían quedar naturalmente afectados.

Por otro lado, el Considerando 14 de la Recomendación menciona los créditos tributarios, pero se limita a recoger una afirmación genérica, declarando que "*Las autoridades fiscales tienen también interés en un marco eficaz para la reestructuración de las empresas viables. Al aplicar la presente Recomendación, los Estados miembros deberían adoptar las medidas adecuadas para garantizar la recaudación y el cobro de los ingresos fiscales respetando los principios generales de equidad fiscal, y adoptar medidas eficaces en casos de fraude, evasión o abuso."* Esta aseveración no consagra una específica obligación a cargo de los Estados miembros para que los créditos públicos queden afectados por la moratoria. Se reconoce la plena compatibilidad de la reestructuración y la efectiva recaudación de créditos tributarios, como no podía ser de otra forma, dados los deberes específicos de recaudación que pesan sobre los Estados Miembros, sobre todo en materia de IVA.

De hecho, el legislador español, a la hora de aplicar esta Recomendación, a través del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, modificó el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 5 de julio, Concursal, permitiendo que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones pudiera suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, excluyendo expresamente de la suspensión, en todo caso, los procedimientos que tengan su origen en créditos de derecho público. Se decía que "*Se pretende de este modo que el artículo 5 bis fomente una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una*

precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes."[101] Por lo tanto, con dicha medida, el legislador español parecía considerar perfectamente compatible el objetivo de facilitar las negociaciones entre los acreedores y la exclusión de los créditos de derecho público.

Ello era coherente con la finalidad de la moratoria en nuestra normativa, pues había de servir para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos u obtener las adhesiones necesarias para propuesta anticipada de convenio. En el caso de los acuerdos de refinanciación, este planteamiento era compatible con el hecho de que únicamente podían suscribirse para afectar pasivo financiero, sin que sus efectos pudieran extenderse a créditos de derecho público, a tenor de la Disposición Adicional 4ª LC. Por otro lado, el artículo 231.5 LC decía precisamente que los créditos de derecho público tampoco podrían verse afectados por el acuerdo extrajudicial. En ambos casos, podía afirmarse que, si no iban a resultar afectados por tales acuerdos, en la medida en que la moratoria tenía carácter instrumental, carecería de sentido que pudiera quedar suspendida su ejecución ex lege. No sucedía lo mismo respecto al convenio de acreedores, en que, como es sabido, sí podía (y puede) quedar afectada la parte ordinaria del crédito público, aunque no la parte privilegiada.

Y, en este estado de cosas, observamos que la Directiva sigue la línea marcada por la Recomendación, en el sentido de considerar relevante la moratoria para el éxito de los planes de reestructuración, pero sin imponer en ningún momento que los créditos de derecho público deban quedar afectados por la suspensión, si bien, como veremos posteriormente, sí deja margen a los Estados miembros para afectar los créditos de derecho público en sede de los planes de reestructuración. Dada la instrumentalidad de la moratoria respecto del plan de reestructuración, parece que el Estado miembro en cuestión sí debería igualmente prever que se extendiera la moratoria a tales créditos, sin que la Directiva sea lo suficientemente explícita en este aspecto.

La Directiva no impone esta solución legislativa de forma clara como obligatoria para los Estados miembros por razón de que no puede modificar de forma imperativa el régimen de recaudación de los créditos tributarios y de Seguridad Social, dado que la base jurídica

[101] Ello ha sido catalogado por un sector de la doctrina como una "*manifestación más de la hiperprotección que el crédito de derecho público recibe no solo en sede concursal sino también preconcursal*". Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "*Preconcursalidad y Reestructuración Empresarial*", Ed. Wolters Kluwer, 2ª edición. Pág. 583.

de su aprobación no lo permite[102]. Esta conclusión es la que recoge igualmente el Fondo Monetario Internacional[103], al sostener que, si bien el procedimiento de reestructuración puede potencialmente afectar a la totalidad de los créditos, las opciones relativas a los créditos de derecho público deben ser cuidadosamente sopesadas. En este sentido, señala que la Directiva permite excluir la quita total o parcial de los créditos de derecho público que además ostenten carácter privilegiado con arreglo a su legislación nacional. Esta posición se explica, entre otras muchas razones, porque los acreedores de derecho público tienen escasa experiencia en las negociaciones informales con los deudores y otros acreedores. Y es que, si bien reconoce que esta opción permite que los Estados miembros regulen un procedimiento de reestructuración que cumpla con los requerimientos de la Directiva sin que ello suponga un conflicto con su derecho interno, ello, señala, puede restringir la funcionalidad del mecanismo de la reestructuración, sobre todo en aquellos casos en que los créditos públicos sean cuantiosos[104]. En definitiva, si bien la Directiva parece dejar margen para que los Estados miembros puedan excluir los créditos de derecho público de la suspensión en el caso de que tales créditos quedaran igualmente fuera del plan de reestructuración, en la práctica es cuestionable que tal régimen cumpla con las finalidades ambiciosas pretendidas por la Directiva, ya que los créditos públicos figuran como pasivo en la inmensa mayoría de los deudores.

En este marco, la Directiva prevé que los Estados miembros puedan establecer presunciones refutables de la existencia de motivos de denegación de la suspensión, citando a este respecto "*un impago importante con respecto a las administraciones tributarias o de seguridad social*"[105]. Por lo tanto, la propia Directiva admite que los Estados miembros puedan rechazar la moratoria, con carácter general, sobre la base de una presunción iuris tantum de que en tales supuestos el deudor ya no se encuentra en una

[102] La Directiva se adopta sobre la base de los artículos 53 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En concreto, el artículo 114 dispone que "1. *Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. 2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena (..)".* Como puede apreciarse, las cuestiones fiscales quedan expresamente excluidas, de modo que la Directiva no podría armonizar esta materia.

[103] Vid. IMF WORKING PAPER. "*Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive.*" By José Garrido, Chanda DeLong, Amira Rasekh and Anjum Rosha.
[104] Vid. Informe FMI en relación con España, sobre esta concreta cuestión.
[105] Vid. Considerando 33.

mera "*probabilidad de insolvencia*" (*likelihood of insolvency*) sino en insolvencia actual, de modo que, en puridad, más que acudir a una reestructuración, debería instar un procedimiento formal de insolvencia conforme a su derecho nacional[106].

5. Deber de solicitar el concurso y régimen de los executory contracts.

Una de las consecuencias de la suspensión de las ejecuciones singulares es la moratoria o suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso, en caso de que este deber figurase reconocido en la legislación nacional correspondiente (artículo 7 de la Directiva). En efecto, la Directiva contiene una regulación expresa tanto respecto a la interrupción del deber del deudor de solicitar la declaración de concurso durante el período de suspensión de las ejecuciones (artículo 7.1) como también la interrupción de la solicitud de declaración de concurso presentada por los acreedores durante el período de la suspensión (artículo 7.2). En este punto, se produjo una modificación respecto a la versión prelegislativa, que establecía la necesidad de que la suspensión fuese general para todos los acreedores, lo que fue suprimido en la versión final de la Directiva[107].

La moratoria admite la posible existencia de excepciones, pues el apartado 3 del artículo 7 a continuación habilita a los Estados miembros a establecer excepciones a los apartados 1 y 2 cuando un deudor sea incapaz de hacer frente al pago de sus deudas al vencimiento de estas. En ese caso, continúa declarando el precepto, los Estados miembros garantizarán

---

[106] Ello nos lleva a plantearnos cuál ha de ser el presupuesto objetivo de la reestructuración, si la mera probabilidad de insolvencia, o debe abarcar también la insolvencia actual y la inminente. Dejamos aquí simplemente apuntada la cuestión, que será analizada en otro lugar.

[107] Así queda reflejado en el Considerando 38 de la Directiva, en cuanto a los requisitos para la interrupción de la declaración de concurso solicitada por los acreedores: "*La suspensión de la apertura de un procedimiento de insolvencia a petición de los acreedores debe aplicarse no solo cuando los Estados miembros prevean una suspensión general de ejecuciones singulares que incluya a todos los acreedores, sino también cuando los Estados miembros establezcan la posibilidad de una suspensión de ejecuciones singulares que solo incluya un número de acreedores limitado. No obstante, los Estados miembros deben poder disponer que el procedimiento de insolvencia pueda iniciarse a instancia de autoridades públicas que no actúen en calidad de acreedores sino en interés general, como el ministerio fiscal."*

La regulación de la Propuesta había sido objeto de críticas en la doctrina, como GARCIMARTÍN, F. "La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II)", (Dic 11, 2016) en los siguientes términos: "*Desde luego, carece de razón la Propuesta de Directiva cuando condiciona la inadmisión de concursos necesarios a que la moratoria de las ejecuciones singulares haya sido aprobada "con alcance general abarcando a todos los acreedores" ("a general stay covering all creditors"). Esta regla penaliza al deudor más moderado. Quien sólo pide la moratoria frente a las ejecuciones singulares de ciertos acreedores, por ejemplo, porque haya alcanzado un standstill contractual con los demás, se ve expuesto a que le insten un concurso necesario durante la negociación del acuerdo de reestructuración. Es un punto que deberá corregirse durante la negociación del texto."* Vid. *https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal*

que una autoridad judicial o administrativa pueda decidir mantener el beneficio de la suspensión de ejecuciones singulares si, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la apertura de un procedimiento de insolvencia que pueda desembocar en la liquidación del deudor no obedeciera al interés general de los acreedores. En este punto, se ha planteado la problemática de la aplicación del sistema de excepciones del artículo 7.3 en nuestro sistema, pues muchos deudores, sobre todo Pymes, llegan al preconcurso ya con problemas de liquidez y la opción podría privarles de la posibilidad de saneamiento durante dicho período, perjudicando el interés general de los acreedores en un escenario de liquidación [108] . Ello podría suponer que el órgano jurisdiccional tendría que pronunciarse sobre el mantenimiento de la suspensión, a pesar de que se mantenga el supuesto de hecho que dio lugar a la interrupción del deber de solicitar la declaración de concurso, lo que supondría un mayor coste sin que pudiera verse alterado el resultado en comparación con el escenario de la excepción del artículo 7.3 de la Directiva.

De todos modos, la finalización del período de la suspensión sin que se haya llegado a un acuerdo sobre el plan de reestructuración no implica que automáticamente el deudor deba solicitar la declaración de concurso, pues esta consecuencia sólo tendrá lugar en el caso de que conforme a la legislación nacional se den los requisitos previstos para ello. Ello es trasunto, claro está, del carácter instrumental que hemos destacado de la institución de la suspensión de ejecuciones singulares respecto del plan de reestructuración, a la que se encuentra preordenado y dentro de la adquiere sentido, al objeto de coadyuvar al éxito de la propia reestructuración.

Por lo demás, resulta también relevantes las previsiones contenidas en la Directiva en los apartados 4 a 6 del artículo 7 de la Directiva, en cuanto que pretenden preservar los derechos de los titulares de los denominados "*executory contracts*" o "*contratos vigentes esenciales"*[109] (en la traducción de la Directiva), esto es, contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, dentro de los cuales cabe citar

[108] GÓMEZ ASENSIO, C.: "*Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*", p. 138.

[109] La Directiva en su artículo 2.1.5 contiene la definición de «*contrato vigente*», considerando como tal un "*contrato entre un deudor y uno o varios acreedores en virtud del cual las partes tienen todavía obligaciones que cumplir en el momento en que se acuerda o aplica la suspensión de las ejecuciones singulares".*

los proveedores o acreedores comerciales, por su importancia para el pasivo circulante de la empresa, como ha destacado la doctrina[110].

En este marco, se hace indispensable evitar el vencimiento anticipado de los contratos con acreedores por virtud de cláusulas ipso facto dispuestas a tal fin, para que el deudor pueda seguir su operativa habitual durante las negociaciones del plan de reestructuración, pues esa es la finalidad de la propia figura del "*debtor in possession*". De este modo, los acreedores no podrían hacer invocación de la mera suspensión o moratoria, o de la apertura de las negociaciones con los acreedores, para declarar el cese de los efectos de este tipo de contratos, que son esenciales para la continuidad del negocio y por tanto para la viabilidad de la propia reestructuración[111].

Por su parte, el apartado 4 del artículo 7 introduce como mandato dirigido a los Estados Miembros que, respecto de las deudas nacidas antes de la suspensión, únicamente por el

---

[110] Vid. THERY MARTÍ, A.: "*Los marcos de reestructuración preventiva en la propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 (y II)"* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 28/2018, Nº 28, 1 de ene. de 2018, Editorial Wolters Kluwer, pp. 17-18. Señala al respecto:

"La estructura operativa (la unidad productiva con sus financiadores del circulante) y la estructura de capital (los financiadores del capital fijo) funcionan pues como dos ruedas dentadas, en la que la primera —más cercana al eje— transmite el movimiento a la segunda: si la rueda motriz se para, porque sus beneficios operativos se han hecho más pequeños y son incapaces de seguir moviendo a la segunda, ambas corren el riesgo de colapso. Para evitar que la jibarizada rueda de la estructura operativa pueda perjudicarse debido al sobrevenido tamaño excesivo de la rueda de la estructura de capital, la Directiva articula: en primer lugar, un mecanismo para desembragar ambas ruedas (la moratoria, que naturalmente deberá afectar a los acreedores de la estructura de capital); y, en segundo lugar, un mecanismo para reducir el tamaño de la segunda rueda (el Plan que, de nuevo, deberá naturalmente afectar a los acreedores de la estructura de capital) al objeto de dimensionar su tamaño a la tracción que es capaz de ejercer la primera. Ambos mecanismos (moratoria y Plan), siempre que jueguen solo sobre los financiadores de la estructura de capital, permiten aislar a la rueda motriz y protegerla del temido estigma. El estigma no es otra cosa que sus proveedores, clientes, financiadores de circulante y otros operadores (acreedores públicos y laborales) perciban el peligro de que pueden resultar afectados por la reestructuración y dejen de apoyar a la sociedad. De ahí la importancia de su no afectación (cada vez que se deja de tratar como tal a una contraparte ejecutoria para pasar a tratarle como un acreedor concursal afecto, se incrementa el estigma asociado a todas las situaciones concursales por venir, creándose un círculo vicioso que afecta a la eficacia de las propias instituciones). No solo porque económicamente resulta contraproducente, sino también porque jurídicamente dicha afectación resulta contraria al tratamiento —absolutamente clave— que merecen los contratos ejecutorios que a su vez suelen titular las contrapartes que se relacionan a nivel operativo".

[111] Esta finalidad figura expresamente recogida en el Considerando 40 de la Directiva: "*Si se invocan estas cláusulas cuando el deudor esté solamente negociando un plan de reestructuración o pidiendo la suspensión de ejecuciones singulares o si se invocan en relación con cualquier acto relacionado con la suspensión, la resolución anticipada puede tener repercusiones negativas en la empresa del deudor y en el rescate satisfactorio de la empresa. Por lo tanto, en esos casos, es necesario disponer que los acreedores no puedan invocar ese tipo de cláusulas de vencimiento anticipado vinculadas a negociaciones sobre un plan de reestructuración o una suspensión o cualquier acto similar relacionado con la suspensión".* A este respecto, el Considerando 41 cita como ejemplos de contratos vigentes con obligaciones recíprocas los contratos de arrendamiento y de licencia, los contratos de suministro a largo plazo y los acuerdos de franquicia.

hecho de no haber sido liquidadas por el deudor, establezcan normas para impedir que los acreedores a los que se aplica la suspensión dejen en suspenso el cumplimiento de contratos vigentes esenciales, los resuelvan, aceleren o modifiquen, en detrimento del deudor. Aclara el precepto que se entenderá por contratos vigentes esenciales aquellos contratos vigentes que sean necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor. Ahora bien: ello no obstará a la posibilidad de que los Estados miembros reconozcan a dichos acreedores salvaguardias adecuadas con objeto de impedir que se les ocasione un perjuicio injusto[112] como consecuencia de lo dispuesto en dicho párrafo. Los Estados miembros podrán establecer que ello también se aplique a otros contratos vigentes no esenciales.

Además, el artículo 7.5 regula la ineficacia de las cláusulas ipso facto, mediante un mandato dirigido a los Estados miembros, los cuales deberán garantizar que no se permita a los acreedores dejar en suspenso el cumplimiento de contratos vigentes, resolverlos, acelerarlos o modificarlos de cualquier otra manera en detrimento del deudor, en virtud de una cláusula contractual que prevea tales medidas por el mero motivo de una solicitud de apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva, una solicitud de suspensión de las ejecuciones singulares, la apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva, o la propia concesión de una suspensión de las ejecuciones singulares[113]. Existe una estrecha conexión entre esta previsión y el deber que pesa sobre el deudor de satisfacer sus deudas durante el período de suspensión de las ejecuciones individuales; si bien, como se ha señalado con anterioridad, el incumplimiento del deber de cumplir los contratos no producirá efectos de naturaleza propiamente contractual, sino en sede del deber de solicitar la declaración de concurso por el deudor o por sus acreedores.

Finalmente, debe también destacarse como particularidad el régimen especial de los denominados acuerdos de compensación contractual ("*netting").* El artículo 7.6 establece que los Estados miembros podrán prever que la suspensión de las ejecuciones singulares no se aplique a los acuerdos de compensación contractual *(netting*), en particular, los acuerdos exigibles anticipadamente en los mercados financieros, de la energía y de las

[112] De acuerdo con el concepto que recoge el apartado anterior.
[113] El legislador español deberá, en consecuencia, introducir salvaguardias similares a las previstas para los contratos en sede concursal.

materias primas, incluso en circunstancias en las que no se aplique el artículo 31, apartado 1, si dichos acuerdos tienen carácter ejecutivo en virtud de la normativa nacional en materia de insolvencia. No obstante, la suspensión se aplicará a la ejecución por el acreedor de un crédito contra un deudor que resulte del cumplimiento de un acuerdo de compensación. Como excepción, esta previsión no se aplicará a contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para el funcionamiento de la empresa del deudor, a menos que tales contratos sean en forma de posición negociada en bolsa u otro mercado, de modo que pueda ser sustituido en cualquier momento a valor actual de mercado.

Finalmente, el apartado 7 del artículo 7 prevé como norma de cierre que los Estados miembros garantizarán que el vencimiento de la suspensión de ejecuciones singulares sin que se haya adoptado un plan de reestructuración no dé lugar, por sí mismo, a la apertura de un procedimiento de insolvencia que pueda desembocar en la liquidación del deudor, a menos que se cumplan los demás requisitos establecidos por la normativa nacional para dicha apertura. Esta previsión es coherente con lo ya expuesto, así como con las previsiones ya existentes en nuestro derecho, pues respecto a los acuerdos de refinanciación ya se establecía que el deudor, una vez finalizado el período de la suspensión de ejecuciones individuales, debía solicitar la declaración de concurso, salvo que "*no se encontrara en estado de insolvencia*" o "*no se encontrara en situación de insolvencia actual*" (artículo 5 bis5 LC y artículo 594 TRLC, respectivamente).

6. Planes de reestructuración: Contenido, aprobación y homologación.

El art. 2.2 de la Directiva entiende por reestructuración *« aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor, que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes del patrimonio de la empresa, y cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos.»*

La definición de reestructuración es por tanto muy amplia, y abarca tanto la reestructuración de pasivo como de activo, como conversiones de crédito en capital, para remediar situaciones típicas de sobreendeudamiento, lo que implica una dilución o exclusión de los socios preexistentes. La Directiva prevé la posibilidad de que el juez imponga a los socios disidentes este tipo de conversiones, lo que permite evitar conductas

oportunistas de los socios (riesgo de extorsión o *hold-out* accionarial); y permite una reasignación de los derechos de control de la sociedad. En este aspecto la Directiva supone un avance relevante en el ámbito de la Unión Europea a la hora de abordar los procedimientos de reestructuración. Respecto a los planes de reestructuración y nueva financiación, la Directiva se ha basado en la aplicación a los procedimientos híbridos de las mismas normas que se aplicarían a una reestructuración formal.

La adopción de un plan de reestructuración es el objetivo final del procedimiento preventivo de reestructuración que recoge la Directiva. Así, la Directiva procura proporcionar herramientas e incentivos que permitan identificar situaciones de "*distress*", y establecer normas y mecanismos que permitan a las empresas alcanzar una reestructuración sostenible. Lo que se pretende, en definitiva, es permitir una gran flexibilidad, por cuanto que su contenido no se va a limitar a una simple quita o a esperas, sino que también va a viabilizar cambios en la estructura del capital o la reestructuración de operaciones empresariales (relaciones contractuales o laborales, por ejemplo).

La iniciativa con carácter general para la presentación del plan corresponde al deudor, hasta el punto de que la Directiva exige que los Estados miembros garanticen que el deudor tenga derecho a presentar planes de reestructuración para su adopción por las partes afectadas. Además, los Estados miembros podrán prever que tanto acreedores como el experto en materia de reestructuración tengan derecho a presentar planes de reestructuración y en qué condiciones. Esta opción hace que el procedimiento se asemeje más a los procedimientos formales de reestructuración y suscita la cuestión de si es necesario el consentimiento del deudor. Si el deudor no está de acuerdo con el plan de reestructuración el procedimiento, obviamente, será más problemático y litigioso.

Otra cuestión es la relativa a las pequeñas y medianas empresas, en que va a ser difícil que tengan los conocimientos suficientes para poder elaborar y presentar un plan de reestructuración, razón por la que la Directiva prevé que los Estados miembros faciliten en línea una lista de comprobación completa para los planes de reestructuración adaptada a las necesidades de las pymes, incluyendo directrices prácticas sobre la manera de redactar el plan de reestructuración de conformidad con la normativa nacional.

Por lo que hace al contenido de los planes, la Directiva respeta el principio de flexibilidad, estableciendo una serie de requisitos mínimos (vid. artículo 8)[114]. Los Estados Miembros podrán incluir más requisitos en aras de lograr una mayor transparencia, si bien ha de tenerse en cuenta que, a mayor número, mayores dificultades surgirán a la hora de elaborar el plan, sobre todo en el caso de que se pretenda llevar a cabo sin asesoramiento profesional (caso de las pymes). A tal efecto, se impone a los Estados Miembros la obligación de publicar en Internet una lista de comprobación completa de los planes de reestructuración, poniéndolo a disposición de los deudores, incluyendo una serie de pautas de carácter práctico sobre la forma de redacción del plan, de acuerdo con la normativa nacional aplicable. Esta lista de comprobación (prevista especialmente para las Pymes) no es de utilización obligatoria para el deudor, sino meramente facultativa[115], la cual ha de estar redactada en la lengua oficial y cooficiales del Estado, si las hubiere, pudiendo los Estados Miembros facilitarla en, al menos, otra lengua "*utilizada en las transacciones comerciales internacionales".*

El contenido mínimo del plan de reestructuración figura desarrollado en los diferentes apartados del artículo 8.1 de la Directiva, siendo que los apartados a) y b) del precepto pueden considerarse como un "*written disclosure statement*" tácito[116], pues se ocupan de la descripción del deudor y su situación de insolvencia, con referencia a sus activos. Debe resaltarse, con todo, que el principio de flexibilidad que informa la regulación de la Directiva se manifiesta en que el deudor no puede ser compelido a presentar un informe pericial sobre el valor de los activos incluidos en el plan (Considerando 42).

Especialmente relevante es la mención contenida en el apartado c) del artículo 8.1, que se refiere a las "*partes afectadas"* y la facultad de determinación del perímetro de afectación que corresponde al deudor, de acuerdo con lo ya previsto en la Recomendación de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (apartados 16 y 20). Ello implica que el deudor podrá delimitar el perímetro

[114] Como apunta GÓMEZ ASENSIO, no se exige con carácter previo a su adopción la presentación de un *written disclosure statement*, a diferencia de lo que sucede en el Chapter 11 del US Code. Vid. GÓMEZ ASENSIO, C. "*La Directiva (UE) sobre Marcos de Reestructuración Preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español (…)"* p.142.

[115] La Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 de hecho en su artículo 8.2 hacía referencia a un "*modelo para los planes de reestructuración*", indicando en el actual artículo 8.3 que "*Las partes podrán optar por utilizar o no el modelo de plan de reestructuración".*

[116] Vid. GÓMEZ ASENSIO, C. *"La Directiva (UE) sobre Marcos de Reestructuración Preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español(..)"..* p.143.

de afectación, esto es, los acreedores que ostentarán el derecho de ejercitar el voto para adoptar el plan de reestructuración (artículo 9.2 de la Directiva), porque se van a ver afectados por las medidas previstas en el plan. Por el contrario, las partes no afectadas no participarán del proceso de adopción del plan de reestructuración, pero tampoco se van a ver afectadas por el mismo a tenor del artículo 15.2 de la Directiva. De este modo, se recoge la previsión expresa relativa a que el deudor pueda delimitar el pasivo afectado, lo que ha supuesto una toma de posición respecto a la discusión abierta en nuestro país en relación con los acuerdos de refinanciación[117].

Se ha recogido también la mención relativa la motivación de la viabilidad del plan, esto es, que se explicite por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan, lo que podrá requerirse que sea validado por un experto externo o por el propio experto en materia de reestructuración si ya estuviera nombrado.

Los marcos de reestructuración de la Directiva están concebidos para poder afectar a los socios del deudor y a sus acreedores financieros, que no sean contrapartes de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (los denominados "*executory contracts*"). De acuerdo con el apartado c) del artículo 8.1, siguiendo la línea marcada por la Recomendación de 12 de marzo 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (apartados 16 y 20). Así, de acuerdo con el artículo 2.1 (2) de la Directiva, son partes afectadas: "*Los acreedores, incluidos cuando proceda con arreglo a derecho nacional, los trabajadores, o categorías de acreedores, y, cuando proceda con arreglo a derecho nacional, los tenedores de participaciones cuyos créditos o intereses respectivamente se vean directamente afectados por un plan de reestructuración."*

[117] De ello da cuenta THERY MARTÍ, A.:" *Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)…"* op. Cit. P. 13. El autor considera que era posible con el marco legislativo de 2015 que el deudor delimitase el perímetro de afectación, indicando expresamente qué acreedores financieros concretos debían quedar afectados por el acuerdo de refinanciación. En tal caso, prosigue, los acreedores no afectados no debían ser tenidos en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo. Cita al efecto dos tipos de resoluciones judiciales: el caso Abengoa, en que el juzgado consideró que debían computarse para la determinación de las mayorías todos los pasivos financieros, incluyendo también los que hubiesen votado a favor; el caso FCC, el juzgado estimó lo contrario. En ambos casos, la decisión judicial permitió la aprobación de los respectivos acuerdos de refinanciación.

Existen, además, una serie de créditos que podrán ser excluidos o no afectados por los marcos de reestructuración preventiva (artículos 1.5 y 1.6):

- los créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales;

- las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, o

- créditos derivados de la responsabilidad extracontractual del deudor,

- derechos de pensión de jubilación ya devengados.

La primera cuestión que surge aquí es si deben considerarse como créditos afectados (al menos potencialmente) los créditos de derecho público. En este punto, resulta revelador el debate planteado al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (COM (2016) 723 final, 2016/0359 (COD) 22.11.2016), página 14, la cual contenía ya un apartado relativo a "*Normas en materia de ayudas estatales*" declarando expresamente que:

"*La propuesta no afecta a las normas en materia de ayudas estatales.*

Los acreedores públicos no renuncian a sus créditos y por lo tanto no puede considerarse como una ayuda estatal incompatible concedida a los deudores gracias a la mera participación en un plan de reestructuración a condición de que las medidas de reestructuración afecten a los acreedores públicos en las mismas condiciones que a los acreedores privados, y siempre que se comporten como operadores privados en una economía de mercado en una situación comparable.

La presente propuesta ha de entenderse también sin perjuicio de las normas sobre la recuperación íntegra de la ayuda estatal ilegal, tal y como se recoge en el asunto C-454/09 New Interline (apartado 36) y el asunto C-610/10, Magefesa (apartado 104)."

Dado que los créditos públicos no son mencionados como categoría que queda excluida, a priori parece que deberían poder afectados por el plan. Así se deduce también implícitamente del Considerando 44, cuando se refiere los acreedores públicos como categoría separada de créditos, indicando que "*Los Estados miembros también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social*".

La Directiva respeta el principio de que las partes afectadas tienen derecho de voto en el Plan. En coherencia con este principio, aquellos que no se vean afectados negativamente por el Plan (porque, por ejemplo, vayan a recibir el pago íntegro de su crédito) no tendrán derecho de voto. La Directiva también permite que los Estados Miembros excluyan a determinadas categorías de partes del derecho de voto (artículo 9.3):

- los tenedores de participaciones;

- los acreedores cuyos créditos sean de rango inferior al de los créditos de los acreedores ordinarios sin garantía en el orden normal de prelación en una liquidación, o

- cualquier persona relacionada con el deudor o la empresa del deudor que presente un conflicto de intereses con arreglo a la normativa nacional.

La Directiva, como hemos indicado, permite no afectar a todos los créditos integrantes de su ámbito subjetivo potencial, sino solamente al perímetro de estos que resulte necesario afectar en función de las características de cada moratoria (vid. art. 6.2) y también de cada Plan.

En todo caso, se basa en la premisa general de que los acreedores han de ser divididos en clases y ostentar derechos de voto de forma separada. Como mínimo, los créditos garantizados y no garantizados han de ser separados en diferentes clases. Sin embargo, la clasificación en función del valor de la garantía es una opción en la Directiva. Los trabajadores pueden tener una categoría separada si el Estado Miembro así lo considera oportuno. Tal división en clases tiene por objeto la protección de los intereses de cada una de las clases, que han de representar una "*comunidad de intereses*". Este concepto, determinante de la formación de clases ("*class formation")* se define en el artículo 9.4 de la Directiva, en los siguientes términos: "*deberá atenderse a que cada una de las categorías reflejen una comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables, con arreglo a la normativa nacional. Como mínimo, los acreedores de los créditos garantizados y no garantizados deberán ser tratados como categorías separadas a efectos de adoptar un plan de reestructuración."* Continúa señalando que "*los Estados Miembros establecerán medidas adecuadas para garantizar que la clasificación en categorías se realiza de modo que tenga particularmente en cuenta la protección de los acreedores vulnerables, como los pequeños proveedores".*

El fundamento de tal premisa es que, en caso contrario, podría suceder que se impusiera un acuerdo adoptado por la mayoría cuantitativa, eliminando los intereses de pequeños acreedores. Es verdad que la división en clases introduce un elemento de complejidad, pero es necesario para garantizar la protección de intereses heterogéneos, presentes en los créditos garantizados, privilegiados y no garantizados. En esta dirección, el Considerando 44 de la Directiva resulta particularmente ilustrativo en cuanto a las directrices que establece para la conformación de las clases: "*Como mínimo, los acreedores con y sin garantía deben ser tratados como categorías diferentes. Sin embargo, los Estados miembros deben poder exigir que se formen más de dos categorías de acreedores, en particular categorías diferentes de acreedores con y sin garantía y categorías de acreedores con créditos subordinados. Los Estados miembros también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social. Los Estados miembros deben poder disponer que los créditos garantizados puedan dividirse en partes garantizadas y no garantizadas sobre la base de la valoración de las garantías. Asimismo, los Estados miembros deben poder establecer normas específicas que faciliten la clasificación en diferentes categorías cuando los acreedores no diversificados o especialmente vulnerables, como los trabajadores o pequeños proveedores, puedan disfrutar de esa clasificación por categorías."*

De lo expuesto se colige que la Directiva exige claramente que haya al menos dos clases de forma imperativa: acreedores garantizados y no garantizados. Además, cita específicamente como "*clase separada"* los créditos titulados por las administraciones tributarias y de seguridad social, en base precisamente a la existencia de una comunidad de intereses entre ellos. Junto a estas previsiones, destaca también la posibilidad de que los créditos titulados por los trabajadores puedan integrar una clase separada (siempre, claro está, que no hubiesen sido excluidos del perímetro de afectación) así como los deudores que tengan la condición de pymes[118].

Si se quiere que el mecanismo sea realmente eficaz, es imprescindible que exista una suficiente comunidad de intereses. La Directiva permite la formación separada de clases

[118] Con todo, debe reseñarse que el Considerando 45 de la Directiva prevé que "*Los Estados miembros deben poder disponer que los deudores que sean pymes puedan, habida cuenta de la estructura relativamente sencilla de su capital, quedar exentos de la obligación de tratar a las partes afectadas en categorías separadas. En los casos en que las pymes hayan optado por crear solo una categoría de voto y esa categoría vote en contra del plan, los deudores deben poder presentar otro plan, en consonancia con los principios generales de la presente Directiva."*

incluso cuando los acreedores pertenecen a la misma categoría, si bien no impone la Directiva que se realice en base a clasificaciones legales preestablecidas (sin que esta opción quede tampoco descartada en la Directiva). En principio, la agrupación se podrá basar en los derechos e intereses preexistentes de los acreedores, pactos entre ellos, así como el tratamiento que los créditos que titulen puedan recibir en virtud del plan de reestructuración[119]. La clasificación de acreedores por categorías puede ser revisada de oficio por el órgano jurisdiccional cuando se tramite la solicitud de confirmación del plan de reestructuración de conformidad con el artículo 9.5 en relación con el artículo 10.1 de la Directiva, que garantizan la vigencia de los principios de igualdad y proporcionalidad. Por otro lado, es verdad que el deudor puede intentar manipular el sistema mediante la formación de clases que incrementen las posibilidades de un voto favorable, si bien la Directiva permite también el establecimiento de mecanismos de control sobre la formación de las clases. Así, se dispone que la autoridad judicial o administrativa debe examinar la clasificación por categorías, en particular la selección de acreedores afectados por el plan, cuando un plan de reestructuración se presenta para su confirmación. Ahora bien, los Estados miembros deben poder establecer que dichas autoridades judiciales o administrativas también puedan examinar la clasificación por categorías en una fase anterior si el proponente del plan busca de antemano la validación u orientación (Considerando 46).

Una cuestión también relevante en este punto es la relativa a la exclusión de los "*tenedores de participaciones"* de las disposiciones relativas a la aprobación del plan de reestructuración, conforme al artículo 12 de la Directiva. Los Estados Miembros, a tenor de dicho precepto, deben garantizar que no se permita a los tenedores de participaciones

[119] Así lo ha defendido en nuestra doctrina DE CÁRDENAS SMITH, C. "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana y su transposición al derecho español", Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, Nº. 29, 2018. p. 230: "*Si bien la adopción en España de un sistema de clasificación de los acreedores parece que va a ser inevitable, debe advertirse que dista de ser la panacea universal. En primer lugar, porque la experiencia inglesa demuestra que la correcta formación de clases (class formation) es el aspecto que más litigios genera en este tipo de procedimientos; y, en segundo lugar, porque en un sistema como el español existirá la tentación de identificar automáticamente el concepto de clase con las previstas en el artículo 89 LC (que regula las clases de créditos)."* Esta ha sido precisamente la opción acogida por el legislador español en la transposición de la Directiva. Y, efectivamente, se trata de la cuestión que más litigiosidad ha generado, al menos en las primeras sentencias que se han ocupado de los planes de reestructuración (Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de abril de 2023, caso *Xeldist).*

"*impedir u obstaculizar injustificadamente*" la adopción, confirmación o ejecución del plan de reestructuración (el denominado "*holdout accionarial*"). Así, el artículo 12 prevé que los Estados miembros puedan adaptar el alcance del concepto de *«impedir u obstaculizar injustificadamente»*, a fin de tener en cuenta, entre otros factores: si el deudor es una pyme o una gran empresa; si las medidas de reestructuración propuestas afectan a los derechos de los tenedores de participaciones; el tipo de tenedores de participaciones; si el deudor es una persona física o una persona jurídica; o si los socios de una sociedad tienen responsabilidad limitada o ilimitada. Entre otras medidas, se prevé que la autoridad judicial o administrativa pueda confirmar el plan de reestructuración mediante la aplicación de las normas del arrastre (el denominado cram down), a pesar de la oposición de una o más categorías de tenedores de participaciones[120]. A ello se añade también la privación del derecho de voto del plan de reestructuración, establecida en el artículo 9.3 de la Directiva.

La explicación de este tipo de medidas es que los socios, en la estratificación de los acreedores, conforman la categoría más junior o de menor rango, de modo que únicamente son titulares de un derecho residual a la cuota de liquidación de la empresa, constituyendo una clase *out of the money*. Los socios se encuentran por debajo de la denominada "*clase fulcro"* o "*clase en la que rompe el valor*", esto es, se trata de la categoría de acreedores que no se ve compensada plenamente por el importe nominal de su crédito[121]. Por ello, los socios no van a tener interés en apoyar, como es lógico, un plan de reestructuración que disminuya su cuota residual en favor de la clase fulcro, por lo que su conformación como clase independiente y la posibilidad del arrastre permite su

[120] A ello se refiere el Considerando 57 de la Directiva: "*Los Estados miembros que excluyan a los tenedores de participaciones de las votaciones no deben estar obligados a aplicar la regla de prelación absoluta en la relación entre acreedores y tenedores de participaciones. Otro método posible de garantizar que los tenedores de participaciones no impidan injustificadamente la adopción de planes de reestructuración sería garantizando que las medidas de reestructuración que afecten directamente a los derechos de los tenedores de participaciones y que necesitan la aprobación de la junta general de accionistas con arreglo al Derecho societario no estén sometidas a requisitos de mayorías injustificadamente altas y que los tenedores de participaciones no tengan competencias en términos de las medidas de reestructuración que no afecten directamente a sus derechos."*

[121] Vid. Sobre la clase fulcro, THERY MARTÍ, A.: "*Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)…"*, ob. Cit. Pp. 16-18."*En efecto, salvo que exista un Plan consensual en el que todas las clases se pongan de acuerdo en la distribución del nuevo capital post-reestructuración, dicho capital debería ser asignado en exclusiva (como así ocurre en el US Chapter 11) a la clase) también denominada en EEUU "fulcrum security" en la que "rompa el valor" y evoca la clase que separa las que están dentro y las que están fuera del dinero). La clase en la que rompe el valor por definición no recibe a través del Plan una compensación plena por un importe equivalente al del nominal de su crédito (es decir, este último es superior al valor presente de los nuevos instrumentos de deuda que recibe conforme al Plan)."*

sometimiento al plan, reduciendo el riesgo del *holdout accionarial* (vid. Considerando 57).

Dentro del contenido del plan, es necesario incluir, cuando hubiera sido nombrado, el experto en materia de reestructuración. Asimismo, también deberán preverse las medidas de reestructuración que se van a adoptar sobre la deuda: quitas, esperas, conversiones y capitalizaciones de deuda, así como derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, consecuencias del plan de reestructuración para el empleo; flujos financieros estimados del deudor, si lo prevé la normativa nacional, y la nueva financiación en el marco del plan de reestructuración.

Dentro del contenido del plan de reestructuración también se han de exponer "*los motivos por los cuales es necesario aplicar dicho plan",* junto al requisito relativo a una "*exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan*". Este elemento es crucial, pues debe explicitarse en qué medida el plan es necesario para evitar la insolvencia, preservando la continuidad de la actividad, con una finalidad conservativa y no liquidativa (sin descartar la transmisión del negocio, siempre y cuando cumpla dicha finalidad conservativa). La Directiva no contiene una definición de lo que ha de considerarse como "*viabilidad empresarial",* de modo que parece que ha de realizarse un análisis probabilístico, debiendo optar por la liquidación en caso de que no concurra el elemento de la viabilidad[122].

El elemento, con todo, más novedoso es la formación de clases, a cuyo efecto el sistema ha de permitir una revisión judicial de tal clasificación, siendo la homologación necesaria en caso de que el plan conlleve un efecto arrastre de acreedores disidentes, prevea la protección de la nueva financiación o implique una pérdida de más del 25% del personal. Esta revisión judicial es posible preverla incluso antes de la presentación de la solicitud de confirmación del plan de reestructuración. En relación con ello, se impone además a los Estados Miembros la obligación de garantizar que se dé un trato adecuado a cuestiones

[122] Vid. THERY MARTÍ, A.: "Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)…", op.cit. p. 8. "*Elementos complementarios cruciales en este contexto son, en primer lugar, permitir la reestructuración más fácil de las empresas, y por tanto, volver a la viabilidad financiera más rápidamente y pagar sus deudas, y, en segundo lugar, asegurar que los bancos pueden recuperar los bienes cuando el deudor tenga pocas probabilidades de volver a ser viable*". La Directiva parece reservar la liquidación para las empresas que tengan, por tanto, pocas posibilidades de ser viables, sin exigir una inviabilidad absoluta.

de especial importancia en la clasificación por categorías, tales como los créditos de partes relacionadas, y que las normativas nacionales contengan disposiciones que traten los créditos contingentes y los créditos impugnados (vid. Considerando 46).

En lo atinente a la adopción del plan de reestructuración, el artículo 9.1 de la Directiva legitima al deudor a la presentación del plan en todo caso, habilitando a los Estados Miembros a que puedan establecer que el experto en materia de reestructuración y los acreedores tengan derecho a presentar planes de reestructuración y en qué condiciones.

El plan ha de delimitar el perímetro de afectación, siendo las partes afectadas los únicos legitimados para ejercitar el derecho de voto sobre la adopción del plan (artículo 9.2). Los Estados Miembros pueden establecer que el derecho de voto pueda no ser ejercido por los sujetos a que se refiere el artículo 9.3 de la Directiva, esto es: los tenedores de participaciones; los acreedores cuyos créditos sean de rango inferior al de los créditos de los acreedores ordinarios sin garantía en el orden normal de prelación en una liquidación, o c) cualquier persona relacionada con el deudor o la empresa del deudor que presente un conflicto de intereses con arreglo a la normativa nacional.

De conformidad con los apartados 6 y 7 del artículo 9, se exige que concurra, en cada categoría de acreedores, una mayoría del importe de los créditos o intereses. La Directiva permite a los Estados Miembros exigir una doble mayoría de créditos y partes, pero no lo impone. Por lo tanto, la Directiva establece como obligatorio un criterio cuantitativo, no nominal, lo que implica una separarse de la regulación contenida en el *Chapter 11 del US Code*[123].

El voto dentro de cada clase puede estar sujeto a unos requisitos concretos de quórum y mayorías. La Directiva establece que la mayoría exigida no puede ser mayor de un 75%, que es la mayoría más reforzada exigida en la mayor parte de los ordenamientos en materia de insolvencia. De hecho, en algunos países, la ley establece diferentes mayorías en función del contenido de los planes.

Adicionalmente la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados Miembros puedan además prever que, en cada categoría, se deba alcanzar una mayoría del número de partes afectadas (artículo 9.6). Tal requisito tiene por objeto evitar el abuso del poder decisorio de acreedores con un crédito cuantitativamente superior. Ello, sin embargo,

[123] GÓMEZ ASENSIO, C.: *"Los acuerdos de reestructuración…".* Op.cit. p. 152.

puede abrir la puerta a un posible *forum shopping*, pues es posible que se prefiera acudir a jurisdicciones donde no se exijan umbrales de participación para la votación y donde se necesite un menor importe de créditos para obtener la mayoría necesaria para la adopción del plan de reestructuración[124].

De acuerdo con el artículo 9.7, los Estados Miembros "*podrán prever que un voto formal sobre la adopción de un plan de reestructuración pueda ser sustituido por un acuerdo obtenido con la mayoría exigida"*. Esta previsión debe interpretarse a la luz de lo que establecía el artículo 9.5 de la versión prelegislativa de la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016: "*Los Estados Miembros podrán prever que el voto sobre la adopción del plan de reestructuración tenga la forma de una consulta y un acuerdo de la mayoría necesaria de las partes afectadas en cada categoría."* En consecuencia, podría articularse el voto mediante una previa consulta formal seguida de un acuerdo obtenido con la mayoría exigida.

Con la formación de distintas clases de acreedores a los efectos de la votación del plan se pretende garantizar que derechos sustancialmente similares reciban el mismo trato, además de evitar que la aprobación del acuerdo perjudique injustamente los derechos de los acreedores, lo que no estaba previsto en los acuerdos de refinanciación. A pesar de que la clasificación de los acreedores sólo se examina posteriormente en el trámite de la confirmación del acuerdo, se permite a los Estados miembros adelantar en el tiempo este control a los efectos de facilitar que el proponente del plan obtenga la orientación o confirmación necesarias.

La Directiva establece un régimen de confirmación del plan de reestructuración por un órgano judicial o administrativo, distinguiendo dos categorías: en el artículo 10 se contemplan los planes de reestructuración consensuados ("*consensual plans*") y el artículo 11 los no consensuados ("*non-consensual plans or cramdown plans*"). La motivación de la confirmación judicial o administrativa la expone la propia Directiva, al indicar que *"es necesaria la confirmación del plan de reestructuración por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa para garantizar que la reducción de los derechos de los acreedores y de los tenedores de participaciones sea proporcional a las ventajas de la reestructuración y que tengan acceso a la tutela judicial efectiva".*

[124] GÓMEZ ASENSIO, C.: "*Los acuerdos de reestructuración…*". Op.cit. p. 153.

El mecanismo que facilita la adopción de los planes en un contexto de clases es el *cross-class cram-down*, que ha sido traducido como "*Reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías".* Tal mecanismo opera como un incentivo para la aprobación del plan, dado que cuando el plan no hubiera sido aprobado por las partes afectadas (artículo 9.6), en todas las categorías de voto podrá ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa a propuesta de un deudor o con el consentimiento del deudor y convertirse en vinculante para las categorías de voto disidentes cuando el plan de reestructuración cumpla, como mínimo, las condiciones a que hace referencia el artículo 11.1 de la Directiva. Esto supone que la normativa nacional, en definitiva, ha de establecer la posibilidad de que el plan sea aprobado cuando concurran determinadas mayorías, para garantizar que una minoría de las partes afectadas en cada categoría no pueda obstaculizar la adopción de un plan de reestructuración que no supone una reducción injustificada de sus derechos e intereses.

Tratándose de los planes de reestructuración consensuados, el plan ha sido aprobado por todas las clases de acreedores afectadas, pero no por todos los acreedores dentro de cada clase. El artículo 10.1 de la Directiva regula los requisitos para que se puedan extender los efectos del plan a acreedores disidentes dentro de la misma clase, lo que se denomina "*arrastre horizontal*" o *intra-class cramdown*. La Directiva enumera los planes necesariamente han de ser sometidos a confirmación judicial o administrativa para que puedan extenderse los efectos a las partes afectadas: los planes de reestructuración que afecten a los créditos o los intereses de las partes afectadas disidentes; los planes de reestructuración que prevean una nueva financiación; los planes de reestructuración que impliquen la pérdida de más del 25% del personal si la normativa nacional lo permitiese[125]. En todo caso, contiene la salvaguarda de que los Estados miembros velarán por que las autoridades judiciales o administrativas puedan negarse a confirmar un plan de reestructuración cuando dicho plan no ofrezca ninguna perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa.

La extensión de efectos a las partes disidentes exige, por su parte, el cumplimiento de una serie de requisitos con carácter obligatorio, según el artículo 10.2 de la Directiva: el plan de reestructuración se haya adoptado de conformidad con el artículo 9; los acreedores con

[125] Todo ello sin perjuicio de que la normativa nacional pueda prever que se sometan a confirmación judicial otros planes de reestructuración distintos de los previstos en el artículo 9.1 de la Directiva, para que sean vinculantes para las partes afectadas, como previene el Considerando 48.

una comunidad de intereses suficiente en la misma categoría sean tratados por igual y de manera proporcionada a su crédito; el plan de reestructuración se haya notificado de conformidad con la normativa nacional a todas las partes afectadas; cuando haya acreedores disidentes, el plan de reestructuración supere la prueba del interés superior de los acreedores; en su caso, toda nueva financiación sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración y no perjudique injustamente los intereses de los acreedores; toda nueva financiación sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración y no perjudique injustamente los intereses de los acreedores; y, de forma potestativa, los Estados Miembros podrán añadir un requisito adicional[126] : que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa. Por su parte, la adopción del plan de reestructuración de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 se refiere a la conformación de las mayorías ya analizadas.

En segundo lugar, en cuanto al requisito relativo a la garantía del trato igual y proporcionado entre acreedores dentro de una misma categoría (el principio de paridad de trato), la Directiva permite efectuar un control sobre la formación de clases, el cual puede llevarse a cabo tanto en el momento de la presentación de la solicitud de confirmación del plan como incluso en un momento anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.5. De este modo, el control judicial hace posible el cumplimiento de este requisito de igualdad y proporcionalidad entre acreedores que están incluidos dentro de la misma categoría.

Por lo que se refiere al requisito relativo a la notificación a cada uno de los acreedores que van a resultar afectados por el plan de reestructuración, cabe indicar que es una exigencia elemental que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, otorgándoles la posibilidad de impugnarlo por los cauces establecidos legalmente. En este punto, la Directiva deja margen a los Estados Miembros para determinar la forma y el momento en que ha de tener lugar la notificación, así como el tratamiento de créditos desconocidos a

[126] La Directiva permite a los Estados Miembros añadir requisitos adicionales a los previstos en el artículo 10.2, de conformidad con el Considerando 50: "*Aunque, a fin de evitar realizar una valoración en cada caso, el cumplimiento de la prueba del interés superior de los acreedores debe ser examinado por la autoridad judicial o administrativa únicamente si el plan de reestructuración es impugnado por ese motivo, los Estados miembros deben poder establecer que otras condiciones para la confirmación puedan examinarse de oficio. Los Estados miembros deben poder añadir otras condiciones de obligado cumplimiento para confirmar un plan de reestructuración, por ejemplo, que los tenedores de participaciones estén convenientemente protegidos. Las autoridades judiciales o administrativas deben poder negarse a confirmar planes de reestructuración que no presenten perspectivas razonables de evitar la insolvencia del deudor o garantizar la viabilidad de la empresa. No obstante, no procede obligar a los Estados miembros a garantizar que esta evaluación se realice de oficio.*"

efectos de las notificaciones, pudiendo también disponer que las partes no afectadas sean informadas del plan de reestructuración (Considerando 51).

El sistema establecido en la Directiva incorpora no solamente la aprobación de los planes por clases, sino también dos tipos de salvaguardas propias de los modernos marcos de reestructuración y que provienen del derecho norteamericano, que son el *best interest creditor´s test* (traducido como "*la prueba del interés superior de los acreedores*", en puridad "*la prueba del mejor interés de los acreedores*") y la *absolute priority rule* ("*la regla de la prioridad absoluta").*

La prueba del mejor interés de los acreedores constituye una salvaguarda que se aplica a todo acreedor, y proclama que ningún acreedor reciba menos, bajo el plan de reestructuración, de lo que recibiría en un escenario de liquidación del patrimonio del deudor. Esta premisa es crucial, y se encuentra imbricada en el tradicional derecho de insolvencias (el denominado *Best Interest of Creditors Test*, previsto en el parágrafo 1129 del *US Code*) representando una protección fundamental frente a la expropiación de los derechos del acreedor.

En la Directiva se define en el artículo 2.1 apartado 6) en base a dos criterios alternativos. La prueba se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración.

La prueba del mejor interés de los acreedores, como es sabido, plantea una problemática específica y compleja, cual es la determinación de la cuota hipotética de liquidación, así como la cuota hipotética de recuperación en el caso de "*la mejor solución alternativa*", como recoge la Directiva en el precepto anteriormente citado[127]. En concreto, se parte de la premisa de que la reestructuración constituye una mejor alternativa que la liquidación porque el deudor presenta un valor de reestructuración superior como "*empresa en*

[127] Vid. Sobre esta cuestión, ampliamente, FLORES SEGURA, M.: "*La prueba del interés superior de los acreedores",* Revista de Derecho Mercantil, núm. 318, Octubre-Diciembre 2020. Ed. Civitas; y PULGAR EZQUERRA, J.: "*Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores".* Revista de derecho mercantil, Nº 323, 2022.

funcionamiento" al valor de liquidación. De este modo, se llega a la "*prima de reestructuración"* o *going concern surplus,* que es el valor objeto de distribución entre los acreedores mediante el plan de reestructuración.

Pues bien: la complejidad deriva del hecho de que la aplicación de la prueba exige la fijación del valor de la empresa, pero en el ámbito del concurso, teniendo en cuenta que la liquidación puede hacerse bien de forma unitaria, o través de la venta de cada uno de los elementos que la componen ("*piecemeal liquidation*"). Especialmente complicada se presenta tal valoración si se realiza en el contexto de "*la mejor solución alternativa"* al concurso, en cuyo ámbito se incluiría, parece, la aprobación de un convenio de acreedores[128]. Aquí entran en juego factores adicionales, como la valoración del posible contenido del convenio (quitas, esperas, etc), así como una estimación de la probabilidad de su cumplimiento[129]. Pero, sobre todo, hay un elemento que ha de tenerse muy cuenta, cual es el rango concursal del acreedor, a los efectos de determinar la cuota de liquidación/mejor solución alternativa al concurso, pues es obvio que las expectativas de cobro son muy diferentes en función del carácter privilegiado, ordinario o subordinado del crédito en cuestión. Este elemento de comparación, en lo que hace a la posición del crédito de derecho público, se recoge en el Considerando 52 de la Directiva, al declarar que: "*Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados Miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores".* Esta previsión abre la posibilidad de que los Estados miembros declaren que las quitas no resultarán de aplicación a los acreedores de derecho público, de forma total o parcial, lo que presenta perfiles específicos en nuestro derecho al haber hecho uso de esta posibilidad en la norma de transposición.

El examen de la concurrencia de este requisito se realiza ex post, esto es, en fase de impugnación del plan una vez ya homologado, habitualmente cuestionando al mismo tiempo la valoración del deudor como empresa en funcionamiento. Sobre ello, se pronuncia el Considerando 63 de la Directiva, declarando que las autoridades judiciales

[128] PULGAR EZQUERRA, J.:" *Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023",* Diario La Ley, núm. 10039 (2019), versión digital. Pág. 4.

[129] FLORES SEGURA, M: "*La prueba del interés superior de los acreedores*", Revista de Derecho Mercantil, núm. 318, Octubre-Diciembre 2020. Ed. Civitas. Pág. 192.

o administrativas deben decidir únicamente sobre la valoración de una empresa -ya sea en liquidación o en el mejor escenario alternativo, en caso de no confirmarse el plan de reestructuración-, si una parte afectada disidente impugnase el plan de reestructuración. Sin embargo, ello no debe impedir que los Estados miembros lleven a cabo valoraciones en otro contexto con arreglo a la normativa nacional, si bien una decisión de este tipo también debe poder consistir en la aprobación de una valoración por parte de un perito o de una valoración presentada por el deudor u otra parte en una fase anterior del procedimiento. En caso de que se decida efectuar una valoración, la Directiva dispone que los Estados miembros deben poder establecer normas específicas, diferentes del Derecho procesal civil general, para las valoraciones en casos de reestructuración, con miras a garantizar que se lleven a cabo con celeridad. Se especifica además que ninguna disposición de la Directiva debe afectar a las normas en materia de carga de la prueba con arreglo a la normativa nacional.

La impugnación se llevará a efecto mediante el correspondiente recurso, de conformidad con el artículo 16, el cual se ha de presentar ante una autoridad judicial superior o bien ante una autoridad judicial si la decisión de homologación proviene de una autoridad administrativa. La Directiva exige el carácter no suspensivo del recurso para la ejecución del plan de reestructuración. Como excepción a dicha regla general, los Estados miembros podrán establecer que las autoridades judiciales puedan suspender la ejecución de un plan de reestructuración, o partes de éste, cuando sea necesario y apropiado para garantizar los intereses de una parte. Además, los Estados miembros velarán por que, cuando se estime un recurso de conformidad con el apartado 3, la autoridad judicial pueda dejar sin efecto el plan de reestructuración, o confirmar el plan de reestructuración, con enmiendas cuando así lo disponga la normativa nacional, o sin enmiendas. Los Estados miembros también podrán prever que, cuando se confirme un plan en los términos citados se otorgue una indemnización a cualquier parte que haya sufrido pérdidas financieras y cuyo recurso haya sido estimado. Asimismo, también se ha intentado reducir la litigiosidad en materia de valoración, por cuanto que se obliga a los Estados miembros a garantizar que, a efectos de la toma de decisión relativa a una valoración la autoridad judicial o administrativa, pueda designar u oír a expertos debidamente cualificados.

La Directiva también se ocupa de los planes de reestructuración no consensuados, esto es, cuando el plan no ha sido aprobado por todas las clases de acreedores, siendo ésta la novedad más relevante introducida por la Directiva, la cual va a permitir el arrastre (*cross*

class cramdown) de clases enteras, permitiendo un arrastre no solamente horizontal sino también vertical.

La solicitud de confirmación judicial puede ser presentada por el deudor, un acreedor con el consentimiento del deudor[130], lo que podrá aplicarse solamente a los casos en que el deudor sea una Pyme (artículo 11.1). En este sentido, la Directiva prescribe que la solicitud de confirmación judicial debe cumplir los siguientes requisitos, de forma obligatoria: la totalidad de los requisitos para la confirmación judicial de los planes consensuales; que haya sido aprobado por una mayoría de las categorías de voto de las partes afectadas, siempre que al menos una de esas categorías sea una categoría de acreedores garantizados o de rango superior a la categoría de los acreedores ordinarios no garantizados, o, de no ser así, al menos una de las categorías de voto de las partes afectadas o, cuando así lo disponga la normativa nacional, los perjudicados, que no sean una categoría de tenedores de participaciones o de cualquier otra categoría que, a raíz de la valoración del deudor como empresa en funcionamiento, no recibiría ningún pago ni conservaría ningún interés o, cuando así lo disponga la normativa nacional, de la que cabría razonablemente suponer que no recibe ningún pago ni conserva ningún interés, si se aplicase el orden normal de prelación de conformidad con la normativa nacional; que garantice que las categorías de voto disidentes de los acreedores afectados reciban un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango y más favorable que el de cualquier categoría de rango inferior (regla de la prioridad absoluta, conformando el *fairness test* o test de equidad del Chapter 11 del *US Code*)[131],

[130] Vid. Considerando 53 de la Directiva: "*Si bien el plan de reestructuración debe adoptarse siempre si la mayoría requerida en cada categoría afectada lo apoya, sin embargo, el plan de reestructuración que no cuente con el apoyo de la mayoría necesaria en cada categoría afectada debe poder ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa a propuesta del deudor o con el consentimiento del deudor. En el caso de las personas jurídicas, los Estados miembros deben poder decidir si, a efectos de la adopción o confirmación del plan de reestructuración, debe considerarse que el deudor ha de ser considerado como el consejo de administración de la persona jurídica o una determinada mayoría de socios o tenedores de participaciones. En caso de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, para que el plan sea confirmado debe ser apoyado por una mayoría de categorías de voto de partes afectadas. Al menos una de esas categorías debe ser una categoría de acreedores garantizados o debe tener mayor prelación que la categoría de acreedores ordinarios no garantizados.*"

[131] Ello debe interpretarse de conformidad con lo previsto en el Considerando 54 de la Directiva: "*Cuando una mayoría de categorías de voto no apoye el plan de reestructuración, ha de ser posible, no obstante, que el plan se pueda confirmar si recibe el apoyo de, al menos, una categoría de acreedores afectada o perjudicada que, tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento, reciba un pago o mantenga un interés o, cuando así lo prevea la normativa nacional, se pueda presumir razonablemente que va a recibir un pago o mantener un interés, si se aplica el orden normal de prelación de las prioridades de liquidación de acuerdo con la normativa nacional. En este caso, los Estados miembros deben poder incrementar el número de categorías necesarias para aprobar el plan, sin que se exija necesariamente que todas esas categorías deban recibir, tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento, un*

y en el marco del plan de reestructuración ninguna categoría de las partes afectadas pueda recibir o mantener más del importe total de sus créditos o intereses.

Para que pueda operar el arrastre vertical, es preciso que el plan haya sido aprobado por alguna categoría de acreedores distinta a los acreedores *out of the money*, pero también es posible (si así lo estableciesen potestativamente los Estados Miembros) que se aprueben el plan por más de una categoría de acreedores afectados distintos de una categoría de tenedores de participaciones y cualquier otra categoría *out of the money*.

El requisito del artículo 11.1 de la Directiva relativo a la *absolute priority rule*, proviene del parágrafo 1129 del US Code. Se define, como hemos visto, en el artículo 11.1 c) de la Directiva: "*garantice que las categorías de voto disidentes de los acreedores afectados reciban un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango y más favorable que el de cualquier categoría de rango inferior (..)"*.[132] La regla de la prioridad absoluta admite dos tipos de excepciones: en primer lugar, la plena satisfacción de los acreedores disidentes, cuando se prevea en el plan de reestructuración que una categoría inferior va a recibir cualquier pago o conservar cualquier interés; y, como excepción a lo anterior, cuando sea necesario para lograr los objetivos del plan de reestructuración y no cause un perjuicio injusto a los derechos o intereses de cualquier

pago o mantener un interés de acuerdo con el Derecho nacional. No obstante, los Estados miembros no deben exigir el consentimiento de todas las categorías. En consecuencia, cuando existan solo dos categorías de acreedores, el consentimiento de al menos una de ellas debe considerarse suficiente si se cumplen también las demás condiciones para la aplicación de una reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías. Por perjuicio de un acreedor se debe entender que hay una reducción en el valor de sus créditos."

[132] Esta previsión se completa con la explicación contenida en el Considerando 55 de la Directiva: "*En el caso de la reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, los Estados miembros deben velar por que las categorías disidentes de acreedores afectados no se vean injustamente perjudicadas con arreglo al plan propuesto y deben proporcionar una protección suficiente a estas categorías disidentes. Los Estados miembros deben poder proteger a una categoría disidente de acreedores afectados garantizándole un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango y más favorable que el de cualquier categoría con menor prelación. Los Estados miembros pueden proteger a una categoría disidente de acreedores afectados garantizando que dicha categoría disidente reciba su pago íntegramente si una categoría con menor prelación recibe cualquier pago o conserva cualquier interés en el plan de reestructuración (regla de prelación absoluta). Los Estados miembros deben disfrutar de discrecionalidad para aplicar el concepto de «pago íntegro», también en relación con el plazo del pago, siempre que el principal del crédito y, en el caso de acreedores garantizados, el valor de la garantía, estén protegidos. Los Estados miembros también deben poder decidir sobre la elección de los medios equivalentes mediante los cuales puede satisfacerse íntegramente el crédito original."*

parte afectada.[133] Ello implica que la regla de la prioridad absoluta ha dejado paso a la posible aplicación de la regla de la prioridad relativa.

Mientras que la prueba del mejor interés de los acreedores opera como una protección individual de cada acreedor, la regla de la prioridad absoluta está configurada como una medida de protección de la clase. Postula que ninguna clase disidente de acreedores reciba menos de lo recibiría cualquier otra clase en una posición inferior. Por lo tanto, la regla opera como un mecanismo de protección de clases, sin beneficiar en particular a acreedores individuales. La versión final de la Directiva en este punto se ha apartado de la regla de prioridad absoluta hacia la regla de la prioridad relativa. La regla de prioridad relativa implica que las clases disidentes son tratadas al menos como cualquier clase de su mismo rango y más favorablemente que cualquier otra clase de rango inferior. Los Estados Miembros podrán implementar la regla de la prioridad absoluta, pero también podrán introducir o mantener disposiciones para evitar un perjuicio injustificado a las partes afectadas. Esto supondría, por ejemplo, prever una compensación a dicha categoría de acreedores de rango por los derechos de opción que pudieran perder como consecuencia de la aprobación del plan de reestructuración[134].

Como corolario de la regla de la prioridad absoluta en el marco del plan de reestructuración ninguna categoría de las partes afectadas puede recibir o mantener, más del importe total de sus créditos o intereses. Son dos, por tanto, las consecuencias de orden práctico que conlleva la aplicación de la regla de la prioridad absoluta: de un lado, no se puede efectuar un pago a una categoría de acreedores inferior sin que se haya pagado íntegramente a la categoría de acreedores superior o senior (sin perjuicio, claro está, del juego de la regla de la prioridad relativa); y, de otro lado, ninguna categoría de acreedores

[133] Así se explicita en el Considerando 56 de la Directiva: "*Los Estados miembros deben poder prever excepciones a la regla de prelación absoluta, por ejemplo cuando se considere justo que los tenedores de participaciones mantengan determinados intereses en el plan a pesar de que una categoría de mayor prelación se vea obligada a aceptar una reducción de sus créditos o de que proveedores de suministros básicos cubiertos por la disposición relativa a la suspensión de ejecuciones singulares reciban su pago antes que categorías de acreedores de mayor prelación. Los Estados miembros deben poder escoger cuál de los mecanismos de protección anteriormente indicados ponen en práctica.*"

[134] Vid. Sobre la regla de la prioridad relativa, GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.: "*La Propuesta de Directiva Europea sobre Reestructuraciones y Segunda Oportunidad*", Anuario de Derecho Concursal, núm. 43, enero-abril 2018, pp. 19-21.

puede atribuirse el excedente de la reestructuración en cuantía superior al importe total de su crédito[135].

7. Nueva financiación y financiación interina.

La Directiva contempla como requisito para la confirmación judicial del plan de reestructuración a tenor del artículo 10.2 la necesidad de que la "*nueva financiación*" concedida bajo su amparo cumpla un doble orden de presupuestos: que sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración y que no perjudique injustamente los intereses de los acreedores[136].

En lo que hace al primero de los presupuestos, esto es, que la financiación sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración, debe ponerse en conexión con el elemento previsto en el artículo 10.3 de la Directiva, esto es, que el plan evite la insolvencia del deudor o garantice la viabilidad de la empresa. Como se ha señalado con anterioridad, no contiene la Directiva una definición de lo que ha de entenderse por "*viabilidad"*, más allá de exigir un juicio probabilístico, de forma que, ante la concurrencia de dudas razonables sobre la viabilidad, la Directiva opta por la liquidación y no por la reestructuración.

En segundo lugar, el presupuesto relativo a que la nueva financiación no perjudique injustamente los intereses de los acreedores se basa en la protección que la Directiva

[135] Señala GARCIMARTÍN ALFÉREZ en "*La Propuesta de Directiva Europea sobre Reestructuraciones y Segunda Oportunidad*", Anuario de Derecho Concursal, núm. 43, enero-abril 2018, pp. 11-12: "*La justificación de la posibilidad de homologar acuerdos no consensuados es fácil de entender: intenta prevenir los riesgos de extorsión, pero no de acreedores individuales sino de clases de acreedores, tanto de acreedores subordinados como de acreedores preferentes o incluso privilegiados. Por un lado, los acreedores subordinados, que no hubiesen recibido nada en un escenario de liquidación, podrían utilizar su voto para extorsionar a los demás acreedores y obtener una parte del excedente derivado de la reestructuración…Por su parte, los acreedores privilegiados pueden tener incentivos para votar en contra del acuerdo y llevar a la empresa a una liquidación concursal si, por mor de su privilegio, lo que obtuviesen en este escenario sería suficiente para satisfacer su crédito, aunque esta opción dilapide el valor residual que hubiese correspondido a los acreedores ordinarios o incluso subordinados."*

[136] El Considerando 66 explica la importancia de la protección y tratamiento específico de la financiación en el marco del plan de reestructuración: "*A menudo, el éxito de un plan de reestructuración depende de si se concede ayuda financiera al deudor para apoyar, en primer lugar, el funcionamiento de la empresa durante las negociaciones sobre la reestructuración y, en segundo lugar, la aplicación del plan de reestructuración tras su confirmación. La ayuda financiera debe entenderse en sentido amplio, incluida la aportación de dinero o garantías de terceros y la entrega de existencias, materias primas y suministros, por ejemplo, mediante la concesión al deudor de un plazo de reembolso más largo. La financiación provisional y la nueva financiación deben quedar, por lo tanto, exentas de las acciones revocatorias que pretendan declarar dicha financiación nula, anulable o no ejecutable como un acto perjudicial para el conjunto de los acreedores en el marco del ulterior procedimiento de insolvencia."*

otorga a la misma frente a las acciones rescisorias concursales (ex artículo 17.1) así como en la prelación que se confiere a los proveedores de dicha financiación.

Debe partirse del concepto de "*nueva financiación*" y de "*financiación interina*" que acoge la Directiva en el artículo 2.1, apartados 7) y 8). Así, se entiende por «*nueva financiación*», toda nueva ayuda financiera prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor para llevar a cabo un plan de reestructuración e incluida en dicho plan de reestructuración; mientras que se define la «*financiación provisional*» como toda nueva ayuda financiera, prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor, que incluya, como mínimo, ayuda financiera durante la suspensión de las ejecuciones singulares, y que sea razonable y sea necesaria inmediatamente para que la empresa del deudor pueda continuar operando o con el fin de preservar o mejorar el valor de dicha empresa.

El artículo 17.1 de la Directiva, por su parte, protege la nueva financiación y la financiación interina de modo que no podrán ser declaradas nulas, anulables o inejecutables, y además se dispone que a los prestadores de dicha financiación no se les podrá exigir responsabilidad civil, administrativa o penal por el motivo de que dicha financiación sea perjudicial para el conjunto de los acreedores, a no ser que concurran otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional. En este punto, difiere la versión final de la Directiva de la contenida en la Propuesta, en que se declaraba a los proveedores de la nueva financiación y financiación interina exentos de responsabilidad penal, administrativa y civil en el contexto de la posterior insolvencia, salvo que se hubiera concedido fraudulentamente o de mala fe.

En cualquier caso, la Directiva permite someter la nueva financiación y la financiación interina a un control ex ante de la concurrencia de los requisitos necesarios para garantizar su protección, proscribiendo su concesión en estado de iliquidez del deudor a efectos de que no pueda considerarse como un perjuicio injustificado a los acreedores[137].

[137] Debe traerse a colación la argumentación contenida en el Considerando 68 de la Directiva*:" Para evitar posibles abusos, debe protegerse únicamente la financiación razonable y necesaria inmediatamente para la continuidad de la actividad comercial o la supervivencia de la empresa del deudor o la conservación o el crecimiento del valor de dicho negocio en espera de la confirmación de ese plan. Además, la presente Directiva no debe impedir a los Estados miembros introducir un mecanismo de control ex ante para la financiación provisional. Los Estados miembros deben poder limitar la protección de la nueva financiación a los casos en los que el plan sea confirmado por una autoridad judicial o administrativa, y de la financiación provisional a los casos en que esté sometida a un control ex ante. El mecanismo de control ex ante de la financiación provisional u otras transacciones puede ser ejercido por un administrador en materia de reestructuración, por un comité de acreedores o por una autoridad judicial o administrativa. La protección frente a las acciones revocatorias y la protección frente a la responsabilidad personal*

Asimismo, debe destacarse la prelación que impone la Directiva en relación a la nueva financiación y la financiación interina, que ha de ser como mínimo, de grado superior al de los créditos de los acreedores ordinarios no garantizados.

Finalmente, el artículo 18 se ocupa de la protección de otras operaciones relacionadas con la reestructuración, la cual se extenderá como mínimo a las siguientes: el pago de tasas y costes en relación con la negociación, la adopción o la confirmación de un plan de reestructuración; el pago de honorarios y costes de asesoramiento profesional en estrecha relación con la reestructuración; el pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados, sin perjuicio de otra protección que se establezca en la normativa de la Unión o nacional; cualquier otro pago y desembolso efectuados en el curso normal de la actividad de la empresa distintos de los citados. Esta protección puede condicionarse a que el plan sea confirmado o haya sido objeto de un control ex ante favorable, si bien los Estados Miembros también pueden excepcionar la protección frente a acciones revocatorias concursales en el caso de que las mismas se hayan realizado estando el deudor en estado de iliquidez (artículo 18.3).

8. Los deberes de los administradores en la proximidad de la insolvencia.

La regulación de los deberes de los administradores en la proximidad de la insolvencia en el marco de la Directiva 2019/1023 no ha sido una cuestión pacífica. En primer lugar, ha de reseñarse que dicha regulación fue eliminada en la versión de 8 de octubre de 2018 (la aprobada por el Coreper II, el Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados Miembros de la Unión Europea, en su reunión de 26 de septiembre), si bien se consideró que estaba sujeta a una revisión ulterior[138].

constituyen garantías mínimas que deben ser concedidas a la nueva financiación y a la financiación provisional. Sin embargo, alentar a nuevos prestamistas a asumir el mayor riesgo de invertir en un deudor viable en dificultades financieras podría requerir incentivos adicionales como, por ejemplo, otorgar dicha prioridad de financiación como mínimo por delante de los créditos no garantizados en los procedimientos de insolvencia ulteriores."

[138] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "*Gobierno Corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: administradores, accionistas y acreedores (I)"* en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 30/2019, p. 45, que al respecto declara que "*No obstante, ha de resaltarse que el tema no se da por cerrado y en el momento en que concluye la redacción del presente trabajo se sigue debatiendo en el seno de la Comisión sobre la conveniencia de armonizar, siguiendo el modelo anglosajón, un marco de deberes fiduciarios de los administradores frente a los acreedores en la proximidad de la insolvencia, más allá de las meras alusiones genéricas a dichos deberes, por lo que previsiblemente se seguirá avanzando en este tema."*

En la versión de la Directiva de la Posición del Parlamento Europeo en primera lectura de 28 de marzo de 2019, se recoge en su artículo 19 el régimen de "*Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente"*, que pretendía establecer los deberes de los administradores y su correlativo marco jurídico de responsabilidad en situaciones de preinsolvencia. Esta versión es la que se ha mantenido en la versión aprobada de la Directiva[139], del siguiente modo: "*Los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa."* De conformidad con lo que se establece en el Considerando 70 de la Directiva, se pretende que, en caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, queden protegidos los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores.

La Directiva considera necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, así como aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. De este modo, los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la propia Directiva.

La Directiva no pretende establecer un orden de prelación entre las distintas partes cuyos intereses deben ser tenidos debidamente en cuenta. Ahora bien, los Estados miembros deben poder decidir establecer tal orden. La Directiva, se aclara, debe entenderse sin

[139] Con todo, debe indicarse que la terminología "*insolvencia inminente"* utilizada por la Directiva en la versión española difiere de las utilizadas en otros idiomas. Así, en la versión inglesa se hace referencia a la "*likelihood of insolvency"* (probabilidad de insolvencia); en la alemana "*bei einer wahrscheinlichen Insolvenz" (*probabilidad de insolvencia o insolvencia probable); en la francesa "*une probabilité d'insolvabilité"* (probabilidad de insolvencia); en la italiana "*una probabilità di insolvenza" (* una probabilidad de insolvencia).

perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros relativa a los procesos de toma de decisiones de las empresas.

Por lo tanto, el deber de diligencia impuesto a los administradores pretende fijar unos deberes de carácter negativo, esto es, abstenerse de llevar a cabo conductas que puedan poner en peligro la viabilidad empresarial o provoquen su insolvencia. De este modo, la denominada *business judgement rule* no podrá actuar como escudo protector frente a actuaciones de los administradores que vulneren dichos principios [140]. Asimismo, los administradores sociales, en virtud de dichos deberes, habrán de abstenerse igualmente de realizar conductas que puedan considerarse que son contrarios a la consecución del interés compartido en el mantenimiento de la viabilidad empresarial de socios y acreedores o puedan vulnerar los legítimos intereses de ambos.

Estos deberes o pautas de actuación para los administradores societarios en caso de "*insolvencia inminente"* se establecen por razón de la existencia en tal situación de un conflicto de interés entre los socios y los acreedores, dada su condición de gestores de intereses ajenos[141], debiendo garantizar los intereses de los acreedores, siendo este uno de los puntos de conflicto entre el Derecho societario y el Derecho Concursal[142].

[140] Vid. RECAMÁN GRAÑA, E.: "*La business judgement rule en la crisis. Una propuesta interpretativa."* Revista de Derecho de Sociedades, núm. 54, 2018.

[141] Vid. Considerando 71 de la Directiva: *"En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. Los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva. La presente Directiva no pretende establecer un orden de prelación entre las distintas partes cuyos intereses deben ser tenidos debidamente en cuenta. Ahora bien, los Estados miembros deben poder decidir establecer tal orden. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros relativa a los procesos de toma de decisiones de las empresas."*

[142] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Gobierno Corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: administradores, accionistas y acreedores (I)"* en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm.30. pp. 39-40.

9. Exoneración de pasivo insatisfecho.

La concesión de la segunda oportunidad al deudor de buena fe era uno de los objetivos fijados en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE) y de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 junio de 2019, ahora examinada. En el Considerando 16 de la Recomendación ya se hacía referencia a que "*La eliminación de los obstáculos a la reestructuración preventiva efectiva de deudores viables en dificultades financieras contribuye a minimizar la pérdida de puestos de trabajo y las pérdidas de valor para los acreedores en la cadena de suministro, permite preservar los conocimientos técnicos y las capacidades y, por lo tanto, beneficia a la economía en general. Facilitar la exoneración de deudas a los empresarios contribuiría a evitar su exclusión de la actividad económica y les permitiría reanudar las actividades empresariales, aprendiendo de su experiencia anterior. Además, la reducción de la duración de los procedimientos de reestructuración contribuiría a incrementar los porcentajes de recuperación de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traduce en una mayor pérdida de valor del deudor o de su empresa. Por último, unos marcos eficientes de reestructuración preventiva, insolvencia y exoneración de deudas permitirían evaluar mejor los riesgos de las decisiones sobre préstamos y créditos, y facilitarían la adaptación de los deudores insolventes o sobreendeudados, al reducir al mínimo los costes económicos y sociales derivados de sus procesos de desapalancamiento. (...)*"

La Directiva regula la exoneración de deudas en los artículos 20 a 24 de la Directiva, comenzando por imponer como mandato dirigido a los Estados Miembros para que se establezca al menos un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de empresarios insolventes. No incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, pero sí recomienda a los Estados miembros que apliquen también a éstos dichas disposiciones, en el plazo más breve posible (Considerando 21). Las novedades más relevantes en este punto son, en primer lugar, la fijación del plazo de exoneración, que será de tres años, con carácter general (admitiendo excepciones en el artículo 23.2) desde:

- la confirmación del plan o inicio de la aplicación del plan;

- la fecha de la decisión de la autoridad judicial o administrativa de abrir el procedimiento o fecha de la determinación de la masa concursal del deudor.

En segundo lugar, se contiene una relación de deudas de naturaleza no exonerable, con carácter no limitativo, para los siguientes casos:

- deudas garantizadas;

- deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas;

- deudas derivadas de responsabilidad extracontractual;

- deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad;

- deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y

- deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

La doctrina ha defendido la inclusión del pasivo público como deuda exonerable[143], pues se ha entendido, en línea con lo ya señalado por el Fondo Monetario[144] y Banco Mundial, que el acreedor público debía sufrir sacrificios similares a los de los demás acreedores, debiendo negociar e involucrarse en las negociaciones para que la reestructuración sea real y afecte a todo el pasivo, con vocación de generalidad, de modo que el peso de la exoneración no recaiga solamente sobre los acreedores privados, que se encuentran en peor situación que los acreedores públicos (administración tributaria y de seguridad social)[145].

Finalmente, deben destacarse las novedosas reglas de acumulación de los procedimientos relativos a las deudas personales y profesionales. Se indica que los Estados miembros velarán por que, cuando un empresario insolvente tenga deudas profesionales contraídas en el ejercicio de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como

[143] Vid. entre otros, THOMAS PUIG, P.M. "*Insolvencia y segunda oportunidad para pymes y autónomos*." Ed. Comares, 2021.

[144] *Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Tax Force, 2014. Report on the treatment of natural persons.* Banco Mundial. Informe Fondo Monetario Internacional, *Spain Selected Issues, IMF Report núm. 14/93,* de 20 de junio de 2014.

[145] Para el desarrollo de esta cuestión, nos remitimos al capítulo correspondiente.

deudas personales contraídas fuera del marco de esas actividades, que no puedan separarse de modo razonable, dichas deudas, si son susceptibles de exoneración, se traten en un procedimiento único a efectos de la obtención de la plena exoneración de deudas.

Además, los Estados miembros podrán disponer que, cuando puedan separarse las deudas personales de las profesionales, dichas deudas se traten, a los efectos de obtener la plena exoneración de deudas, bien en procedimientos separados, aunque coordinados, bien en el mismo procedimiento.

IV. LA PROPUESTA DE SEGUNDA DIRECTIVA DE INSOLVENCIA.

1. Consideraciones generales.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia (COM (2022) 702 final), de 7 de diciembre de 2022, se enmarca en los objetivos declarados por la Comisión Europea de avanzar en la unión de mercados de capitales, para lograr una mayor integración financiera y económica en la Unión Europea[146]. La Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva parte de la consideración de la inexistencia de una armonización de los regímenes de insolvencia a nivel comunitario, lo que dificulta la libre circulación de capitales en la Unión Europea y una mayor integración de los mercados de capitales. De hecho, ya en 2015, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo (BCE) declararon que la insolvencia constituye un ámbito fundamental para alcanzar una "*verdadera"* Unión [147] que abarque los mercados de capitales, siendo ésta una visión compartida también por instituciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el cual puso de manifiesto que las prácticas de insolvencia constituían uno de los tres obstáculos fundamentales para lograr una mayor integración de los mercados de capitales en Europa, junto a la transparencia y la calidad de la normativa. También el Banco Central Europeo ha destacado la necesidad de *"abordar las principales deficiencias y divergencias entre los marcos de insolvencia (..) más allá del proyecto de Directiva sobre insolvencia, reestructuración y segunda*

[146] COM (2020) 590 final.

[147] Informe de los cinco presidentes (https://ec.europa.eu/info/publications/five-presidents-reportcompleting-europes-economic-and-monetary-union_en), Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015 sobre la construcción de una Unión de los Mercados de Capitales [2015/2634 (RSP)] y de 8 de octubre de 2020 sobre el desarrollo de la unión de los mercados de capitales (UMC) [2020/2036 (INI)].

oportunidad", puesto que "*unas legislaciones en materia de insolvencia más eficientes y armonizadas (junto con otras medidas) pueden mejorar la seguridad para los inversores, reducir costes y facilitar las inversiones transfronterizas, al tiempo que hacen que el capital riesgo sea más atractivo y accesible para las empresas* [148]".

Por otro lado, la reciente Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica el Reglamento (UE) n.º 806/2014, en lo que respecta a las medidas de actuación temprana, las condiciones para la resolución y la financiación de la medida de resolución, de 18.04.2023 (COM (2023) 226 final) ha agudizado, a nuestro juicio, la necesidad de la armonización de los regímenes de insolvencia nacionales. En efecto, la Propuesta establece, frente la regulación actualmente vigente, que la Junta de Resolución (en el ámbito del Mecanismo Único de Resolución Bancaria) opte por la aplicación del régimen de insolvencia a menos que optar por la resolución permita alcanzar mejor los objetivos de resolución[149]. Por lo tanto, se postula la modificación del Reglamento de Resolución en su artículo 18, apartado 5, para precisar que los procedimientos nacionales de insolvencia deben seleccionarse como estrategia preferida únicamente cuando permitan alcanzar los objetivos del marco mejor que la resolución (y no en la misma medida, como establece la regulación actual). Además del establecimiento de la insolvencia como opción predeterminada, la modificación implica un aumento de la carga de la prueba de demostrar que la resolución no redunda en el interés público. La inexistencia de regímenes de insolvencia bancaria específicos determinaría la aplicación de procedimientos largos y complejos de liquidación, diferentes en cada Estado miembro, lo que evidenciaría la necesidad de armonización en este campo para garantizar la estabilidad financiera y facilitar las estrategias de transferencia de activos (venta de negocio y banco puente), los cuales no están presentes en la totalidad de los sistemas de insolvencia de la Unión Europea[150]. La armonización más necesaria es la que atañe a la

[148] Banco Central Europeo, Financial Integration in Europe (" Integración financiera en Europa", documento en inglés), mayo de 2018, https://www.ecb.europe.eu/pub/pdf/fie/ecb.financialintegrationineurope201805.en.pdf, y Financial Integration and Structure in the Euro Area ("Integración y estructura financiera en la zona del euro", documento en inglés), abril de 2022, https://www.ecb.europa.eu./pub/pdf/fie/ecb.fie202204~4c4f572f.en.pdf.

[149] Vid. al respecto, DÍAZ ÁLVAREZ DE TOLEDO, C., "Strengthening the Resolution Framework in the EU: The CMDI Proposal and next steps", en *The Euro in 2024*, [Instituto Español de Analistas y Fundación ICO] 2024.

[150] Al respecto, debe citarse el reciente Grupo de Trabajo establecido en el marco del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), junto con el Instituto para la Estabilidad Financiera del Banco Internacional de Pagos Internacionales, sobre Insolvencia Bancaria con el objetivo de desarrollar a través de una Guía Legislativa cierta armonización sobre determinados aspectos de los procedimientos de

clasificación de los créditos concursales, aspecto éste que no es objeto de la Propuesta de Directiva[151]. Esta necesidad de armonización es también patente si reparamos en que las prelaciones crediticias establecidas en el régimen de insolvencia nacional común no son coincidentes con las prelaciones de cobro derivadas de la aplicación del bail-in o recapitalización interna en el ámbito de la resolución bancaria, siendo susceptible de dar lugar (en determinados casos) a la infracción del principio general NCWO [152] ("*no creditor worse off")*, generando inconsistencias entre una y otra normativa[153].

La Propuesta pone de relieve que los bajos valores de recuperación, largos procedimientos formales de insolvencia y elevados costes de los procedimientos tienen importantes consecuencias en las decisiones que adoptan inversores y acreedores a la hora de determinar el nivel de prima de riesgo que se espera que se recupere en una inversión, puesto que cuanto menos eficiente sea el procedimiento de insolvencia, mayor será la prima que cobrarán el coste de capital de una empresa y puede llegar a disuadir a los inversores, cuando el riesgo es elevado, lo que puede limitar la elección de la financiación

liquidación, como herramientas, financiación, jerarquía de acreedores y acuerdos institucionales, en el ámbito de los procedimientos de liquidación bancaria en entidades de crédito medianas y pequeñas. Deben destacarse a este respecto los trabajos realizados por los miembros del Grupo de Trabajo, como TIRADO, I. THIJSSEN, M. " Unidroit´s Project on Bank Insolvency: how to deal with the failure of small and médium sized Banks", in *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di reforma alla luce dell´esperienza spagnola e italiana*, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 95, april 2023,pp. 123-137; LASTRA, R., "Armonización internacional de la liquidación bancaria: el proyecto UNIDROIT", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 171, septiembre- diciembre 2023.

[151] Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., "Los problemas de la armonización de la legislación concursal española", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 328, abril-junio 2023. Sostiene que la armonización de las prelaciones de cobro vendría a solucionar uno de los problemas más preocupantes en este momento en las diferentes legislaciones europeas, el del régimen jurídico de los créditos públicos en caso de insolvencia del deudor común, considerándolo el tema prioritario. Vid. entre otros, FLORES SEGURA, M.:"La Propuesta de Directiva para armonizar ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia", *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 59, pp.199-226, 2023.

[152] Este principio pretende garantizar que en el marco de la resolución los accionistas y acreedores afectados no sufran un perjuicio superior al que hubieran sufrido si el banco hubiese sido liquidado con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios.

[153] Sobre esta cuestión, vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "Resolución Bancaria y Derecho Concursal: Interacción y fricciones". *Revista de Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 47, Otoño 2024. En efecto, PULGAR destaca que las autoridades de resolución bancaria en el ámbito de la Unión Europea deben aplicar los derechos nacionales concursales en sus evaluaciones contrafactuales y ello no solo en la resolución, sino también en situaciones ex ante, como la evaluación del interés público para la resolución, y en situaciones ex post, en el contexto de litigios posteriores, vinculados especialmente a las salvaguardas de acreedores, al efectuar la comparación entre la posición y jerarquía en un hipotético escenario de liquidación concursal y en el contexto de la resolución bancaria. Las cuestiones clave en las que es preciso acudir a la normativa concursal nacional (no armonizada) son: los presupuestos de adopción de medidas de resolución y los de apertura de procedimientos de insolvencia (interés público); las salvaguardas para los acreedores (el denominado NCWO o valoración de la diferencia en el trato); o la jerarquía de los acreedores que determina el orden de amortización de créditos, cuando se aplican herramientas como la recapitalización interna o *bail-in.*

disponible para la empresa y su capacidad para obtener financiación para llevar a cabo sus operaciones de forma accesible [154] . La existencia de diferentes regímenes de insolvencia en los Estados Miembros de la Unión Europea puede implicar la reducción del nivel de inversión transfronteriza y relaciones empresariales transfronterizas que podrían alcanzarse potencialmente en este ámbito. Si se pretende favorecer la inversión transfronteriza, se considera necesario establecer unas normas mínimas en los regímenes de insolvencia como medio para lograr un mercado de capitales único en la Unión Europea.

La Propuesta también se ocupa específicamente de explicar la coherencia de ésta con el resto de las disposiciones existentes en este ámbito de actuación. Ello resulta particularmente útil habida cuenta de la reciente transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo[155], así como el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo[156], pues la Propuesta lo que pretende es complementar y no sustituir las normas previamente aprobadas en esta materia. En efecto, se explica que la Directiva (UE) 2019/1023 constituye un instrumento que ha pretendido la armonización de dos tipos de procedimientos (y de forma mínima): en concreto, los procedimientos de reestructuración previos a los procedimientos formales de insolvencia; y los procedimientos de exoneración de deudas (segunda oportunidad).

Por su parte, el Reglamento (UE) 2015/848 fue adoptado sobre la base jurídica de la cooperación judicial en materia civil y mercantil (artículo 81 TFUE). Con ello, se introdujeron normas específicas en relación con la competencia internacional, ley aplicable y fijar en qué Estado miembro debe abrirse un procedimiento de insolvencia y qué ley ha de ser aplicada en cada caso, así como normas de cooperación entre órganos judiciales y administradores concursales. En puridad, el Reglamento no regula normas en

[154] Esta cuestión ha sido abordada igualmente por el Financial Stability Board en su *Thematic Review on Out-of-Court Corporate Debt Workouts- Peer Review Report, 9 may 2022* (https://www.fsb.org/2022/05/thematic-review-on-out-of-court-corporate-debt-workouts/), poniendo de manifiesto la necesidad de que los procedimientos de ejecución y de liquidación sean predecibles y eficaces, para garantizar el éxito de los procedimientos extrajudiciales de reestructuración (pág. 30).

[155] Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (DO L 172 de 26.6.2019, p. 18).

[156] Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 141 de 5.6.2015, p. 19).

materia de procedimientos formales de insolvencia ni pretende de ninguna forma armonizar las reglas existentes en cada uno de los Estados Miembros en materia de insolvencia.

2. Ejes de la armonización en el marco de la Propuesta de Directiva.

Mientras que la Directiva 2019/1023 se ocupa esencialmente de la segunda oportunidad, de planes de reestructuración y sus medidas anexas (moratoria preconcursal, la designación del experto en reestructuración, la nueva financiación y la financiación interina, los deberes de los administradores en la proximidad de la insolvencia), la Propuesta de Segunda Directiva se ocupa de cuestiones muy centradas en los procedimientos de liquidación (*winding-up proceedings*), dado que la base de cualquier procedimiento de insolvencia bien estructurado es la liquidación[157].

En efecto, la Propuesta se centra en tres aspectos fundamentales del derecho de la insolvencia, que han sido elegidos tomando en consideración la experiencia derivada de la negociación de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencia, recomendaciones del grupo experto y los resultados de la consulta pública, un estudio realizado por un consultor externo y la interacción entre partes interesadas. Estos tres aspectos son:

- recuperación de activos de la masa del concurso liquidada: se trata de maximizar la recuperación del valor de la empresa insolvente para los acreedores. Por ello, las disposiciones relativas a acciones revocatorias y rastreo de activos se refuerzan, de forma que se fijan una serie de reglas comunes para el ejercicio de acciones revocatorias y refuerzan la trazabilidad de los activos facilitando el acceso de los administradores concursales a la información sobre cuentas bancarias, información sobre titularidad real

[157] TOLLENAAR, N. "Pre-insolvency proceedings: a normative foundation and framework" (OUP 2019), p. 56. "*It is submitted that the statutory liquidation system must be the frame of reference. The main reasons for this can be briefly stated as follows: a) liquidation is the essence of debt enforcement; b) liquidation is the most objective and efficient method of distributing value; and c) payment in non cash rights based on fair market value distorts priority (…). Liquidation is the essence of debt enforcement. The right of creditors to enforce their claims is a right to liquidation: the right to seek the compulsory conversion of the debtor´s illiquid assets into liquid currency and the subsequent payment of the claims in liquid currency. To deny creditors the ability to liquidate is to deny them the ability to enforce their claims (…). It can be concluded from the previous sections that paramount consideration when choosing a system as the initial frame of reference is that the system ensures the effective enforcement of rights and thus the ability to enforce payment in cash. The guiding principle of an enforcement system is not to "maximize value" but to maximize cash proceeds. The primary objective should therefore be a system that generates the maximum proceeds in cash for the creditors as a group by developing the best possible forced sale process (for an enterprise as a going-concern). "*

y registros nacionales de activos, incluyendo los correspondientes a los de los Estados Miembros. Ello se complementa con las disposiciones relativas a los procedimientos de *pre-pack* y la obligación de los administradores de presentar la solicitud de apertura del procedimiento formal de insolvencia para evitar que se produzcan pérdidas de valor en los activos respecto a los acreedores.

- la eficiencia de los procedimientos: la Propuesta tiene también por objeto reforzar la eficacia de los procedimientos, para lo que se introducen disposiciones específicas para la liquidación de microempresas insolventes[158]. Se parte de la premisa del coste (elevado) que suponen los procedimientos formales de insolvencia para empresas de reducido tamaño, microempresas, previendo además la exoneración de deudas. Estas disposiciones en gran medida recuerdan a las medidas adoptadas en el Libro III del Texto Refundido de la Ley Concursal en virtud de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal. A diferencia de la Propuesta de Directiva, la normativa española no se limita a regular la liquidación, sino que también contempla un procedimiento de continuación.

- la distribución previsible y equitativa del valor recuperado entre los acreedores: se incluyen requisitos para mejorar la representación de los intereses de los acreedores en los procedimientos a través de los comités de acreedores, junto a una mayor transparencia de las normas que rigen las prelaciones crediticias.

Si bien, como se ha indicado, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del texto Refundido de la Ley Concursal ha contemplado ya algunas de las soluciones que incluye esta Propuesta de Directiva, no cabe duda de que su aprobación obligará a adaptar de nuevo nuestra legislación de insolvencia especialmente si se mantienen las previsiones sobre comités de acreedores (inexistentes en nuestro derecho de insolvencia) o sobre las acciones de reintegración, ya que se basan en premisas jurídicas diferentes a las que rigen en nuestro derecho, sobre todo en lo atinente a sus efectos.

[158] A estos efectos, se entiende por microempresa, de acuerdo con el artículo 2, que contiene un elenco de definiciones, la que reúne los requisitos previstos en el anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión. En el artículo 2 de dicho Anexo, la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. En la categoría de las PYME, se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros. En la categoría de las PYME, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

V. LA TRANSVERSALIDAD DEL DERECHO DE REESTRUCTURACIONES: DERECHO SOCIETARIO, CONTRACTUAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.

El Derecho de las Reestructuraciones constituye una rama del derecho que ha ido adquiriendo cierta independencia respecto de las restantes disciplinas jurídicas tradicionales con las que interacciona, entre otras, fundamentalmente, el Derecho de Sociedades, el Derecho de Obligaciones y Contratos o el Derecho de la Competencia, produciéndose igualmente dichas interacciones con otros ámbitos jurídicos, como el Derecho del Mercado de Valores o el Derecho Tributario[159]. Es igualmente constatable que las interacciones mencionadas han dado lugar a que se considere como una disciplina de carácter transversal, elemento que se encuentra presente también en el Derecho de la Insolvencia tradicional, pues la crisis económica del deudor y la concurrencia de una pluralidad de acreedores incide en todas las relaciones jurídicas de las que es titular el deudor, debiendo el ordenamiento jurídico ofrecer una respuesta coherente a la problemática (compleja) que ello plantea, de modo que es preciso tener en cuenta no sólo los intereses de los acreedores (financieros, comerciales, etc.), sino también los de los socios, trabajadores, etc. Este elemento común a ambas ramas del Derecho de las Reestructuraciones y el Derecho de la Insolvencia tradicional, sin embargo, presenta también perfiles propios en cada una de ellas, lo que condiciona las opciones de política legislativa seguidas a nivel comunitario como a nivel de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. La finalidad de la creación de un verdadero Mercado Común en la Unión Europea ha sido el detonante de la armonización del derecho de las reestructuraciones a nivel comunitario, tratando de cohonestar principios y finalidades diversas, como la incentivación de la continuación de la actividad empresarial, la protección de los intereses de los acreedores e incluso la evitación del *forum shopping*. En todo caso, además, debe destacarse que los principios rectores de cada una de estas disciplinas son también diversos, a los efectos de lograr la finalidad de preservación de valor de la empresa y la mitigación del estigma asociado al concurso.

[159] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Del concurso de acreedores a la reestructuración preventiva*", op.cit. p. 627.

Así, esta transversalidad aneja al Derecho de Reestructuraciones pretende cohonestar las soluciones que se plantean desde diferentes disciplinas jurídicas, para construir un marco coherente que tenga en cuenta dichas finalidades individuales de cada disciplina sin olvidar las propias y específicas de la reestructuración. Ello va a dar lugar, en ocasiones, a prever soluciones jurídicas que superen tradicionales esquemas normativos establecidos tanto en el Derecho privado como el Derecho público, pues de otro modo no podrían alcanzarse las finalidades de la reestructuración.

En la actualidad, el Derecho de las Reestructuraciones aspira a incidir en la composición no solamente del pasivo, que era lo propio y característico del Derecho de Insolvencias tradicional (la quita y espera, por ejemplo, como modos de arreglo de pasivo), sino también, de forma muy relevante, en la composición del activo, en el que tiene lugar la intervención fundamental de los socios, entroncando directamente con el Derecho de Sociedades, mediante regulaciones que van a situarse a medio camino entre ambas, con repercusiones igualmente en el Derecho de la Competencia, pues la preferencia manifestada legalmente por la reestructuración va a determinar un cuestionamiento del criterio seguido para incentivar la reestructuración de determinadas empresas en detrimento de otras, lo que implica una intervención del Estado en la economía cuya legitimidad requiere una justificación directa desde postulados constitucionales. La opción por uno u otro mecanismo de entrada y salida de empresas del mercado (elemento común a ambas disciplinas) puede suponer la concesión de una posición de ventaja de determinadas empresas frente a otras, lo que exige el análisis de las soluciones que pueden darse a este tipo de conflictos entre el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Reestructuración. Analizaremos a continuación las conexiones entre el Derecho de la Reestructuración con el Derecho de Sociedades, el Derecho de las Obligaciones y Contratos y el Derecho de la Competencia.

1. El derecho de la Reestructuración y el derecho de sociedades: implicaciones en materia de gobierno corporativo.

La aproximación al gobierno corporativo formulada desde un enfoque amplio, vinculado a la teoría económica en el ámbito anglosajón, implica que éste constituye un mecanismo de resolución de conflictos de interés, en el contexto de los problemas de agencia que se suscitan en las relaciones en las que un sujeto agente (administrador) con su actuación

puede provocar consecuencias económico-patrimoniales a su principal (accionistas). Por lo tanto, se pueden distinguir así, desde la doctrina económica, un primer problema de agencia, entre administradores/accionista de control y accionistas; un segundo problema de agencia, derivado del conflicto entre accionistas, mayorías y minorías; y un tercer problema de agencia, que podría tener lugar entre la sociedad y sus acreedores[160].

Tradicionalmente se ha considerado el gobierno corporativo como una cuestión que afecta esencialmente al Derecho de Sociedades, en concreto, a la organización de sociedades cotizadas, focalizándose en la resolución de los problemas de agencia citados en primer y segundo lugar, esto es, entre la dirección de la sociedad y sus accionistas, y entre los propios accionistas, sin atender al conflicto de agencia que se produce entre los acreedores y accionistas en el contexto de la insolvencia y proximidad a la misma[161].

Paradójicamente, cuando la empresa se encuentra en crisis, el ámbito donde se aprecian más interacciones con el Derecho de la Insolvencia es precisamente el Derecho de Sociedades. De este modo, si partimos de la existencia de tres tipos de sujetos (deudor, socios y acreedores), la reestructuración pone de manifiesto la necesidad de compatibilizar los intereses de todos ellos, cuando el deudor prevé que no puede o que no podrá en breve plazo hacer frente a sus obligaciones, siendo necesario, por tanto, y de modo prioritario, arbitrar modos de arreglo de pasivo (quitas, esperas, capitalización de créditos..) para poder continuar su actividad, maximizando el valor que corresponde a los socios y preservando los derechos de crédito de los acreedores. De ahí la complejidad del Derecho de Reestructuraciones, que trata de compatibilizar los intereses de deudor, acreedores y socios, en una situación de crisis económica de insolvencia o cercana a la misma.

En este sentido, la reestructuración, además, implica, en la inmensa mayoría de los casos, la adopción de medidas de naturaleza societaria como capitalizaciones de créditos,

---

[160] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "*Gobierno Corporativo y Reestructuración preventiva: la Directiva (UE) 2019/1023"* en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, PULGAR EZQUERRA (dir.), RECAMÁN GRAÑA (cocoord. ed. Wolters Kluwer, 2020. Pp.61ss. Sobre esta cuestión, POSNER, A.: *Economic analysis of law*, 9ª edición, New York, Wolters Kluwer law&Business, 2014; ARMOUR, J.; HANSMANN, h.; KRAAKMAN, R. y PARGENDLER, M.," What *is Corporate Law?"* "*Agency Problems and Legal Strategies*", en AA.VV. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3ª edición, New York, Oxford University Press, 2017, pp. 29ss.

[161] Vid. APARICIO GONZÁLEZ, M.L.: "*El gobierno corporativo ante la crisis económica-financiera*", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 19, 2009, pp. 70-71; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "*Crisis económica y gobierno corporativo",* en Revista de Derecho Mercantil, núm. 287, 2013.

modificaciones estructurales o aumentos/reducción de capital, incluso con transformación de la modalidad societaria, transmisión de unidades productivas u operaciones que conllevan la transmisión total o parcial del activo/pasivo. Estas operaciones han de realizarse de acuerdo con la normativa societaria correspondiente, si bien su operatividad se encuentra fuertemente condicionada por la existencia de una situación de crisis, en la que es preciso tutelar especialmente los derechos de crédito de los acreedores. Tradicionalmente esta tutela se ha materializado en un derecho de oposición de los acreedores, régimen que España ha modificado como consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas mediante el 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[162].

Buena muestra de la conexión que analizamos entre el Derecho de Sociedades y el Derecho de la Insolvencia se encuentra precisamente en su artículo 3, dedicado las "*limitaciones y exclusiones*", al prever que las sociedades que se encuentren en concurso de acreedores o sometidas a un plan de reestructuración o, en su caso, a un plan de continuación, podrán proceder a una transformación, fusión, escisión o cesión global. La formación de la voluntad social, los derechos de los socios y la protección de los acreedores se ajustarán a lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Se observa, por tanto, un desplazamiento de la normativa aplicable en materia societaria al derecho de reestructuraciones o insolvencia, según se encuentre la sociedad en situación de concurso, sometida a un plan de reestructuración o un plan de continuación, dando preferencia a la

[162] El Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, regula en su Título I las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en cuyo ámbito de aplicación se incluyen tanto las internas como las transfronterizas, de las sociedades mercantiles consistentes en la transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo.

normativa concursal y preconcursal[163]. Asimismo, se completa la regla aclarando que, a los efectos de la aplicación de la regla del mejor interés de los acreedores de las sociedades sometidas a un plan de reestructuración, la cuota hipotética de liquidación se calculará por referencia a lo que se obtendría en un procedimiento concursal abierto en España (art. 3.3 Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio). La norma citada contiene una serie de reglas relativas a la protección de los acreedores y socios, entre las cuales destacan las previstas en las disposiciones comunes, habilitándoles para acudir al Registrador Mercantil o al Juzgado de lo Mercantil, según los casos, para manifestar su disconformidad con las garantías ofrecidas, en determinados plazos (distintos, según sean modificaciones estructurales internas o transfronterizas).

Pues bien: todo ello es precisamente exponente de la complejidad de las relaciones entre el Derecho Societario y el Derecho de la Reestructuración, y la necesidad de abordar la resolución del conflicto antes de que tenga lugar la efectiva lesión del derecho de crédito de los acreedores. Este planteamiento, novedoso, supera la tradicional concepción que subyace en los sistemas de economía de mercado, sobre la base de una tesis monista del interés social, equiparándolo al interés del socio (en definitiva, del capital) obviando los intereses de los acreedores. Así, lo que ha venido sucediendo en la práctica es que se ha atribuido a los socios la potestad de decidir sobre los asuntos que afecten al interés social, en la junta general, mientras que se ha considerado que correspondía a los acreedores tomar las correspondientes decisiones sobre los modos de arreglo de pasivo que fueran procedentes (singularmente, quitas y/o esperas). Ello ha dado lugar históricamente a una separación radical entre el Derecho de la Insolvencia y el Derecho de Sociedades, que ha planteado numerosos conflictos y que precisamente la Directiva 2019/1023, consciente de esta problemática, ha pretendido solventar.

En efecto, el Derecho de las Reestructuraciones más moderno ha evolucionado en el sentido de tratar de cohonestar ambas disciplinas jurídicas reduciendo los puntos de conflicto, mediante normas como las citadas, esto es, incluyendo, en el ámbito societario y preconcursal/concursal, normas de remisión o reenvío que cumplen una función que podríamos denominar de "*pasarela*" entre una y otra disciplina, contribuyendo a mitigar la separación radical que tradicionalmente las ha caracterizado. En la práctica, lo que ha

[163] Debe destacarse, además, la exclusión relativa a que las sociedades en liquidación solo podrán realizar una modificación estructural siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios, añadiendo que no podrán proceder a una transformación transfronteriza sociedades que se encuentren en liquidación concursal (art.3.1 y 3 del Real Decreto-Ley 5/2023).

venido sucediendo es que la normativa societaria se ha visto desplazada por la normativa preconcursal/concursal o matizada, incluyendo las especialidades correspondientes a dicha normativa societaria, todo ello en atención a la singular situación de crisis de la empresa en cuestión[164].

Asistimos, por tanto, a una ampliación del concepto de gobierno corporativo, influido por la doctrina anglosajona, que englobaría no solamente los conflictos que se plantean entre los intereses de la dirección y control de la sociedad y sus accionistas, así como de éstos entre sí (que abarcaría, por tanto, el primer y segundo conflicto de agencia), sino también las relaciones de la sociedad con terceros y con los acreedores, abarcando el tercer conflicto de agencia[165], en particular cuando la compañía se encuentra en situación de dificultades económicas. Con anterioridad, se había venido considerando que estas cuestiones debían quedar fuera del gobierno corporativo de la sociedad, pues los acreedores no formaban parte de éste, ya que su posición únicamente adquiere protagonismo en situaciones de insolvencia o en la proximidad de la insolvencia, de modo que bastaría a estos efectos con que el posible conflicto se resolviera en sede contractual, o incluso, con arreglo al Derecho de la Insolvencia, sin que fuera necesario que el Derecho de Sociedades o el marco de gobierno corporativo se ocupara específicamente de ello.

Sin embargo, ha sido necesario regular no solamente las relaciones entre administradores y accionistas en situaciones de normalidad económica, sino también las relaciones con los terceros y en particular, con los acreedores, pues existen situaciones en que los administradores pueden tender a llevar a cabo actuaciones que, si bien atienden a la maximización del beneficio del accionista, pueden producir efectos adversos en el medio y largo plazo a los acreedores. Por ello, se ha considerado que el gobierno corporativo ha de incluir también unas pautas de actuación dirigidas fundamentalmente a los administradores, para evitar comportamientos de éstos o de los socios que puedan

---

[164] FLETCHER, I.: "*Spreading the gospel: the mission of insolvency law and insolvency practitioners, in the early 21st century"*, JBL Issue 7-2014, Thomson Reuters; SCHMIDT, K.: *"¿Desbanca el Derecho Concursal al Derecho de Sociedades? Disputas societarias debt-to-equity swap y take-over*?", RcP 22/2015, pp. 3030-314 (trad. Borja Alcázar Pérez). También en "*Conflictos de interés entre socios, acreedores y administradores en la proximidad de la insolvencia*", trad. CHAMORRO, C. en AA.VV. *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, PULGAR EZQUERRA, (dir.), RECAMÁN GRAÑA (coord.), Madrid, 2020, pp. 42-54.

[165] Vid. ARMOUR, J.; HANSMANN, h.; KRAAKMAN, R. y PARGENDLER, M.," What *is Corporate Law?"* "*Agency Problems and Legal Strategies*", en AA.VV. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3ª edición, New York, Oxford University Press, 2017, pp. 109-143. FARRANDO MIGUEL, I.: "*Una aproximación al buen gobierno de las sociedades anónimas abiertas"*, RdS, 26/2006, pp. 355-435.

comprometer la posición de los acreedores. Tal tendencia se ha patentizado en el seno del Derecho de la reestructuración de empresas en crisis que ha cristalizado en la Unión Europea sobre todo tras la aprobación de la Directiva 2019/1023. En efecto, asistimos a una evolución relevante al otorgar mayor protagonismo a los acreedores en el ámbito del gobierno corporativo de las sociedades, aun cuando no sean objeto directo de su regulación, por razón de los riesgos que evidentemente asumen en la actividad empresarial, cuya protección se encomienda al Derecho de Insolvencia y al Derecho contractual, pero que puede y debe ser objeto de protección en una fase anterior de prevención de la propia situación de insolvencia. En segundo lugar, debe indicarse que ello adquiere matices propios en el caso de las sociedades cotizadas, en que la normativa ha tendido a articular mecanismos de protección a los acreedores tanto ex ante como ex post. En la práctica el capital social se ha revelado como insuficiente para garantizar la protección de los acreedores[166], de modo que ha sido preciso establecer una serie de mecanismos que pretenden cumplir una función de garantía y protección de los intereses de los acreedores, como son la cifra de capital mínimo, la obligación de dotar reserva legal, el control del desembolso de aportaciones, etc. Debe destacarse en este ámbito la prohibición de distribución de dividendos mientras el patrimonio neto no cubra la cifra de capital social (art. 321 TRLSC), con responsabilidad de administradores y socios en caso de distribución indebida. En lo que hace a los mecanismos de protección ex post, deben citarse el deber de disolución previsto en el art. 363.1.e) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que constituye una norma que sanciona el comportamiento del administrador social que no promueve la disolución o el concurso en caso de concurrencia de causa legal, determinando su responsabilidad por las deudas sociales posteriores a que se produzca la causa legal de disolución (art. 367 LSC).

Existen, además, otros supuestos de responsabilidad que pretenden cumplir esta función tuitiva o de garantía de los acreedores, con carácter ex post, como la responsabilidad personal de los socios por reducción de capital en caso de devolución de aportaciones o constitución de reserva indisponible y derecho de oposición de acreedores (art. 331 y 332

[166] Vid. sobre esta cuestión, ALONSO LEDESMA, C.: "*Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores*", en AA.VV. *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, T.I. Madrid, 2007, pp. 127ss.; ARMOUR, J. "*Legal capital: an outdated concept?*", *European Business Organization Review*; GARRIDO, J.: "*Capital Social y reglas de solvencia*", en AA.VV. *Liber Amicorum, J.L. Iglesias*, GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.),2014, pp. 519 y ss.

TRLSC), así como el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, por liquidación y cancelación registral de la sociedad (art. 399 TRLSC, denominado pasivo sobrevenido).

Partiendo de la concepción de gobierno corporativo que se ha expuesto, esto es, comprensiva no solamente de las cuestiones relativas a las relaciones entre el órgano de administración y los socios, sino también de la dirección y control de la sociedad y de las relaciones con terceros y con acreedores, se plantearía el encuadre de estos conflictos dentro de lo que se ha venido en denominar responsabilidad social corporativa [167] , especialmente relevante en el caso de grandes empresas y sociedades cotizadas, que comprende las repercusiones que la actividad de la empresa tiene en sus clientes y en la sociedad en su conjunto. En este contexto, nos encontramos con un planteamiento más amplio que el que se había seguido tradicionalmente, pues se atiende no solamente a los conflictos que se suscitan en el ámbito interno de la sociedad (administradores, socios) sino también las consecuencias que la actividad empresarial presenta respecto a terceros, como trabajadores, inversores, clientes y también acreedores[168], siendo preciso atender también a estos intereses en situación de crisis económica de la empresa o cuando ésta se encuentra atravesando una situación de dificultades financieras. En este punto es donde entra en juego el Derecho preconcursal y concursal, tratando de determinar las líneas de actuación de socios y acreedores frente a los terceros, incluyendo a los acreedores, y fijando las reglas para solventar los conflictos que surgen también entre acreedores y socios (abusos de minoría y de mayoría)[169]. Como corolario a dicha evolución, hacia

---

[167] Vid. sobre la responsabilidad social corporativa, ESTEBAN VELASCO, G.: "*Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el gobierno corporativo",* en AA.VV. *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Navarra, 2014, pp. 271-297; ALONSO UREBA, A. "*El gobierno de las grandes empresas*" en AA.VV. *El Gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN VELASCO (dir.), Madrid, 1999, pp.105-106; ALONSO LEDESMA, C.: "*Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula de interés social"*, en AA.VV. Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena, Madrid, 1991, pp. 41-42 y 44-45.

[168] En este punto, puede citarse también el novedoso planteamiento que se ha venido desarrollando en materia de gobierno corporativo, prestando atención a los riesgos fiscales y a las buenas prácticas tributarias sobre todo en grandes empresas y sociedades cotizadas, en la línea marcada por la OCDE. Vid. *La relación cooperativa: un marco de referencia. De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo*, OECD publishing, París, 2013; *Co-operative Tax Compliance. Building better tax control frameworks*, OECD publishing, París, 2016. En nuestra doctrina, entre otros, vid. GARCÍA HERRERA BLANCO, C.: "*Buen gobierno fiscal y cumplimiento cooperativo con las grandes compañías*". Quincena fiscal, enero 2017. Este nuevo enfoque en materia de gobierno cooperativo debe tenerse presente a la hora de diseñar las pautas de gobierno corporativo en situaciones próximas a la insolvencia, en lo que respecta a las relaciones con la Hacienda Pública como acreedor.

[169] Sobre esta cuestión, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "*La primacía de los accionistas y la RSC: ¿una compatibilidad posible?"* (http://eprints.ucm.es), pp.16ss.

planteamientos más cercanos a los modelos anglosajones de gobierno corporativo, se observa la instauración de un elenco de deberes de los administradores frente a los acreedores, tanto por vía legal (*wrongful trading*), como jurisprudencial (modelo EEUU), recogido también en los Principios del Banco Mundial en materia de insolvencia (Principio B.2)[170]. También la Directiva 2019/1023, tras un debate sobre la cuestión, ha optado por incluir un precepto dedicado específicamente a los deberes de los administradores en la proximidad de la insolvencia (art. 19)[171].

Debe reseñarse, como punto relevante en esta evolución y cambio de paradigma, el surgimiento de una disciplina o rama específica dentro del gobierno corporativo, que se ha denominado *insolvency governance*, que abarca el gobierno de la empresa en dificultades, tanto en situación de insolvencia propiamente dicha, como en situaciones próximas a la insolvencia[172]. Una de las cuestiones que ha resultado más compleja de determinar es la relativa al presupuesto objetivo que desencadena el *insolvency governance*, esto es, si las medidas especiales que engloba este régimen han de aplicarse en situación de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o en riesgo de insolvencia[173]. En este marco, nos encontramos, como ha destacado la doctrina, con especiales dificultades cuando no se establece un concreto momento en que han de ser tenidos en cuenta los intereses de los acreedores por los administradores sociales,

---

[170] *Principles for insolvency and creditor/debtor regimes*, 2021. Se dispone así en relación con las obligaciones de los directores en el período previo a la insolvencia que las leyes que regulan las obligaciones de los directores en el período en el que la insolvencia se aproxima deben promover una conducta societaria responsable, así como fomentar la asunción razonable de riesgos y alentar las reorganizaciones empresariales. Para afrontar el incumplimiento de las obligaciones de los directores, la ley debe establecer acciones adecuadas que puedan hacerse valer tras el inicio de los procedimientos de insolvencia.
En segundo lugar, se señala que legalmente debe establecerse el deber de los administradores sociales, cuando conozcan o hubieran razonablemente debido conocer que la insolvencia de la empresa es inminente o inevitable, de tomar en consideración en su actuación los intereses de los acreedores y otras partes interesadas (*stakeholders*) y adoptar medidas razonables para evitar la insolvencia o minimizar su alcance cuando ésta resulte inevitable. Ello supone en definitiva la implantación de un marco de deberes y responsabilidad preconcursal de los administradores frente a los acreedores sociales y un cambio de paradigma en el bloque continental europeo, dando lugar un tránsito desde tesis contractualistas hacia institucionalistas de la cláusula del interés social.

[171] La traducción española no parece del todo exacta, pues se refiere "*insolvencia inminente"* en lugar de "*probabilidad de la insolvencia*" lo que choca con la versión en inglés, idioma utilizado durante la elaboración y debate de la Directiva.

[172] MEGÍAS LÓPEZ, J.:" *Noción de Gobierno Corporativo y su papel en la crisis empresarial*" en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia,* op. cit. p. 151; EIDENMÜLLER, H. "*Comparative Corporate Insolvency* Law", en GORDON y RINGE (dirs.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford University Press, 2018, pp. 1003 y 1018.
[173] RECAMÁN GRAÑA, E.: "*Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración*", en RcP, núm. 32, 2020.

existiendo autores que defienden la mayor anticipación posible, para aumentar las posibilidades de éxito de la reestructuración[174]. Con todo, hay autores que sostienen que los deberes de diligencia y de lealtad no se ven modificados cuando la sociedad se encuentra en una situación próxima a la insolvencia, pues los deberes de diligencia y de lealtad (arts. 225 ss TRLSC) permanecen invariables y conservan además la protección de la *business judgement rule* que les otorga protección frente a posibles demandas cuando hayan actuado de buena fe, desinteresadamente y a través de un procedimiento de toma de decisión adecuado y dentro de sus competencias de gestión[175].

En este punto, puede afirmarse que el *insolvency governance* proporciona pautas de actuación de las que carece nuestro Derecho de Sociedades en situaciones próximas a la insolvencia, a diferencia de lo que acontece con otros ordenamientos jurídicos como el británico o el portugués. De ahí la relevancia de la regla contemplada en el artículo 19 de la Directiva 2019/1023, ya citada, que obliga a los Estados miembros a cerciorarse de que en caso de insolvencia inminente[176], los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa. Se ha planteado, en ese ámbito, que esta regla únicamente despliegue sus efectos en el contexto de un plan de reestructuración, sin que se le pueda atribuir el carácter de norma de naturaleza general[177]. El precepto, por tanto, establece el contenido de los deberes de los administradores, pero esta previsión no agota el contenido del *insolvency governance*, puesto que a lo largo de la Directiva 2019/1023 también se habilita a los Estados Miembros a adoptar medidas que van a condicionar la participación de los socios para la adopción de planes de reestructuración, en el sentido de que la

[174] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva 2019/1023"*, Diario la Ley, núm. 9474. Más recientemente, vid. Capítulo II en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia.*

[175] ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Administradores frente a accionistas y acreedores: «Deberes de lealtad para los accionistas y obligaciones pactadas o legales para los acreedores»* Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis. I Parte. La perspectiva europea. Sección 1. La posición de los administradores ante la crisis de la sociedad.Eds. RECALDE CASTELLS, J.A. BERMEJO GUTIÉRREZ, N. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A.Thomson Reuters-Civitas (2019).

[176] La referencia a la insolvencia inminente en la versión española no parece del todo correcta, pues en otras versiones se traduce más bien como probabilidad de insolvencia.

[177] RECAMÁN GRAÑA, E. op. cit.

armonización pretendida incluye medidas para evitar que los socios puedan obstaculizar la adopción y homologación el plan, fundamentalmente reduciendo las mayorías necesarias para la adopción del plan (arts. 9-12, considerando 57).

En conclusión, lo que se ha observado con carácter general ha sido un desplazamiento del Derecho de Sociedades por el Derecho de Insolvencia y más específicamente por el Derecho de la Reestructuraciones, permitiendo incluso reestructuraciones forzosas aun en contra de la voluntad de los socios. En este contexto, una de las cuestiones que precisamente se ha planteado es la sede en la que se ha de residenciar su regulación, si debe enmarcarse en el ámbito del Derecho de Sociedades (como los *schemes of arrangement* en Reino Unido) o en el Derecho de la Reestructuraciones (como ha sucedido en España). Una de las ventajas que podría presentar su encuadramiento en sede societaria es la eliminación (casi completa) del estigma, pues tendría un ámbito general, no ligado a crisis económicas, con una mayor operatividad. Por el contrario, su regulación en sede de reestructuración preconcursal hace aflorar una problemática especial de coordinación del ámbito societario y preconcursal, que parece ser la opción contemplada por la Directiva 2019/1023.

2. El Derecho de la reestructuración y marco general de obligaciones y contratos.

El carácter transversal del Derecho de la Reestructuración se pone de manifiesto también en el marco jurídico aplicable a las obligaciones y contratos. Se trata de una conexión fácilmente explicable, porque la reestructuración se materializa en virtud de un acuerdo extrajudicial entre deudor y acreedores, que genera obligaciones para ambas partes y cuya base se encuentra en una renegociación de carácter contractual voluntaria. Se distinguen así los acuerdos contractualistas y convencionales y las soluciones procesalistas-concursalistas[178].

Se explica que cuando el deudor no puede satisfacer sus obligaciones de acuerdo con lo pactado, ha de poder invocar la necesidad de renegociar las condiciones en base a una

[178] PULGAR EZQUERRA, J.: "*A contractual versus judicial approach to over-indebtedness: rebus sic stantibus instead of bankruptcy*", AA.VV. *Lifetime contracts*; NOGLER/REIFNER (dirs.), The Hague, pp. 531-551. También, "*Refinanciación de deuda: un enfoque "contractualista" versus "concursalista" de la insolvencia"*, en AA.VV. *Conservación de empresas en crisis*, ARIAS VARONA (dir.), Monografía asociada a la RcP, pp. 1-13.

alteración de las condiciones en que se pactó el contrato que dio lugar a la obligación. Aquí habría que distinguir aquellos casos en que la renegociación del contrato es producto de un pacto entre las partes, porque ya se ha fijado con carácter previo la necesidad de la renegociación, y aquellos casos en que la renegociación viene determinada por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes y la concurrencia de circunstancias que legitiman para solicitar una revisión o renegociación del acuerdo. De este modo, surge la cláusula *rebus sic stantibus* (*et aliquo de novo non emergentibus*), en virtud de la cual se permite, una vez acreditado el cambio de circunstancias, la revisión y resolución del contrato, cuando éste es de larga duración y tracto sucesivo (los denominados *long term contracts*), entre los cuales se encuentran los contratos de financiación[179].

Esta doctrina permitiría la renegociación de contratos cuando de forma sobrevenida se produjeran circunstancias que exigieran un restablecimiento del equilibrio de las prestaciones contractuales, de forma excepcional, habida cuenta de que tal facultad no figura expresamente prevista en nuestra legislación civil, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán (art. 313.1 BGB), sin perjuicio de su reconocimiento doctrinal y jurisprudencial sobre la base del principio de equidad o en la causa de obligaciones y contratos de conformidad con los arts. 1261 y 1274 del Código Civil[180]. El Tribunal Supremo ha venido realizando una interpretación restrictiva de su aplicación, exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos: una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; que todo ello acontezca por razón de que han sobrevenido circunstancias radicalmente imprevisibles.

Sin embargo, la STS de 30 de junio de 2014 (rec. 2250/2012), ha matizado la doctrina citada, considerando que se debe dotar a la figura de "*una configuración plenamente*

[179] El origen de esta doctrina proviene del Derecho Canónico y fue tomada por la Escuela de Derecho Natural racionalista de los siglos XVII y XVIII. Posteriormente, también fue recuperada por diversos autores durante el período de entreguerras en Alemania y en Austria. Vid. OERTMANN, P.: *Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff*, 1921, Scholl. En nuestra doctrina, vid. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, págs. 871-884; SALVADOR CODERCH, P. "*Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*", en Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2130/abril 2011.

[180] Vid. DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967. Pp. 313ss.

normalizada" en línea con las STS de 17 de enero de 2013 (rec. 1579/2010) y STS de 18 de enero de 2013, (rec. 1318/2011), de modo que parece que se quiere excluir que se trate de una institución de aplicación restrictiva[181]. Lo relevante a estos efectos es que se sienta como criterio general que la crisis económica "*puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido*". En este sentido, para la aplicación de la doctrina comentada es preciso analizar si, en el caso concreto, ha tenido incidencia real la situación de crisis económica, partiendo de que ello se producirá cuando el cambio provocado por la crisis suponga un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

En este sentido, la reciente crisis económica provocada por la pandemia derivada del Covid-19[182] ha dado lugar a algunos pronunciamientos jurisprudenciales resaltables, sin que exista jurisprudencia que se pueda considerar extensa o unánime sobre su aplicabilidad. Puede citarse, como ejemplo de ello, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de febrero de 2018 (rec. 443/2016) que admite la aplicación de la cláusula rebus cuando por razón de una situación de crisis económica prolongada, en la que la excesiva demora del Ayuntamiento en la concesión de la Licencia de obra agrava aún más la situación, la ejecución del contrato en sus términos resulta totalmente inviable desde el punto de vista económico para la promotora, tanto que el contenido del contrato ha de ser modificado o resuelto sin necesidad de acudir al art. 1.124 del Código Civil por no haber incurrido las partes en incumplimiento contractual alguno.

Como antecedente, puede citarse igualmente la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009, en el que

---

[181] *"Respecto de la cuestión de fondo que plantea el presente caso, en torno a la valoración del régimen de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, debe señalarse que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula "peligrosa" y de admisión "cautelosa", con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles"; caso de la sentencia de esta Sala, de 10 de febrero de 1997, que es tomada como referente por la Audiencia Provincial."*

[182] Vid. sobre esta cuestión, la obra colectiva, VV.AA: *La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos.* Dir. IZAGUIRRE GÓMEZ, S. PERALES VISCASILLAS, P. Editorial Tirant lo Blanc, 2021, 1º Ed.

se establecía la posibilidad de revisar y resolver un contrato cuando hayan concurrido circunstancias imprevisibles que hagan el negocio excesivamente oneroso o frustren el fin del contrato, en estos términos: *"Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubiesen cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante, al que atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato podrá pretender su revisión y si ésta o es posible o no puede imponerse a una de las partes, podría aquél pedir su resolución*."

El problema que se plantea es que la invocación y aplicación práctica de la cláusula no resulta eficaz, dada la celeridad que exigen los procesos de reestructuración de deuda. Por ello, este tipo de soluciones de carácter "*contractualista*" no son suficientes para dar solución a la problemática derivada de la imposibilidad de cumplimiento ordinario de las obligaciones y las situaciones de insolvencia del deudor, incluyendo la protección de los acreedores financieros. Por ello, se ha producido la superación de los principios tradicionales del Derecho de Obligaciones y Contratos y la regla de la unanimidad, aplicando la regla de la mayoría y la previsión de la homologación judicial, que permitirá extender el contenido del acuerdo a acreedores minoritarios que pudieran pretender bloquear la suscripción del acuerdo, incurriendo incluso en un ejercicio abusivo de su derecho o con carácter antisocial (art. 7.2 CC)[183].

En este marco, se plantea la problemática, puesta de manifiesto por la doctrina[184] derivada del denominado riesgo de *holdout*, esto es, que los acreedores que no estén dispuestos a suscribir el acuerdo con el deudor (acreedores disidentes) lleven a cabo actuaciones tendentes a la ejecución de sus respectivos créditos, al margen completamente de los cauces contractuales que se hubieren previsto. Para solventar los problemas derivados un posible abuso de minoría crediticia[185] se ha tratado de elaborar una construcción que

[183] Vid. REIFNER, U. "*Good faith": interpretation or limitation of contracts? The power of German judges in financial services law*, en BRONSWORTH/HIRD/HOWELLS, *Good faith in contract*, Ashgate, Dartmouth, 1999, pp. 269-310.

[184] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "*Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio"*, RcP, 27/2017, pp. 43-67.

[185] PULGAR EZQUERRA, J., op.cit.

permita que la oposición formulada por dicha minoría no pueda tener la posibilidad de impedir la suscripción de un acuerdo entre el deudor y los acreedores, con la consiguiente superación del principio de la relatividad de los contratos o *pacta sunt servanda*, que constituye el eje sobre el que se ha elaborado la teoría general de las obligaciones y contratos.

A esta problemática (ya de por sí suficientemente relevante) se añade la cuestión relativa a las denominadas asimetrías informativas, características de este tipo de procesos y que incide directamente no solamente en este ámbito, sino que se proyecta sobre el actual derecho preconcursal[186], que se concreta en que los acreedores, durante las negociaciones del acuerdo, no disponen de idéntica información sobre la situación económica y financiera del deudor. De este modo, los acreedores que dispongan de menor información tenderán a actuar de forma individualista y tratarán de ejecutar sus respectivos créditos bien a través de un procedimiento de ejecución individual bien a través de un procedimiento de ejecución colectiva (concurso de acreedores) donde el deudor estará obligado a compartir la información necesaria que permita a los acreedores tomar sus decisiones de forma motivada[187].

Así las cosas, la doctrina [188] ha identificado dos vías para solventar los problemas derivados de las asimetrías informativas comentados: en primer lugar, satisfacer a los acreedores peor informados con preferencia al resto de los acreedores, excluyéndoles del posible acuerdo extrajudicial, lo que impediría que pudieran bloquear el posible acuerdo mediante la solicitud de concurso necesario. Esta vía presenta de todos modos el problema de que, en función de la situación en la que se encuentre el deudor y dependiendo de la evolución (favorable o no) del acuerdo, dichos pagos puedan ser eventualmente rescindidos en un concurso posterior. Por ello, una segunda alternativa sería el arrastre de acreedores disidentes, esto es, la vinculación del acuerdo a terceros que no han votado a

[186] SILSON/JOHN/LANG, "*Troubled debt restructurings: an empirical study of private reorganisation if finances in default"*, en AA.VV. ALTMAN, *Bankruptcy and distressed restructuring*, Maryland, 1998, pp. 77-100.

[187] Debe reseñarse aquí que el acreedor también puede instar el concurso necesario, para soslayar precisamente el problema de las asimetrías informativas derivadas de las negociaciones extrajudiciales, destacando en este marco el privilegio del acreedor instante, previsto en el artículo 280.7º TRLC), finiquitando las posibilidades de alcanzar un acuerdo extrajudicial que ponga fin a la crisis del deudor.

[188] PULGAR EZQUERRA, J., op.cit.

favor de este, lo que implica, como se ha destacado por la doctrina[189], la superación del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), a los efectos de viabilizar la conclusión de un acuerdo que permita al deudor la continuación de su actividad sin necesidad de obtener el voto favorable de la totalidad de sus acreedores[190].

El fundamento jurídico de la superación de la regla de la relatividad de los contratos se encuentra, por tanto, en la regla de la mayoría, acogiendo de este modo la tesis doctrinal francesa del reconocimiento del poder de la mayoría para modificar el contrato[191]. A estos efectos, resulta imprescindible articular alguna forma de publicidad frente a terceros, para que sean conocedores del contenido del acuerdo y que puedan oponerse o impugnarlo, para garantizar adecuadamente su derecho de defensa[192]. Debe recordarse que el riesgo que puede concurrir en este tipo de actuaciones es la existencia de un abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo, ex artículo 7.2 CC, imponiéndose el criterio de una minoría o minorías frente al criterio de la mayoría que permitiría la continuación de la actividad empresarial sin acudir al mecanismo del concurso de acreedores. En este punto,

[189] PULGAR EZQUERRA, J., op.cit.

[190] No obstante, debe mencionarse el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid, de 30 de abril de 2020, que, inaudita parte, acordó la suspensión de la obligación impuesta al grupo CELSA en un determinado acuerdo de refinanciación sindicada del cumplimiento de determinadas ratios financieros, así como el aplazamiento por un año de ciertos vencimientos. Al tiempo, impuso la prohibición a un número de fondos de inversión que actuaban como prestamistas en el contrato de financiación sindicada resolver el contrato de financiación y ejecutar las garantías previstas en el mismo. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* exige que se haya producido el acaecimiento sobrevenido de circunstancias no previstas en el momento de celebración del contrato y que alteran de forma sustancial el equilibrio contractual, para lo que es preciso que el contrato no haya fijado previamente la distribución de los riesgos entre las partes, pues en tal caso, cada parte debería asumir aquel riesgo al que contractualmente está obligado. El Auto ha sido comentado por MANZANARES SECADES, A.: "*El auto de medidas cautelares en la refinanciación de Celsa"*. Publicado por Almacén de derecho | Jul 16, 2020. https://almacendederecho.org/el-auto-de-medidas-cautelares-en-la-refinanciacion-de-celsa . El autor pone de manifiesto que cuando las partes han efectuado una concreta distribución de riesgos en el contrato, fijando cuál de ellas soporta cada uno de los riesgos, en principio no cabría la aplicación de la cláusula, tal y como ha declarado la jurisprudencia. Esta distribución del riesgo se realiza a través de la MAC (Material Adverse Change). Y, como señala este autor, el riesgo en un contrato de financiación sindicada lo soporta siempre el deudor.

[191] Posición sostenida por THALLER, que comentó la Sentencia de casación francesa de 20 de mayo de 1892 en el que se admitió el poder de la mayoría para modificar el contrato social de la "*Société Génerale fournitoures militaires pertix*".

[192] Así se reconocía en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, en relación con los acuerdos de refinanciación y hoy figura igualmente en los planes de reestructuración regulados en el Libro II del Texto Refundido de la Ley Concursal.

es importante destacar que frente a lo que acontece respecto a los socios en el ámbito de las sociedades de capital, no concurren deberes de fidelidad entre acreedores[193].

Asimismo, otro riesgo que es preciso mitigar es el derivado de la rescisión de acuerdos alcanzados entre el deudor y sus acreedores, debiendo condicionarse la protección al cumplimiento de determinadas garantías o requisitos, como se ha exigido en los acuerdos de refinanciación en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley Concursal de 2003, sin que ello excluya el ejercicio de otras acciones de impugnación, como las de nulidad, anulabilidad, rescisión por lesión, etc.

Como aplicación concreta, a nuestro juicio, de esta interacción entre el Derecho de las Obligaciones y Contratos y el Derecho de las Reestructuraciones, puede señalarse la modificación normativa, temporalmente limitada (hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive) contenida en el artículo 5 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia[194], que habilita al deudor que tuviera homologado un acuerdo de refinanciación a modificar el acuerdo que tuviera en vigor o alcanzar otro nuevo, aunque no haya transcurrido un año de la anterior homologación[195]. Esta previsión supone la aplicación legislativa concreta de la cláusula rebus sic stantibus, asumiendo la norma legal que la crisis provocada por el COVID-19 constituye una alteración extraordinaria de las circunstancias subyacentes a los acuerdos de refinanciación vigentes, de naturaleza imprevisible, permitiendo al deudor instar la modificación del acuerdo sin sujetarse a la

[193] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: *Reestructuración de Sociedades de Capital y Abuso de Minorías.* Universidad Complutense de Madrid. Febrero 2013.

[194] Se incluye también un apartado 2, en el que se especifica que hasta el 31 de octubre de 2020 inclusive, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación se presenten por los acreedores, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurra un mes a contar de dicha fecha. Durante ese mes el deudor podría poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Si dentro de los tres meses siguientes a la comunicación al juzgado, el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de modificación del que tuviera en vigor u otro nuevo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.

[195] Vid. sobre el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, precedente de la Ley 3/2020 citada, VALENCIA, F. "*Los acuerdos de refinanciación. Observaciones de urgencia al Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. El Derecho concursal de emergencia*", Anuario de Derecho Concursal núm. 50/2020.

limitación temporal prevista en el entonces artículo 617 del Texto Refundido de la Ley Concursal (actual art. 609).

Otro punto de conexión (si bien más con el Derecho de la Insolvencia general) viene constituido por el debate doctrinal que se suscitó en su momento en torno a la modificabilidad del convenio[196], que enlaza con la determinación de la naturaleza jurídica del mismo, a saber, si se trata de una figura meramente contractual, como contrato de tracto sucesivo, o si, más bien, presentaría una naturaleza procesal, al encontrarse sujeto a control judicial[197]. En todo caso, debe reseñarse que el art. 401 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal en la actualidad sí prevé la modificación del convenio concursal con posterioridad a su aprobación, sometiéndolo a determinados requisitos[198].

Esta posibilidad había sido acogida hasta en dos ocasiones por el legislador: de un lado, el denominado "*reconvenio*", en la Disposición Transitoria 3ª del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 se septiembre, plasmada posteriormente en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en la misma ubicación y, más recientemente, en el artículo 3 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, en ambos casos como normas excepcionales y transitorias.

---

[196] Vid. a este respecto, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. "*Convenios concursales de segunda generación: modificabilidad del convenio en ejecución"*, Anuario de Derecho Concursal, 32/2014. Editorial Civitas.

[197] Sobre esta cuestión, puede citarse la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011, que declaró: «*El convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquél con cada uno de éstos, tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial. Sin embargo, el papel que corresponde al Juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo -o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca-, pero no modificar su contenido – artículo 109 , apartado 2, en relación con el 129 , apartados 1, 2 y 3, de la Ley 22/2003–. En definitiva, la necesidad de aprobación judicial no significa que no sean el deudor y los acreedores los legitimados para determinar el contenido de la reglamentación de sus intereses, en que consiste el convenio*».

[198] La modificación del convenio una vez aprobado constituye una de las novedades introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma Concursal. En este sentido, ya figuraba contemplada la figura en el Bankrupcy Code de EEUU y en la Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 2004, que admite esta posibilidad, una vez que se haya producido su aprobación u homologación judicial, en los siguientes términos: «*el régimen de la insolvencia también puede prever la posibilidad de modificar en cierta medida un plan ya aprobado por los acreedores (antes y después de su confirmación judicial) si fracasa su ejecución o es total o parcialmente inviable, y si con la modificación puede resolverse el problema planteado*» (párrafo 66).

Por otro lado, un sector doctrinal matizó en su momento este carácter meramente contractual del convenio, lo que constituiría un serio obstáculo a su modificación, en ausencia de previsión legal expresa [199]: "*el convenio, por más que tenga naturaleza contractual, no es un contrato cualquiera; es un contrato de masa, de imposición colectiva y en cuyo cumplimiento subyace un interés público".* Otro sector doctrinal, por el contrario, se mostró favorable a dicha invocación[200], considerando que el juez estaría habilitado para no considerarlo incumplido por un mero retraso en el pago, interpretando el calendario de pagos a la luz de las circunstancias excepcionales e imprevisibles actuales. En esta situación, el deudor podría acudir a dicha cláusula, informando al órgano jurisdiccional con antelación del retraso que se va a producir en el pago en que consiste el cumplimiento del convenio, por suponer un sacrificio exorbitante, dadas las circunstancias excepcionales e imprevisibles derivadas de la pandemia[201].

En lo que hace específicamente a la aplicación jurisprudencial de la cláusula rebus como fundamento de la modificación del convenio concursal, debe citarse, en primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, núm. 177/2010, de 26 de abril, que consideró que no había tal desproporción entre las prestaciones de las partes, pues las mismas se habían producido antes de la suscripción del convenio, el cual había modificado ya la obligación de pago que incumbía al deudor, por lo que la única modificación existente no lo era en relación a las prestaciones de las partes, sino la imposibilidad del deudor de conseguir financiación para cumplir sus deudas y el convenio pactado. Así, se declara que tal circunstancia se debió tener en cuenta en el propio convenio, a lo que se añade que el juez no está habilitado para modificarlo. El

[199] MUÑOZ PAREDES, A. "*Convenio, reconvenio y ultraconvenio".* Diario La Ley, Nº 9626, Sección *Cuestiones de práctica concursal*, 6 de Mayo de 2020, Wolters Kluwer.

[200] GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "*Incumplimiento de convenio concursal y Estado de Alarma". Diario La Ley*, nº 9611, Sección Tribuna, 13 de abril de 2020, Wolters Kluwer.

[201] Con carácter general, se han mostrado favorables a la modificación del convenio, entre otros, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona de 23 de diciembre de 2010, en el que se acordó la homologación de un acuerdo de una quita adicional del 50% para las entidades financieras, que expresamente la admitieron. También puede citarse el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 11 de junio de 2013 en el que se acuerda la modificación de un convenio concursal, habiéndose manifestado la conformidad con la misma por el 90% de acreedores financieros: "*En este caso se da la circunstancia de que más de un 90% de los acreedores financieros o se han adherido a la modificación del calendario de pago o, cuando menos, no se han opuesto formalmente a esta modificación. Debe advertirse que una parte de las entidades están intervenidas por organismos públicos o han podido ceder parte de sus créditos a la SAREB lo que dificulta la obtención de una conformidad expresa, de ahí que puesto que se han realizado las informaciones y traslados pertinentes sin que conste formal oposición, se haya decidido extender los efectos de esta modificación a todas las entidades financieras que no hayan expresado formalmente su disidencia".*

incumplimiento del convenio conlleva una serie de consecuencias legales, que no son disponibles para el órgano jurisdiccional, concluyendo que no cabe aplicar la cláusula al objeto de enervar la acción de incumplimiento de convenio que ha sido ejercitada por varios acreedores.

En segundo lugar, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander de 8 de octubre de 2013, se pronunció en sentido contrario a la modificación amparada en la cláusula rebus sic stantibus, pretendiendo dejar sin efecto una de las cláusulas del convenio, declarando que, por efecto de la cosa juzgada, no cabía la modificación de una sentencia firme (que examinó y aprobó la propuesta de convenio aceptada y a la que hubo ocasión de oponerse), sino que incluso, en el caso de la propuesta de convenio, su inmutabilidad es invocable desde momentos anteriores a su aceptación por la junta y a su aprobación judicial. Por ello, al no ser admisibles ni adhesiones condicionadas o conteniendo modificaciones a la propuesta, ni su revocación o modificación una vez admitida a trámite, ni siquiera su modificación por el Juez como consecuencia de la oposición a la propuesta aceptada por la junta en la sentencia que resuelve el correspondiente incidente, que habría de aprobar o rechazar el convenio, pero nunca modificarlo. Así, el Auto concluye que no cabe en este momento admitir una pretensión de modificación del convenio aprobado por sentencia firme, puesto que el convenio fue aceptado y aprobado sin oposición alguna.

Por otra parte, más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, núm. 214/2019, de 14 de marzo, analizó la invocación por parte del deudor de la cláusula rebus para enervar igualmente el incumplimiento del convenio. Señala que tal invocación no se ajusta a las determinaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2019. En el caso planteado, se aducía un acontecimiento (el de embargos administrativos acordados tras la aceptación del convenio) que no era imprevisible a los efectos de la aplicación de la cláusula, siendo precisamente lo contrario, ya que tras la aprobación del mismo es lógico que los acreedores públicos insten el cumplimiento forzoso de sus créditos ajenos al convenio; y, en segundo lugar, no era sobrevenido, por cuanto que ya había acontecido antes de su aprobación, de modo que ya concurría una circunstancia conocida por el deudor que podía impedir su cumplimiento.

La sentencia explica que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que han regulado los efectos de la alteración de la base del negocio - *geschfätsgrundlage*, en el derecho

alemán (§ 313 BGB); *eccesiva onerosità sopravenuta* en el Código civil italiano (LEG 1889, 27); o *frustration of hardship* del derecho anglosajón-, nuestro Código Civil no regula un mecanismo semejante que expresamente permita modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles para el cumplimiento del contrato.

No obstante, en la actualidad existe una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación) y nacionales (art. 1213 CC de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación).

El citado art. 6.111 de los Principios del Derecho Europeo de la Contratación, relativo al "*Cambio de Circunstancias*", señala:

"(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

"(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias".

Aunque los Principios de Derecho Europeo de los Contratos no tienen carácter vinculante, la sentencia reconoce que la jurisprudencia los ha utilizado reiteradamente como criterios interpretativos de las normas de derecho interno. Mientras que, en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación, se propone para el art. 1213 CC la siguiente redacción, inspirada tanto en la idea de la causa negocial, como en la de la asignación de riesgos:*" Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el*

contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

"*La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".*

[...]

3.- Tanto en la jurisprudencia como en las regulaciones internacionales antedichas es condición necesaria para la aplicación de la regla rebus la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo."

Posteriormente, el legislador introdujo esta posibilidad en el artículo 3 de la Ley 3/2020 (recogiendo lo ya previsto en el Real Decreto-ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia) con una duración temporal limitada (hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive) y sin sujetarlo a acreditación fáctica alguna.

3. El Derecho de la reestructuración y el Derecho de la competencia.

El Derecho de la Competencia y el Derecho Concursal son ramas del ordenamiento jurídico que, a priori, se encuentran bien diferenciadas, poseyendo cada una de ellas un ámbito definido. Así, el Derecho Concursal puede conceptuarse como aquella rama del derecho que tiene por objeto la satisfacción de los derechos de los acreedores sobre el patrimonio de un deudor común; y, por su parte, el Derecho de la Competencia tiene como finalidad proscribir los acuerdos que impidan, restrinjan o falseen la competencia; la explotación de las posiciones de dominio en el mercado, el control de las concentraciones

y la supervisión de las ayudas públicas a las empresas, protegiendo directamente a los consumidores[202].

La finalidad asignada al Derecho de Competencia de satisfacer el principio de eficiencia del mercado, esto es, el principio de igualdad de trato de los competidores en el mercado, de modo que el Derecho de la Reestructuración de Empresas en Crisis debería, además, alinearse con los objetivos del Derecho de la Competencia en el marco concreto de los criterios determinantes de la salida del mercado de las empresas. Son diversos los ámbitos en los que en concreto se produce tal interacción. La aplicación del derecho de la competencia en un contexto concursal exige el establecimiento de una serie de reglas que garanticen los objetivos y finalidad de cada una de estas ramas del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, los actores en cada una de las ramas anteriormente mencionadas son también distintos. En el Derecho Concursal, son los acreedores del concursado (empresa en crisis) y los trabajadores; en el Derecho de la Competencia, consumidores y empresas competidoras. También el juez de lo mercantil, que actúa en el ámbito propiamente concursal y las autoridades administrativas de defensa de la competencia, elementos éstos que, en caso de conflicto, también propician soluciones divergentes, pues el control judicial se atribuye a órdenes jurisdiccionales distintos. Finalmente, debe igualmente citarse a la Administración Pública, que puede actuar como acreedor en el concurso, como entidad inspeccionada y como concedente de ayudas de diversa índole.

Debemos distinguir, en primer lugar, la proyección del derecho de la competencia sobre "empresas en crisis"[203] o empresas que atraviesan dificultades financieras, lo que se

---

[202] Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.: "*Confluencia y conflicto entre el derecho de la competencia y el derecho concursal"*. Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación. Volumen XI. (Dir. Ortiz Blanco, L.; Ruiz García, N.). Ed. Dykinson. 2013. Pág. 448.

[203] A tenor de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis (2014/C 249/01) "*una empresa se considerará en crisis si, de no mediar una intervención del Estado, su desaparición económica fuera casi segura a corto o medio plazo"*. Continúa el apartado 2.2 de las Directrices declarando que "*Por consiguiente, se considerará que una empresa está en crisis si concurre al menos una de las siguientes circunstancias:*

a) tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando haya desaparecido más de la mitad de su capital social suscrito como consecuencia de las pérdidas acumuladas; es lo que sucede cuando la deducción de las pérdidas acumuladas de las reservas (y de todos los demás elementos que se suelen considerar fondos propios de la sociedad) conduce a un importe acumulativo negativo superior a la mitad del capital social suscrito;

b) tratándose de una sociedad en la que al menos algunos socios tienen una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la sociedad, cuando haya desaparecido por las pérdidas acumuladas más de la mitad de sus fondos propios que figuran en su contabilidad;

observa particularmente en el régimen de ayudas de Estado, en particular, ayudas de saneamiento y reestructuración; en la reducción de sanciones económicas por vulneración de normas de derecho de la competencia por razón de dificultades económicas ("*inability to pay"*) y la excepción de empresa en crisis como elemento de análisis en una concentración ("*failing firm defence*")[204].

En segundo lugar, existen situaciones que se producen en el ámbito estrictamente concursal que pueden presentar consecuencias desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Nos estamos refiriendo a los parámetros con arreglo a los cuales las Administraciones Públicas pueden votar a favor del convenio (quitas, esperas), o el voto al convenio por parte de competidores del deudor, así como las operaciones de modificación estructural de sociedades mercantiles que pueden ser calificadas como concentraciones desde el punto de vista del Derecho de la Competencia (operaciones de fusión, escisión y transmisión de activos y pasivos).

En tercer lugar, en medidas concretas de reestructuración societaria que permiten la toma de control de determinadas empresas en condiciones que pueden resultar contrarias al derecho de la competencia. También, en el mecanismo de segunda oportunidad, que habilita a llevar a cabo reestructuraciones de deudores empresarios personas físicas.

Una de las cuestiones que se ha planteado recientemente es precisamente la aplicación del Derecho de la Competencia en situaciones de crisis económica generalizada. Nos referimos al debate, ya tradicional, en torno a si es necesario modular o flexibilizar las reglas aplicables en Derecho de la Competencia en un contexto de crisis económica o si, por el contrario, es necesario preconizar su aplicación para lograr una más robusta recuperación económica y proteger en mayor medida a los consumidores[205].

---

c) cuando la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores;

d) tratándose de una empresa que no sea una PYME, cuando, durante los dos años anteriores:

i) la ratio deuda/capital de la empresa haya sido superior a 7,5, y

ii) la ratio de cobertura de intereses de la empresa, calculada sobre la base del EBITDA, se haya situado por debajo de 1,0."

[204] ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. op. Cit. Pág. 448.

[205] Debe citarse al respecto como precedente la respuesta del legislador de EEUU a la crisis económica iniciada en el año 1929, patentizada en la *National Industrial Recovery Act* (conocida como NIRA por sus

En Derecho español, se han adoptado igualmente medidas excepcionales con la finalidad de paliar los efectos derivados de crisis económicas. Así aparecía previsto en el artículo 3.2 b) de la Ley 18/1989, de Defensa de la Competencia, la cual había contemplado la posibilidad de autorizar acuerdos y medidas limitativas de la competencia que tuvieran por finalidad adecuar la oferta a la demanda cuando en el mercado se pusiese de manifiesto una tendencia continuada a su disminución o cuando el exceso de capacidad productiva fuese antieconómico. Esta tendencia se hizo patente también en alguna Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1983 (bajo la vigencia de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Defensa de la Competencia), que declaraba "*si no sería prudente la promulgación de una serie orgánica de disposiciones de carácter coyuntural, dotadas del exigible rango jerárquico, que (..) permitan legitimar, temporalmente, la conclusión de tales conciertos (..).*"[206]

Ahora bien: en la actualidad, la tendencia es exactamente la contraria, pues se ha puesto de manifiesto en la práctica que este tipo de medidas pueden profundizar más las crisis económicas y retrasar la recuperación. De ahí que tanto en el ámbito del derecho norteamericano como en la Unión Europea se haya puesto especial énfasis en la plena aplicación del Derecho de la Competencia también en situaciones de crisis[207]. De hecho, la doctrina ha advertido del peligro de que los competidores en este tipo de situaciones tiendan a pactar en daño de terceros, intenten conseguir la aprobación de operaciones que en un contexto de normalidad sería considerada una concentración anticompetitiva o que

siglas en inglés y denominada oficialmente "*Ley del 16 de junio de 1933")*. La ley tenía por finalidad facilitar la recuperación económica tras la Gran Depresión. Para ello, entre otras medidas, suspendió las leyes antitrust y apoyó la cooperación entre empresas. Sus efectos han sido analizados, entre otros, por CRANE, D.A. en "*Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History*", Global Competition Policy, Diciembre 2008, en www.globalcompetitionpolicy.org. Más recientemente, con una valoración negativa de este tipo de políticas, cabe citar a SHAPIRO, C.: "*Competition Policy in Distressed Industries", ABA Antitrust Symposium on Competition as a Public* (https://www.justice.gov/atr/speech/competition-policy-distressed-industries, consultado el 5/02/2023.

[206] Esta Resolución se comenta en el trabajo publicado por BOTANA AGRA, M." *Crisis económica y Derecho de la Competencia, Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa (Sección Segunda) de 26 de enero de 1983: caso Electrodomésticos de Línea Blanca"* Actas de Derecho Industrial, 1984, nº10, pp. 185-207. Este autor es partidario de excepcionar la aplicación general del derecho de la competencia en situaciones de crisis económica, a los efectos de primar los intereses de los empresarios incluso frente a los consumidores, finalidad del Derecho de la Competencia.

[207] Pueden citarse, por ejemplo, las declaraciones de la Comisaria de Competencia Nelly Kroes y Joaquín Almunia, durante la crisis financiera de 2008. En EEUU, DAMTOFT, R.W. "*The Relationship Between Competition Policy and Industrial Policy: The Historical Experience of the United States*", Geneva, Switzerland, julio de 2099 (vid. http://www.ftc.gov.oia/speeches/russellcompetitionpolicy.pdf) .

las empresas de menor tamaño puedan ser más vulnerables a comportamientos de empresas de posición dominante en el mercado[208].

Sea como fuere, se ha puesto de manifiesto la necesidad en las últimas crisis económicas (la crisis financiera de 2008 y más recientemente, la crisis provocada por el virus Covid-19 en 2020 y la guerra de Ucrania en 2022) de proceder a la aprobación de un marco normativo específico al amparo del cual se introducirían especialidades en el Derecho de la Competencia europeo, sobre la base de lo establecido en el artículo 107.3.b) del TFUE, que dispone que "*podrán considerarse compatibles con el mercado interior las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro"*[209]. Se trata de regímenes excepcionales, de carácter temporal, que autorizan determinadas medidas consistentes en ayudas de Estado sujetándolas a importantes limitaciones, siendo de interpretación restrictiva. Estas adaptaciones o flexibilización de

[208] ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. op. Cit. Págs. 451-452.

[209] Así se ha recogido expresamente en las Comunicaciones de la Comisión Europea dictadas en el contexto de la crisis financiera de 2008, materializadas en la "*Comunicación Bancaria*" (DO C 270, 25/10/2008), "*Comunicación de Recapitalización"* (DO C 10 15/01/2009), "*Comunicación de Activos deteriorados"* (DO C 72 26/03/2009) y "*Comunicación sobre la Reestructuración*" (DO C 195, 19/08/2009).

Tal base legal es igualmente la que sirve de justificación a la "*Comunicación sobre el Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19*" (2020/C 91 I/01), que expresamente señala que "*Dado que el brote de COVID-19 afecta a todos los Estados miembros y que las medidas de contención adoptadas por estos afectan a las empresas, la Comisión considera que las ayudas estatales están justificadas y pueden declararse compatibles con el mercado interior en virtud del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, durante un período de tiempo limitado, para poner remedio a la escasez de liquidez a la que se enfrentan las empresas y garantizar que las perturbaciones ocasionadas por el brote de COVID-19 no socaven su viabilidad, especialmente la de las pymes*."

Más recientemente, la "*Comunicación sobre el Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía tras la agresión contra Ucrania por parte de Rusia*" (2022/C 131 I/01)" declara la aplicabilidad del artículo 107, apartado 3, letra b, del TFUE, explicando que "*La Comisión considera que la agresión contra Ucrania por parte de Rusia, las sanciones impuestas por la UE o sus socios internacionales y las contramedidas adoptadas, por ejemplo, por Rusia han generado importantes incertidumbres económicas, han perturbado los flujos comerciales y las cadenas de suministro y han dado lugar a aumentos de precios excepcionalmente importantes e inesperados, especialmente en el gas natural y la electricidad, pero también en muchos otros insumos, materias primas y productos básicos, especialmente en el sector agroalimentario. Estos efectos, considerados en su conjunto, han provocado una grave perturbación de la economía en todos los Estados miembros. Las interrupciones de la cadena de suministro y el aumento de la incertidumbre tienen efectos directos o indirectos que afectan a una amplia gama de sectores. Además, el aumento de los precios de la energía afecta prácticamente a todas las actividades económicas en todos los Estados miembros. En consecuencia, la Comisión considera que una amplia gama de sectores económicos de todos los Estados miembros está experimentando una grave perturbación económica. Sobre esta base, la Comisión estima que procede establecer los criterios que guiarán la evaluación de las medidas de ayuda estatal que los Estados miembros pueden adoptar para poner remedio a esta grave perturbación."*

las normas en materia de Derecho de la Competencia, como ha puesto de manifiesto la doctrina, en cierto modo vienen a desdibujar la aplicación por parte de las autoridades de competencia de la máxima "*flexibility on the means, consistency in the principles*"[210].

Así, el Derecho de la Reestructuración de Empresas en Crisis tiene por objeto el mantenimiento de la actividad y conservación de los niveles de empleo de las empresas, así como la preservación de valor de la empresa; frente a ello, el Derecho de la Competencia tiene como fin garantizar el correcto juego de los operadores en el mercado, materializado en el principio *par conditio concurrentium* frente al *par conditio creditorum* propio del Derecho de la Insolvencia. El límite a estos efectos viene determinado por la imposibilidad de favorecer la pervivencia de empresas no viables en el mercado a costa de las empresas viables, promoviendo una eficaz distribución de los recursos, de forma que el poder público tendría vedado incentivar (legalmente) la supervivencia de empresas no viables, exigiéndose en consecuencia la concurrencia del elemento de la viabilidad empresarial como requisito para la reestructuración de las empresas en crisis.

Esta conexión es la que da sentido a la reestructuración en términos económicos y compatibiliza la finalidad de ambas disciplinas, evitando que se mantengan en el mercado y se financien con recursos públicos empresas carentes absolutamente de viabilidad (empresas *zombies*). Esta cuestión se ha puesto especialmente de manifiesto durante la crisis económica provocada por la pandemia del COVID-19, a través de diversas medidas previstas a nivel comunitario en el Marco Temporal aprobado por la Comisión Europea, exigiéndose con carácter general para ser beneficiario de las mismas que no se tratase de empresas en crisis a 31 de diciembre de 2019. Temas éstos que serán ampliamente abordados en otro lugar del presente trabajo.

[210] GERARD, D. "*EC Competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles",* Concurrences, nº 1/2009, pp. 46-62. GERARD explica que estas opciones son las que parecen haber condicionado la legitimidad y la viabilidad de la involucración de la Comisión Europea en la gestión de la crisis financiera de 2008, habilitándole a intervenir de forma decisiva, dando lugar a la coordinación de la política económica de los 27 Estados Miembros de la UE.

CAPÍTULO SEGUNDO: RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL.

Sobre la base de las premisas analizadas previamente, se estudian en este capítulo las previsiones contenidas en la legislación de Derecho de la Competencia que se proyectan sobre situaciones de crisis que afectan a las empresas, lo que puede suceder bien en casos concretos o bien por razón de la existencia de una serie de instituciones (preconcursales o paraconcursales) aplicables a estas empresas en dificultades financieras. En realidad, se trata de instituciones que están orientadas a empresas que presentan dificultades económicas, como son: ayudas públicas para empresas en crisis; el riesgo de insolvencia como incapacidad contributiva para hacer frente al pago de las sanciones derivadas de la aplicación de la legislación antitrust; y el instituto de la *failing firm defence*, que van a ser objeto de estudio a continuación[211].

I. RÉGIMEN DE LA AUTORIZACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS.

1. Panorámica del Régimen Europeo de ayudas de estado.

Como es conocido, el régimen comunitario de Ayudas de Estado figura contemplado fundamentalmente en los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). El primero de estos preceptos establece que serán declaradas incompatibles con el mercado común las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales en beneficio de una o varias empresas en la medida en que falseen o amenacen con falsear la competencia y afecten al comercio entre los Estados[212]. Se entiende por ayuda estatal el apoyo que presta una autoridad (nacional, regional o local) a determinadas empresas o producciones por medio de recursos públicos. Quedan prohibidas las ayudas otorgadas de manera selectiva por los países de la Unión Europea

[211] En este punto, seguiremos la sistemática utilizada por ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. en el trabajo "*Confluencia y conflicto entre el derecho de la competencia y el derecho concursal*". Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación. Volumen XI. (Dir. Ortiz Blanco, L.; Ruiz García, N.). Ed. Dykinson. 2013.

[212] Vid. Respecto al concepto de "*ayuda de Estado*" a los efectos previstos en los artículos 107 a 109 TFUE, debe citarse, en primer lugar, la Comunicación de la Comisión de 25 de febrero de 2009 (DO C 85, p.1), relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales. Vid. HANCHER, L., OTTERVANGER, T., SLOT, P.J. *EC State Aids*, Sweet&Maxwell, 2012; CONOR, Q. *European State Aid Law*, Hart Publishing, 2009; BELLAMY&CHILD, *Materials on European Community Law on Competition*, Oxford University Press, 2008; HOFMANN, H. y MICHEAU, C.: *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, 2016. En nuestra doctrina, entre otros, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Ed. Colex, 2003.

(UE) o a través de fondos estatales en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre países de la UE o falseen la competencia en virtud del artículo 107 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

No obstante, podrán autorizarse las ayudas estatales cuando se justifiquen por objetivos de interés general: ayudas destinadas al desarrollo de las regiones desfavorecidas, a los servicios de interés económico general, a la promoción de las pequeñas y medianas empresas, a la investigación y el desarrollo, a la protección del medio ambiente, a la formación, al empleo y a la cultura. Los países de la UE deberán informar a la Comisión Europea de las ayudas que conceden, salvo en determinados supuestos. De acuerdo con el artículo 108 del TFUE, la Comisión Europea se encarga de controlar las medidas adoptadas por los países de la UE en materia de ayudas estatales, tanto si se encuentran en fase de proyecto como si ya han entrado en vigor, con objeto de asegurarse de que no falseen la competencia.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación del régimen de ayudas de Estado, debemos recordar que sus normas obedecen al principio de aplicación universal (*Prinzip der universellen Anwendung*)[213], lo que implica que incluyen cualquier ayuda pública de un Estado miembro a determinadas empresas o producciones, cualquiera que sea la actividad económica de que se trate. En todo caso, el artículo 107 TFUE preserva el régimen especial aplicable a las ayudas, si es que éste existiese ("*Salvo que existiesen disposiciones específicas para ellas*") lo que supone la aplicación del criterio *Lex specialis derogat lex generalis*. Este es el caso, por ejemplo, de las ayudas públicas a la agricultura, transporte o medidas estatales en materia de seguridad nacional que tengan por objeto la producción o comercio de armas, municiones y material de guerra[214].

En segundo lugar, y por lo que hace al ámbito espacial de aplicación, este régimen se proyecta sobre todo el territorio comunitario, lo que abarca el territorio europeo de los Estados miembros y los territorios bajo regímenes especiales[215]. Por otro lado, debemos dar cuenta de la existencia de reglas particulares[216]: ayudas de Estados miembros a

[213] MEDERER, W.: "*The position of Parties concerned in State Aid Procedures*", en J. BÄRLUND (Hrsg.) *Konkurrensreglerna i det intergrerade Europa (EU/EES)*, Kongress, 21- 23.11.1994 Helsinki, 1995, Págs.22ss.
[214] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, pág. 690.
[215] Entre otros, los previstos en el artículo 349 TFUE: Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias.
[216] MEDERER, op.cit.

empresas situadas fuera de la Comunidad cuando falseen la competencia en el interior del Mercado Común (lo que sucedería, por ejemplo, cuando las empresas fueran obligadas a suministrar bienes o servicios a empresas de la Comunidad en condiciones más favorables que las aplicables sin la existencia de tales ayudas, conocido como efecto boomerang); y ayudas de Estados miembros a empresas situadas dentro de la Comunidad para proyectos empresariales en terceros países en los que rijan las normas en materia de ayudas estatales (como el Espacio Económico Europeo).

En tercer lugar, en cuanto al ámbito de aplicación temporal, las reglas citadas son aplicables a partir de la entrada en vigor del Tratado de Roma, para los Estados originariamente miembros de la Unión Europea (el 1 de enero de 1958). Para los demás, a partir de su adhesión, que en el caso concreto de España tuvo lugar el 1 de enero de 1986.

El concepto de ayuda de Estado hace referencia, como ha declarado la jurisprudencia comunitaria, al "*primer eslabón de la cadena de causalidad descrita en el (derogado, actual artículo 107.1 TFUE) apartado 1 del artículo 87 TCE"* (STJCE de 9 de agosto de 1994, Namur-Les Assurances du credit/Office national du ducroire y État belge, C-44/93, apartado 66). Nos encontramos ante un principio general de incompatibilidad, con una significación esencialmente prohibitiva[217], si bien en los apartados siguientes se contienen una serie de excepciones a la referida regla general prohibitiva. Se trata de un concepto propio del Derecho Comunitario - sustraído a la voluntad de los Estados miembros puesto que exige una interpretación uniforme en todos ellos-, de modo que la calificación que éstos hagan de cualquier medida, excluyéndolo del ámbito de las ayudas de Estado, no obsta a su consideración como tal, siendo procedente la aplicación de la normativa comunitaria sobre control de ayudas de Estado.

Se ha planteado en este contexto la distinción entre ayuda y subvención, inicialmente al hilo de la aplicación del TCECA. En efecto, el artículo 4, letra c) TCECA incluía las ayudas y las subvenciones, mientras que el antiguo artículo 87 TCE (ahora artículo 107 TFUE) únicamente hace referencia a las ayudas. A este respecto, se ha destacado por la doctrina que la práctica que ha prevalecido en el ámbito comunitario es que, en ocasiones, los términos ayuda y subvención, son sinónimos. A las subvenciones, por tanto, les resultarían de aplicación las disposiciones previstas en los preceptos ahora comentados

[217] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit. pág. 703.

para las ayudas[218]. Sin embargo, el término ayuda sería más amplio que la subvención, siendo ésta una especie del género ayuda, puesto que la subvención constituye una transferencia directa de fondos estatales mientras que la ayuda comprende disposiciones directas e indirectas de fondos, mediante la renuncia del Estado a cantidades que le pudieran corresponder (como impuestos…)[219].

Sin embargo, desde el punto de vista de sus beneficiarios, el concepto de ayuda de Estado tiene un alcance más limitado, porque la subvención se dirige tanto a personas físicas como jurídicas, mientras que la normativa de las ayudas de Estado prevista en los artículos 107-109 TFUE se dirige a empresas. Esto es así porque la política comunitaria de ayudas de Estado forma parte del Derecho Comunitario de la Competencia-ya que las mismas para ser tales ayudas han de ser susceptibles de afectar a los "*intercambios comerciales entre los Estados miembros"*- y las subvenciones otorgadas a personas físicas, por el contrario, no tienen incidencia sobre el mercado comunitario[220].

En sentido estricto, la subvención constituiría una prestación dineraria o en una especie pactada, que tiene por objeto la permanencia de la empresa en el mercado, siendo irrelevante si los consumidores o usuarios cubren o no el coste de los bienes o servicios producidos por la empresa beneficiaria. Se distingue así entre subvención, aportación o cantidad a fondo perdido (*verlorener Zuschuss*) o de subvención para el saneamiento o reestructuración (*Sanierungszuschuss*)[221].

---

[218] Desde el punto de vista del derecho español, la calificación de una ayuda como "subvención" resulta de todo punto relevante, ya que conllevará la aplicación imperativa de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. Debe aquí dejarse apuntado el problema derivado de la recuperación de la ayuda cuando ésta no revista la forma de subvención. La Ley General de Subvenciones regula el reintegro de subvenciones, pero se ha suscitado si este régimen es susceptible de ser aplicado cuando se trate de recuperar otro tipo de ayudas estatales, ya que nuestro derecho adolece en este punto de un vacío normativo cuando no se trate de ayudas de carácter fiscal, las cuales aparecen contempladas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (Título VII: "*Recuperación de ayudas de Estado que afecten al ámbito tributario*"). Ante la inexistencia de una norma específica, entendemos que lo correcto sería en tal supuesto aplicar analógicamente la Ley General de Subvenciones, en la medida en que sus disposiciones puedan resultar efectivamente adecuadas a la naturaleza de la ayuda y su recuperación. Vid. En contra, REBOLLO PUIG, M. "*El reintegro de subvenciones*" en la obra colectiva *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Ed. Civitas, 2005. Pág. 511. A favor, BACIGALUPO SAGGESE, M.: "*El Derecho Comunitario de las Ayudas de Estado y su articulación con el derecho español de las subvenciones y ayudas de las actividades económicas",* en *El Régimen Jurídico de las Subvenciones. Derecho Español y Comunitario* (Dir. FERNÁNDEZ FARRERES, G.), Manuales de Formación Continuada, 38-2006, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial. Pág. 219.

[219] BACIGALUPO SAGGESE, M. op.cit. Pág. 192.

[220] BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit.

[221] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op.cit. pág. 704.

Parece, por tanto, que la ayuda es un término más amplio, que incluye, como ha declarado la jurisprudencia comunitaria[222], "*prestaciones positivas, como las subvenciones, así como intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos"* (SSTJCE 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, apartado 13; 11 de julio de 1996, Syndicat Français de l´Express international (SFEI) y otros/La Poste y otros, C-39/94, apartado 58; 17 de junio de 1999, Piaggio, C-295/97, apartado 34; 22 de noviembre de 2001, Ferring SA/Agence centrale des organismos de sécurité sociale (ACOSS), C-53/00, apartado 15).

2. Criterios determinantes del concepto de ayuda de Estado.

Los artículos 107 a 109 TFUE contemplan los efectos que se anudan a la concesión de ayudas por parte de los Estados miembros, con una regla general prohibitiva, susceptible de ser levantada bajo determinados presupuestos y el establecimiento de unos regímenes especiales que están exceptuados de tal prohibición. El concepto de ayuda se deduce de tales preceptos, aun cuando la norma no recoge una definición en sentido propio. Por este motivo, cobra especial relevancia la interpretación realizada al respecto tanto por la Comisión Europea como por la jurisprudencia comunitaria, la cual ha servido de base para la elaboración de la Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal, conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01) (en adelante, "*la Comunicación*").

2.1. Elemento subjetivo: Fondos de origen estatal.

La ayuda de Estado prevista en el artículo 107 TFUE es aquella que se concede "*por los Estados*" o "*mediante fondos estatales*". De acuerdo con la Comunicación, la concesión de una ventaja directa o indirecta mediante fondos estatales y la imputabilidad de dicha

[222] En este sentido, se pronunció la STJCE de 23 de febrero de 1961, *De Cezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad de la CECA*, 30/59, p.1 declarando: "*el concepto de ayuda es más general que el concepto de subvención, ya que comprende no sólo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por tanto, sin ser subvenciones en sentido estricto, tienen el mismo carácter e idénticos efectos."*

medida al Estado son dos condiciones separadas y acumulativas para que exista ayuda estatal[223].

A estos efectos, debe determinarse, en primer término, si la ayuda ha sido otorgada por un Estado miembro (denominado doctrinalmente como criterio de la imputabilidad estatal, *staatliche Zurechenbarkeit*)[224]. En este punto, dentro de la expresión "*estatales*", "*Estados",* se incluyen tanto los estatales en sentido estricto como los Länder, Regiones o Comunidades Autónomas[225], entidades locales o corporaciones de derecho público, así como entidades de carácter público o privado instituidos para su administración o distribución[226]. A estos efectos, no es preciso que las subvenciones hayan sido concedidas por el Gobierno o por la Administración Central de un Estado miembro[227].

La Comunicación precisa que cuando una autoridad pública concede una ventaja a un beneficiario, la medida es por definición imputable al Estado, aun cuando la autoridad en cuestión goce de autonomía jurídica respecto de otras autoridades públicas. Esto es lo que sucede cuando una autoridad pública designa a un organismo privado o público para administrar una medida que concede una ventaja, puesto que el Derecho de la Unión no puede admitir que el hecho de crear instituciones autónomas encargadas de la distribución de ayudas permita eludir las normas relativas al control de las ayudas estatales[228].

Por otro lado, al hilo precisamente de la imputabilidad al Estado, se ha suscitado si tal imputabilidad se daría también cuando el Estado miembro está obligado a ejecutarla en virtud del Derecho de la Unión[229]. Si no hay discrecionalidad en la decisión de ejecución,

---

[223] STJUE de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión (Stardust)*, C-482/99, apartado 24; STJUE de 5 de abril de 2006, *Deutsche Bahn AG/Comisión, T-351/02*, apartado 103.

[224] SSTJCE 24 de abril de 1980, *Comisión/Italia*, C-72/79, apartados 23-25; 2 de febrero de 1988, *Van der Kooy y otros/Comisión*, C-67/85, 68/85 y 70/85, apartados 36-38; 21 de marzo de 1991, *Italia/Comisión*, C-303/88, apartados 11-14.

[225] STJUE 4 de mayo de 1988, Bodson, C-30/87, apartado 14); STPI 6 de marzo de 2002, *Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Comunidad Autónoma del País Vasco, Gasteizko Industria Lurra, SA, Daewoo Electronics Manufacturing España S.A./Comisión*, T-127/99 y T-148/99, apartados 141-143).

[226] STJCE 2 de febrero de 1988, *Van der Kooy y otros/Comisión*, C-67/85, 68/85 y 70/85, apartado 35; de 7 de mayo de 1998, *Epifanio Viscido y otros/Ente Posta Italiana*, C-52/97 a C-54/97, apartado 13.

[227] STJCE 21 de marzo de 1991, *Italia/Comisión*, C-305/89, apartado 13; STJCE 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptun* C-72/91 y C.73/91, apartado 19; STPI 12 de diciembre de 1996, *Compagnie nationale Air France/Comisión*, T-358/94, apartado 54). Resulta especialmente expresiva ésta última sentencia al respecto, indicando que "…*El Derecho comunitario no puede admitir que el mero hecho de crear instituciones autónomas encargadas de la distribución de ayudas permita eludir las normas relativas a las ayudas de Estado*" (apartado 62).

[228] STJUE de 12 de diciembre de 1996, *Air France/Comisión* T-358/94, apartado 62.

[229]De este modo, la Comunicación cita expresamente los fondos procedentes de la Unión (por ejemplo, de los Fondos Estructurales), del Banco Europeo de Inversiones o del Fondo Europeo de Inversiones, o de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Europeo para

y la medida se deriva de un acto del legislador de la Unión, no habría imputabilidad al Estado [230] . Por el contrario, cuando el Derecho de la Unión simplemente permite determinadas medidas nacionales y los Estados miembros gozan de discrecionalidad en cuanto a la decisión de adopción de las medidas en cuestión o a la hora de determinar las características de la medida concreta que son relevantes desde una perspectiva de ayuda estatal[231].

La jurisprudencia comunitaria ha atendido para calificar como ayuda estatal la intervención de los poderes públicos, más a los efectos materiales de la medida que a la situación de los organismos que efectúan el pago o gestión de la ayuda, lo que resulta coherente con los objetivos perseguidos por la normativa de ayudas de Estado[232]. Se ha declarado por el Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el régimen de ayudas de Estado abarca "*todos los medios económicos que el sector público puede efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente a dicho sector*" [233] . El Tribunal, posteriormente, matizó esta afirmación, al afirmar que no todas las ventajas consentidas por un Estado constituyen ayudas, cuando éstas no constituían propiamente recursos estatales[234].

---

la Reconstrucción y el Desarrollo, se consideran fondos estatales si las autoridades nacionales tienen discreción en cuanto a su uso (en particular, la selección de beneficiarios). En cambio, si dichos fondos los concede directamente la Unión, el Banco Europeo de Inversiones o el Fondo Europeo de Inversiones, sin discreción por parte de las autoridades nacionales, no constituyen fondos estatales [por ejemplo, financiación concedida en gestión directa en virtud del programa marco Horizon 2020, el Programa de la UE para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (COSME) o los fondos de la Red Transeuropea de Transporte (RTE-T)].

[230] STJUE 23 de abril de 2009, *Puffer*, C-460/07, apartado 70, sobre el derecho a deducciones fiscales en virtud del régimen del IVA establecido por la Unión, y la STJUE de 5 de abril de 2006, *Deutsche Bahn AG/Comisión*, T-351/02, apartado 102, sobre exenciones fiscales requeridas por el Derecho de la Unión.

[231] STJUE de 10 de diciembre de 2013, *Comisión/Irlanda y otros*, C-272/12 P, apartados 45 a 53, sobre una autorización concedida a un Estado miembro en virtud de una Decisión del Consejo para introducir determinadas exenciones fiscales. La sentencia también aclara que el hecho de que una Decisión del Consejo en el ámbito de la armonización de la legislación se adoptara a propuesta de la Comisión es irrelevante, porque se considera que el concepto de ayuda estatal es un concepto objetivo.

[232] STJCE de 22 de marzo de 1977, *Steinike y Weinlig/Alemania*, 78/76, apartado 21.

[233] STPI 12 de diciembre de 1996, *Compagnie Nationale Air France/Comisión*, T-538/94, apartado 67.

[234] STJCE *Preussen Elektra* de 13 de marzo de 2000, *Preussen Elektra AG/Schleswag AG*, C-379/98, Actividades TJCE 12-16 marzo 2001. Tras esta Sentencia, el Tribunal realizó ulteriores precisiones a esta doctrina, en los siguientes términos: "*En efecto, el concepto de intervención mediante fondos estatales está destinado a incluir, además de las ventajas concedidas directamente por el Estado, las otorgadas por medio de organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado para gestionar la ayuda (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 22 de marzo de 1977, Steinike y Weinlig, 78/76, Rec. p. 595, apartado 21; Sloman Neptun, antes citada, apartado 19, y Doux Élevage y Coopérative*

El origen de los fondos es irrelevante siempre y cuando, antes de ser transferidos directa o indirectamente a los beneficiarios, pasen bajo control público y, por lo tanto, a disposición de las autoridades nacionales, incluso cuando los fondos no sean propiedad de la autoridad pública[235]. El Tribunal también ha matizado que el elemento decisivo, a este respecto, lo constituye el hecho de que tales entidades están encargadas por el Estado de gestionar un recurso estatal, y no tienen solamente una obligación de compra utilizando sus propios recursos financieros[236]. Sin embargo, recuerda también el Tribunal que, para demostrar si la ventaja concedida al beneficiario grava el presupuesto estatal, debe comprobarse si existe un vínculo suficientemente directo entre, por una parte, esa ventaja y, por otra, una disminución del referido presupuesto, incluso un riesgo económico suficientemente concreto de cargas que lo graven[237].

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar que los fondos que se nutren de cotizaciones obligatorias impuestas por la legislación del Estado miembro y se gestionan y distribuyen conforme a dicha legislación han de considerarse fondos estatales en el

agricole UKL-ARREE, antes citada, apartado 26)." En este sentido, ha declarado que "El Tribunal de Justicia también ha declarado que el artículo 107 TFUE, apartado 1, comprende todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado. Por consiguiente, aun cuando las sumas correspondientes a la medida que se discute no estén de manera permanente en poder de la Hacienda Pública, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique como fondos estatales (véanse las sentencias antes citadas Francia/Comisión, apartado 37; Essent Netwerk Noord y otros, apartado 70, y Doux Élevage y Coopérative agricole UKL-ARREE, apartado 35)." En consecuencia, el Tribunal no excluye en modo alguno, a efectos de la aplicación del régimen de ayudas de Estado previsto en el artículo 107 TFUE, que pueda hablarse de "*fondos estatales*", aun cuando tales medios económicos no están de modo permanente en poder de la Hacienda Pública, si tales fondos: permanecen constantemente bajo poder público y están a disposición de las autoridades nacionales competentes. Por ello, a efectos de la aplicación del régimen de ayudas de Estado, sí cabría considerar como intervención realizada a través de fondos públicos la que tenga lugar a través de medios que no se integren de forma permanente en la "*Hacienda Pública*".

[235] Véase, por ejemplo, la STJUE de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord*, C-206/06, apartado 70; STJUE de 16 de mayo de 2000, *Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión*, C-83/98 P, apartado 50. En este sentido, la STJUE de 12 de diciembre de 1996, *Air France/Comisión*, T-358/94, apartados 65, 66 y 67, relativa a una ayuda concedida por Caisse des Dépôts et Consignations que se financió con depósitos voluntarios de particulares que podían retirarlos en todo momento. Esto no afectó a la conclusión de que dichos fondos eran fondos estatales porque Caisse podía utilizar el saldo resultante de los ingresos y reintegros como si estuvieran permanentemente a su disposición. En este mismo sentido, STJUE 16 de mayo de 2000, *Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión*, C-83/98 P, apartado 50.

[236] STJUE de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord y otros, C-206/06, EU:C:2008:413, apartado 74; de 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère y otros, C-262/12, EU:C:2013:851, apartados 30 y 35, y de 13 de septiembre de 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, apartados 26 y 30.

[237] STJUE de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos, C-279/08 P, EU:C:2011:551, apartado 111; de 19 de marzo de 2013, Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión y otros y Comisión/Francia y otros, C-399/10 P y C-401/10 P, EU:C:2013:175, apartado 109; de 9 de octubre de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia, C-522/13, EU:C:2014:2262, apartado 47, y de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias, C-690/13, EU:C:2015:235, apartado 19)

sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, aun cuando sean gestionados por entidades distintas de la autoridad pública[238]. El elemento decisivo, según la jurisprudencia del Tribunal, lo constituye el hecho de que tales entidades están encargadas por el Estado de gestionar un recurso estatal, y no tienen solamente una obligación de compra utilizando sus propios recursos financieros[239]. Asimismo, para demostrar si la ventaja concedida al beneficiario grava el presupuesto estatal, debe comprobarse si existe un vínculo suficientemente directo entre, por una parte, esa ventaja y, por otra, una disminución del referido presupuesto, incluso un riesgo económico suficientemente concreto de cargas que lo graven[240].

Si la ventaja se concede a través de empresas públicas[241] es necesario determinar si procede considerar que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de la medida[242]. Si bien se indica en la Comunicación que el mero hecho de que una medida haya sido adoptada por una empresa pública no es por sí solo suficiente para considerarla imputable al Estado, tampoco es necesario demostrar que las autoridades públicas han incitado a la empresa pública a adoptar la medida, dadas las estrechas

---

[238] STJUE 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère! y otros, C- 262/12, EU:C:2013:851, apartado 25. En dicha Sentencia Tribunal de Justicia puso de relieve, por una parte, que la legislación nacional en cuestión en el asunto en que se pronunció la citada sentencia había establecido un principio de cobertura íntegra de la obligación de compra por el Estado francés, que obligaba a este último a una liquidación del pasado y a una cobertura íntegra de los sobrecostes impuestos a la empresas en el supuesto de que las contribuciones obtenidas de los consumidores finales de electricidad fueran insuficientes para cubrir dichos sobrecostes (apartado 26). Con ello, el Tribunal resaltó la necesaria existencia de una relación entre la ventaja en cuestión y una disminución, al menos potencial, del presupuesto estatal. En los apartados 28 a 33, Tribunal de Justicia constató, por otra parte, que las cantidades destinadas a compensar los sobrecostes resultantes de la obligación de compra que recaía sobre las empresas se encomendaban a la Caisse des dépôts et consignations (Caja de Depósitos y Consignaciones, Francia), es decir, a una persona jurídica de Derecho público, comisionada por el Estado francés para llevar a cabo servicios de gestión administrativa, financiera y contable por cuenta de la Commission de régulation de l'energie (Comisión de Regulación de la Energía, Francia), que es una autoridad administrativa independiente encargada de velar por el buen funcionamiento del mercado de la electricidad y del gas en Francia, de modo que debía considerarse que esas cantidades permanecían bajo control público.

[239] STJUE de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord y otros, C-206/06, EU:C:2008:413, apartado 74; de 19 de diciembre de 2013, Association Vent De Colère! y otros, C-262/12, EU:C:2013:851, apartados 30 y 35, y de 13 de septiembre de 2017, ENEA, C-329/15, EU:C:2017:671, apartados 26 y 30.

[240] STJUE de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos, C-279/08 P, EU:C:2011:551, apartado 111; de 19 de marzo de 2013, Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión y otros y Comisión/Francia y otros, C-399/10 P y C-401/10 P, EU:C:2013:175, apartado 109; de 9 de octubre de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia, C-522/13, EU:C:2014:2262, apartado 47, y de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias, C-690/13, EU:C:2015:235, apartado 19.

[241] El concepto de empresa pública se define en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318 de 17.11.2006, p. 17). El artículo 2, letra b), de dicha Directiva define como "*empresas públicas*", "*cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen*".

[242] STJUE de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión (Stardust)*, C-482/99, apartado 52.

relaciones existentes entre el Estado y las empresas públicas. Además, dadas estas relaciones privilegiadas existentes entre el Estado y las empresas públicas, por lo general resultará muy difícil para un tercero demostrar que unas medidas adoptadas por una empresa pública en un caso concreto fueron efectivamente decididas siguiendo las instrucciones de las autoridades públicas[243].

En otro orden de cosas, también se ha planteado si la intervención que tiene lugar no a través del Estado de forma directa, sino a través de una empresa privada (participada o controlada por el Estado) que efectúa la inversión es o no susceptible de considerarse como ayuda de Estado. La jurisprudencia comunitaria ha adoptado un criterio funcional, considerado que constituye una ayuda de Estado "*el comportamiento de un Estado que, mediante una sociedad anónima, filial al 100% de un establecimiento público de dicho Estado, efectúa una inversión de gran tamaño…*"[244]. En consecuencia, lo relevante es el carácter con que actúa la entidad y si puede entenderes que se encuentra sometida al control y poder de decisión estatal[245]. Desde este punto de vista, en principio, las ayudas concedidas por entidades meramente privadas o particulares (asociaciones, partidos políticos, etc.) en principio no son susceptibles de ser calificadas como ayudas de Estado, salvo que efectivamente se constate que se trata de inversiones ordenadas por el Estado[246].

Relacionado con lo anterior, se ha suscitado si el carácter público de la ayuda exige que los poderes públicos hayan realizado efectivamente una transferencia efectiva de fondos, o es suficiente con que las autoridades públicas hayan adoptado cualquier medida que

---

[243] STJUE de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), C-482/99, apartados 53, 54 y 55.

[244] STPI 12 de diciembre de 1996, *Compagnie Nationale Air France/Comisión*, T-358/94.

[245] A estos efectos se han considerado como indicios para establecer la imputabilidad (vid. STJUE de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión (Stardust)*, C-482/99, apartados 55 y 56; Conclusiones del Abogado General Jacobs de 13 de diciembre de 2001, *Francia/Comisión (Stardust)*, C482/99, apartados 65 a 68):
a) el hecho de que el organismo en cuestión no pudiera adoptar la decisión impugnada sin tener en cuenta las exigencias de los poderes públicos;
b) la presencia de factores de naturaleza orgánica que vinculan la empresa pública al Estado;
c) el hecho de que la empresa a través de la que se concedió la ayuda estuviera obligada a tener en cuenta directrices de organismos gubernamentales;
d) la integración de la empresa pública en la estructura de la Administración Pública;
e) la naturaleza de las actividades de la empresa pública y su ejercicio en el mercado en condiciones normales de competencia con operadores privados;
f) el estatuto jurídico de la empresa (si está regida por el Derecho público o por el Derecho de sociedades común), aunque el mero hecho de que una empresa pública haya adoptado la forma de sociedad de capital de Derecho común no es motivo suficiente para descartar la imputabilidad, considerando la autonomía que esta forma jurídica le confiere;
g) el grado de tutela que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa;
h) cualquier otro indicio de la intervención de las autoridades públicas o de lo improbable de su falta de intervención en la adopción de la medida, habida cuenta del alcance de esta, de su contenido o de las condiciones que establezca.

[246] MEDERER, W. op.cit.

coloque a la empresa en una posición más ventajosa respecto a sus competidores sin necesidad de realizar la transferencia de fondos citada[247].

Así, el mero hecho de que una medida que concede una ventaja no esté financiada directamente por el Estado, sino por organismos públicos o privados creados o designados por él para gestionar la ayuda, no significa necesariamente que esa medida no esté financiada con fondos estatales[248]. Una medida de la autoridad pública que favorezca a determinadas empresas o productos no pierde su carácter de ventaja gratuita por el hecho de que haya sido financiada total o parcialmente mediante gravámenes impuestos por la autoridad pública y aplicados a las empresas interesadas.

La transferencia de fondos estatales puede revestir diversas formas, tales como subvenciones directas, préstamos, garantías, inversión directa en el capital de compañías y beneficios en especie. El compromiso firme y concreto de facilitar fondos estatales en un momento posterior también se considera una transferencia de fondos estatales. No es necesario que haya una transferencia positiva de fondos: es suficiente con que el Estado no haya percibido ingresos. Renunciar a ingresos que, de lo contrario, se habrían pagado al Estado, constituye una transferencia de fondos estatales[249].

En este marco, la jurisprudencia comunitaria que ha declarado que un «*déficit*» en los ingresos fiscales y de la seguridad social generado por exenciones o reducciones fiscales en impuestos o cotizaciones a la seguridad social concedidas por los Estados miembros, o la exoneración de la obligación de pago de multas u otras sanciones pecuniarias, cumple el requisito de fondos estatales del artículo 107, apartado 1, del Tratado[250]. A estos

---

[247] Al respecto, deben citarse, entre otras, las STJUE de 24 de enero de 1978, *Van Tiggele*, C-82/77, apartado 24; de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana* C-61/79, apartado 31; de 30 de enero de 1985, *Comisión vs Francia* C-290/83, apartado 14; 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptum c. Bodo Ziesemer* C-72/91, apartado 21, de 30 de noviembre de 1993, *Kirsammer-Hack c. Sidal*, C-189/91, apartado 16; de 7 de mayo de 1998, *Viscido C. Poste Italiane*, C-52/97, C-53/97, apartados 14-15. Más recientemente, la STJUE de 13 de marzo de 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98; 13 de mayo de 2002, *Francia vs. Comission* (*Stardust Marine)*, C-482/99; de 14 de julio de 2004, *Pearle*, C-345/02 y 17 de junio de 1999, *Piaggio*, C-295/97. En este sentido, ROSS, M. "*State Aids: maturing into a constitutional problem*", Yearbook of European Law, nº13, 1995; BACON, K.: "*State Aid and general measures*", Yearbook of European Law, nº17, 1997.

[248] STJUE de 22 de marzo de 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, apartado 21.

[249] STJUE de 16 de mayo de 2000, *Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión*, C-83/98 P, apartados 48 a 51.

[250] STJUE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, apartado 14, en materia de exenciones fiscales. Como veremos, las excepciones a las normas comunes en materia de insolvencia, que permiten que las empresas continúen su actividad económica en circunstancias en las que no se les permitiría si se aplicaran las normas habituales, pueden implicar una carga adicional para el Estado si los organismos públicos figuran entre los principales acreedores de esa empresa o cuando tal acción equivale a una renuncia de facto a los créditos públicos. Vid. la STJUE de 17 de junio de 1999, *Piaggio*, C-295/97, apartados 40 a 43 y la STJUE de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*, C-200/97, apartado 45.

efectos, se ha señalado que la mera creación de un riesgo concreto que imponga una carga adicional para el Estado en el futuro, mediante una garantía o una oferta contractual, es suficiente a efectos del artículo 107, apartado 1[251]. Las medidas regulatorias adoptadas por el Estado que conlleven una minoración de ingresos que, de otro modo, podría haber obtenido, podrían no entrar en el ámbito de las normas sobre ayudas estatales, siempre y cuando todos los operadores afectados sean tratados conforme al principio de no discriminación, y exista un vínculo inherente entre lograr el objetivo de regulación y no percibir ingresos, cuando dicha repercusión sea inherente a la medida[252].

Por «fondos estatales» se entiende todos los fondos del sector público, incluidos los fondos de entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole) y, en determinadas circunstancias, fondos de organismos privados, como ya se ha indicado. Es irrelevante que una institución dentro del sector público sea autónoma o no[253]. La Comunicación destaca en este punto que los fondos aportados por el banco central de un Estado miembro a instituciones de crédito específicas generalmente implican la transferencia de fondos estatales[254].

De acuerdo con la Comunicación, la mera circunstancia de que unas subvenciones estén financiadas en parte por contribuciones privadas facultativas no basta para descartar la presencia de fondos estatales, puesto que el factor relevante no es el origen de los fondos, sino el grado de intervención de la autoridad pública en la definición de la medida y sus modalidades de financiación [255] . La transferencia de fondos estatales solo puede descartarse en circunstancias muy específicas, especialmente si los fondos de los miembros de una corporación profesional se destinan a financiar una finalidad específica

[251] STJUE de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*, C-200/97, apartado 41, y STJUE de 19 de marzo de 2013, *Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión y otros*, asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P, apartados 137, 138 y 139.

[252]Vid. la Decisión de la Comisión, de 20 de julio de 2004, relativa a la ayuda estatal NN 42/2004 Francia—Modificación retroactiva de los cánones debidos por Orange y SFR por las licencias UMTS (DO C 275 de 8.11.2005, p.3), considerandos 28, 29 y 30, confirmada por los órganos jurisdiccionales de la Unión (STJUE de 4 de julio de 2007, *Bouygues SA/Comisión*, T-475/04, apartados 108 a 111 y 123, y STJUE 2 de abril de 2009, *Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión*, C-431/07 P, apartados 94 a 98 y 125).

[253] STJUE de 12 de diciembre de 1996, *Air France/Comisión* T-358/94, apartados 58 a 62.

[254] Véase la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación bancaria») (DO C 216 de 30.7.2013, p. 1), en particular su punto 62. No obstante, la Comisión ha aclarado que cuando un banco central reacciona a una crisis bancaria con medidas generales abiertas a todos los operadores del mercado comparables (por ejemplo, concediendo préstamos a todo el mercado en igualdad de condiciones) y no con medidas selectivas a favor de determinados bancos, estas medidas generales no suelen entrar en el ámbito del control de las ayudas estatales.

[255] STJUE de 27 de septiembre de 2012, *Francia y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-139/09, T-243/09 y T-328/09, apartados 63 y 64.

en interés de los miembros, que decide una organización privada y tiene fines puramente comerciales, y si el Estado actúa simplemente como vehículo para dar carácter obligatorio a las cotizaciones introducidas por las organizaciones comerciales.

2.2. Elemento objetivo: Ventaja económica y la prueba del operador en una economía de mercado (OEM)

La existencia de una ayuda de Estado, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, requiere que una empresa haya obtenido una ventaja económica o un beneficio material que no habría obtenido de no mediar la intervención estatal[256]. A estos efectos, no resulta relevante la forma que revista la medida, tal y como establece el artículo 107 (1) TFUE al incluir las ayudas obtenidas "*de cualquier forma*". La ventaja puede ser positiva, en el sentido de que supone un pago, o negativa, en forma de rebaja de impuestos u otros gastos, con efectos similares a un subsidio[257].

La Comisión Europea también ha considerado que las ventajas concedidas a una entidad para contrarrestar una desventaja pueden integrar el concepto de ayuda (vid. Asunto France Télécom). Cuestión distinta es la compensación económica derivada de una expropiación o la indemnización de daños derivada de pérdidas, que no constituyen ayudas de Estado, pues lo que hacen simplemente es reconstruir una perturbación previa. La doctrina ha precisado que es de origen estadounidense[258], si bien en el ámbito de la Unión Europea parece remontarse al año 1963, en que la Comisión, en respuesta a una pregunta formulada por un miembro del Parlamento Europeo en el caso de una dispensa, total o parcial, concedida por un Estado, respecto a la percepción de los intereses derivados del capital de una empresa, podría ser considerada como una ayuda de Estado.

La Comisión Europea respondió que ello podría producirse en la medida en que el propietario o un accionista privado habría concedido esta dispensa atendiendo a consideraciones de tipo económico, o solamente hasta un límite determinado[259]. Figura

---

[256] STJUE Case C-39/94 Syndicat français de l´Express international (SFEI) et. Al. V. La Poste et al (1996) apartado 60. Case C-342/96 Spain vs Commission (1999) apartado 41; STJUE de 18 de febrero de 1960, *Steenkoenmijnen in Limburg vs. Alta Autoridad*, 30/59, apartado 19; STJUE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg* 280/00.

[257] Case C-387/92 Banco de Crédito Industrial SA ahora Banco Exterior de España vs Ayuntamiento de Valencia (1994, apartado 3.

[258] RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A.: "*Mercado, Participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado*", Gaceta Jurídica de la Unión Europea, nº 221, septiembre-octubre 2002, págs. 62 y 62. Señala el autor que la primera ley que lo positivizó es de 1979.

[259] HOFMANN, H. MICHEAU C.: "*State Aid Law of the European Union*". Oxford University Press, 2016. Pág. 105. Se trata de la Respuesta de 27 de junio de 1963 a la Pregunta 48 dirigida a la Comisión Europea

recogida en la Decisión de la Comisión nº 2320/81/ECSC, de 7 de abril de 1981, por la que se establecen reglas europeas para la industria del acero y en la Directiva del Consejo nº 81/363/EEC de 28 de abril de 1981 sobre ayudas a la construcción de buques. La Comisión estableció claramente este principio en una Comunicación de 1984, habiendo sido aplicado en el caso de Bélgica vs Comisión Europea [260] , con respecto a una suscripción de capital realizada por una autoridad de inversión regional a una empresa que se encontraba en una situación financiera delicada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechazó las alegaciones realizadas por el Reino de Bélgica y consideró que el criterio del inversor privado era una vía adecuada para determinar la existencia de ayuda de Estado, erigiéndose desde entonces en parámetro para su análisis[261].

Tras la adaptación de la Directiva de la Comisión sobre la transparencia en las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas (Directiva 80/723/EEC) de 25 de junio de 1980, se publicó en 1984 una Comunicación sobre "*participación pública en el capital de empresas*" (*Public authorities' holdings in company capital*)[262]. El documento recoge la distinción entre la actuación del Estado cuando inyecta capital bajo condiciones de mercado y cuando tal adquisición no se produce en condiciones de mercado. En todo caso, la Comunicación explicitaba que no había ayuda de Estado cuando la adquisición de una participación en el capital de una empresa preexistente no implica inyección de nuevo capital o cuando dicha inyección de capital se produce en circunstancias que serían aceptables a un operador privado actuando en condiciones normales de mercado.

En todo caso, la Comisión cita una serie de ejemplos (apartado 3.2) en los que se considera que se cumple el criterio del inversor privado, como son:

- Cuando una nueva compañía se establece poseyendo las autoridades públicas el capital íntegramente o el interés mayoritario/minoritario, siempre y cuando las

por Fritz Burgbacher. La respuesta aludía a *AG Verloren Van Themaat* en relación a su opinión sobre el Caso 323/82 *Intermills vs Commission* (1984-ECR 3809 at.3841).

[260]Commission Decision 84/496/EEC, OJ L 276 (1984).

[261] KÖHLER, M.: "*New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test" (*2011) 1 EstAL21.

[262] La Comisión Europea (DG Com) respondió el 22 de febrero de 2021 a una consulta en la que se preguntaba específicamente si la Comunicación sobre "*participación pública en el capital de empresas*" estaba todavía vigente. En dicha respuesta se aclara que la Comunicación sobre el concepto de ayuda de Estado no ha dejado sin efecto la precitada Comunicación. Sin embargo, añade que la referencia principal ha de ser el "*case law"* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de modo que ambas Comunicaciones no son mutuamente excluyentes, pues los elementos contemplados en ambas comunicaciones han de entenderse de acuerdo con dicha interpretación jurisprudencial.

autoridades aplican los mismos criterios que cualquier otro sujeto en condiciones normales de mercado;

- Cuando se inyecta nuevo capital en una empresa pública, siempre y cuando el capital se corresponde con nuevas necesidades de capital y costes directamente ligados a los mismos, que la industria en la que opera la empresa no sufre una sobrecapacidad estructural en el mercado común, y que la situación financiera de la empresa está saneada;
- Cuando se vaya a incrementar la participación pública en la empresa, siempre y cuando el capital inyectado es proporcionado al número de participaciones tituladas por las autoridades y se corresponde con la inyección de capital de un accionista privado; la participación del inversor privado debe tener significación económica real;
- Cuando a pesar de que la participación se adquiera de la manera en que se establece en los dos últimos apartados de la sección 3.3, se encuentra en una pequeña o mediana empresa que, como consecuencia de su tamaño, es incapaz de proporcionar seguridad adecuada al mercado financiero privado, pero cuyas perspectivas son garantizar una participación pública que exceda de sus activos netos o inversión privada;
- Cuando la naturaleza estratégica de la inversión en términos de mercados o suministros es tal que la adquisición de la participación podría ser vista como el comportamiento normal de un suministrador de capital, a pesar de que la rentabilidad es diferida;
- Cuando el receptor del potencial desarrollo de la compañía, reflejado en una innovadora capacidad de inversión de todo tipo, en la que la operación se va a ver como una inversión que conlleva un especial riesgo, pero con probabilidad de que finalmente sea rentable.

Por el contrario, la Comisión Europea ha indicado, en el parágrafo 3.3 de la Comunicación, que hay ayuda de Estado cuando el nuevo capital haya sido aportado en circunstancias que no serían aceptables para un inversor privado bajo condiciones normales de mercado. En este sentido, se citan los siguientes ejemplos:

- Cuando la posición financiera de la compañía y particularmente la estructura y volumen de su deuda es tal que un retorno normal (en dividendos o en ganancias

de capital) no pueda ser esperado dentro de un tiempo razonable del capital invertido;

- Cuando, como consecuencia de su inadecuado flujo de caja y no por otras razones, la compañía va a ser incapaz de aportar los fondos necesarios para un programa de inversiones en el mercado de capital;
- Cuando la empresa es a corto plazo, con duración y un precio de venta prefijado por adelantado, de modo que el retorno del proveedor de capital es considerablemente menor que el que podría esperarse de una inversión del mercado de capital por un período similar, de una empresa;
- Cuando la empresa titularidad de las autoridades públicas supone la realización o la continuación de todo o parte de operaciones no viables de una compañía en dificultades a través de la formación de una nueva entidad;
- Cuando la inyección de capital en compañías cuyo capital se divide entre accionistas privados y públicos hace que la empresa pública alcance un nivel significativamente mayor que originariamente y que la retirada de los accionistas privados es en gran medida debido al pobre beneficio esperado;
- Cuando el volumen de la participación excede del valor real (valor de los activos netos de la reputación o know-how) de la compañía, excepto en el caso de compañías del tipo referido en el cuarto apartado de la sección 3.2.

Por otro lado, la Comisión ha establecido una serie de presunciones de existencia de ayuda de Estado, en la sección 3.4, cuando existe un menor grado de certeza, indicando que algunas adquisiciones pudieran no quedar incluidas en las categorías indicadas en la sección 3.2 y 3.3, de modo que no puede decidirse ab initio si constituyen o no ayudas de Estado. Bajo determinadas circunstancias, sin embargo, existe una presunción de que existe realmente ayuda de Estado. Este es el caso cuando:

- La intervención de las autoridades toma la forma de la adquisición de un holding combinado con otros tipos de intervención que necesita ser notificado de acuerdo con el artículo 108 (3);
- El holding se toma en una industria que está experimentando dificultades, sin que las circunstancias sean cubiertas por la sección 3.3; consecuentemente, donde la Comisión encuentra que una industria está sufriendo una sobrecapacidad estructural e incluso en la mayor parte de los casos estará bajo el ámbito de aplicación de la sección 3.3, podría considerarse necesario hacer un seguimiento

de los holdings en dicha industria, incluyendo los que están bajo el ámbito de la sección 3.2.

Esta Comunicación (y los criterios que contiene) constituyó el germen del test del inversor privado (*market economy investor test*, MEIT) o MEIP, el cual fue desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para identificar la posible existencia de ayuda de Estado en el caso de inversiones de carácter público. Posteriormente los criterios se adaptaron a otras transacciones económicas, dando lugar al desarrollo del test del acreedor privado (*private creditor test*) y del test del vendedor privado (*private vendor test*).

Resultan fundamentales a estos efectos los criterios fijados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos 234/1984[263] y 40/1985[264], conocidos como los asuntos Meura y Boch II [265], siendo ambas sentencias dictadas el 10 de julio de 1986. Ya con anterioridad, el Tribunal había establecido que a los efectos de determinar la existencia (o no) de una ayuda de Estado no resultaba relevante la forma de la ayuda, siendo indiferente si ésta consistía en un préstamo o en una participación en el capital de una empresa[266]. Ya las Conclusiones del Abogado General Verloren Van Themaat indicaban que la existencia de una inyección de capital en una empresa en dificultades había sido calificada como ayuda de Estado a los efectos previstos (entonces) en el artículo 92 del Tratado, resaltando que la participación tenía por objeto enjugar las pérdidas, lo que implicaba mantener artificialmente activa la empresa.

El criterio ha de interpretarse en sentido amplio, incluyendo tanto la obtención directa de fondos, como la exoneración del pago de determinadas cargas económicas de la empresa (p.ej. cotizaciones sociales). La doctrina ha indicado que la finalidad es incluir no solamente las subvenciones en sentido estricto, sino también medidas que, en general, alivian las cargas económicas de la empresa[267]. Ha sido igualmente la doctrina la que ha analizado y sistematizado los supuestos particulares de ayudas de Estado, partiendo de una serie de premisas: la irrelevancia de la forma de la ayuda y su finalidad; y, sobre todo,

[263] Reino de Bélgica vs. Comisión (1986) ECR 2281.
[264] Reino de Bélgica vs. Comisión (1986) ECR 2340.
[265] HOFMANN, H. MICHEAU C., op. cit. Págs. 108ss.
[266] Asunto 323/1982 SA Intermills vs Comisión (1984) ECR 3809.
[267] SIGNES DE MESA, J.I.: *Derecho de la Competencia y Crisis Económica. El régimen de ayudas públicas y de concentraciones en el sector financiero*. Ed. Aranzadi. 2013. Pág. 45.

la presencia de una ventaja, determinada a partir del denominado criterio de inversor privado[268].

En efecto, el artículo 107 TFUE prohíbe las "*ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma…"*. En particular, la Comisión ha considerado como ayuda de Estado: subvenciones y ayudas para sufragar cargas financieras de la empresa; préstamos con interés inferior al de mercado; exenciones de tributos estatales; inversiones en el capital social de la empresa; retribuciones por la prestación de servicios en favor del Estado; cesión de instalaciones públicas a coste inferior al de mercado, etc.

Una ventaja, en el sentido del artículo 107, apartado 1, del Tratado, es todo beneficio económico que una empresa no podría haber obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal[269]. La Comunicación ofrece orientaciones detalladas sobre la cuestión de si puede considerarse que un beneficio ha sido obtenido en condiciones normales de mercado. Solo es relevante el efecto de la medida en la empresa, y no la causa ni el objetivo de la intervención estatal. Siempre que la situación financiera de una empresa mejore como resultado de la intervención estatal en otros términos que las condiciones normales de mercado, hay una ventaja. Para evaluarla, debe compararse la situación financiera de la empresa a raíz de la medida con su situación financiera si no se hubiera adoptado la medida. Puesto que solo cuenta el efecto de la medida en la empresa, es irrelevante si la ventaja es obligatoria para la empresa, puesto que esta no podía evitarla ni rechazarla[270].

Una de las cuestiones más relevantes que se ha planteado a la hora de definir las ayudas de Estado es la distinción entre la actuación del Estado como autoridad pública y como operador privado, lo que será crucial para conocer si el Estado concede una ventaja a una

[268] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op.cit. pág. 706.

[269] STJUE de 11 de julio de 1996, *SFEI y otros*, C-39/94, apartado 60; STJUE de 29 de abril de 1999, *España/Comisión*, C-342/96, apartado 41.

[270] El término «*intervenciones estatales*» no hace referencia únicamente a acciones positivas por parte del Estado, sino que incluye también el hecho de que las autoridades no adopten medidas en determinadas circunstancias, por ejemplo, para ejecutar las deudas. Véase, por ejemplo, la STJUE 12 de octubre de 2000, Magefesa, C-480/98, apartados 19 y 20. En este sentido, vid. STJUE de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión, 173/73, apartado 13 y Decisión 2004/339/CE de la Comisión, de 15 de octubre de 2003, relativa a las medidas aplicadas por Italia a favor de RAI SpA (DO L 119 de 23.4.2004, p. 1), considerando 69; conclusiones del Abogado General Fennelly de 26 de noviembre de 1998 en el asunto C-251/97, *Francia/Comisión*, apartado 26.

empresa[271]. Pues bien: en lo que se refiere a la prueba del operador económico en una economía de mercado, la Comunicación comienza señalando que si bien el ordenamiento jurídico de la Unión Europea es neutral respecto al régimen de la propiedad (artículo 345 TFUE: "*Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*"), el derecho de los Estados miembros de actuar como operadores económicos, cuando las autoridades públicas realizan directa o indirectamente transacciones económicas bajo cualquier forma, sí queda sujeto a las normas sobre ayudas estatales de la Unión[272].

La premisa básica a estos efectos es que las transacciones económicas realizadas por organismos públicos (incluidas las empresas públicas) no confieren una ventaja a su destinatario y, por consiguiente, no constituyen ayuda, si se realizan con arreglo a las condiciones normales de mercado[273]. Este principio ha sido concretado con respecto a cada una de las transacciones económicas particulares en que puede verse involucrado el Estado. En efecto, la jurisprudencia comunitaria ha desarrollado el «*principio del inversor en una economía de mercado*» a los efectos de determinar si hay algún componente de ayuda estatal en los casos de inversión pública (en particular, de aportaciones de capital): de este modo, para determinar si la inversión de un organismo público constituye ayuda estatal, se ha de apreciar si, en circunstancias similares, un inversor privado de un tamaño comparable que opere en condiciones normales de una economía de mercado, podría haber sido inducido a realizar la inversión en cuestión[274] . Por otro lado, los órganos jurisdiccionales de la Unión han desarrollado la «*prueba del acreedor privado*» para examinar si las renegociaciones de deuda por parte de los acreedores públicos implican ayuda estatal, comparando el comportamiento de un acreedor público con el de

[271] Este elemento también es relevante cuando se está analizando la imputabilidad al Estado en el caso de que la ayuda sea concedida a través de una empresa pública o de propiedad pública. En este punto, habría de distinguirse entre las decisiones adoptadas por dichas empresas públicas bajo control del Estado y las decisiones empresariales del día a día de la empresa, tomadas sin ningún tipo de interferencia estatal, las cuales quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas de ayudas de Estado, dado que se trata de decisiones imputables únicamente a la empresa estatal en cuestión. Vid. HOFMANN, H. y MICHEAU, C. op. cit. pág. 71.

[272] STJUE de 10 de julio de 1986, *Bélgica/Comisión*, 40/85, apartado 12.

[273] STJUE de 11 de julio de 1996, *SFEI y otros*, C-39/94, apartados 60 y 61.

[274] STJUE de 21 de marzo de 1990, *Bélgica/Comisión («Tubemeuse»),* C-142/87, apartado 29; STJUE de 21 de marzo de 1991, *Italia/Comisión («Alfa Romeo»),* C-305/89, apartados 18 y 19; STJUE de 30 de abril de 1998, *Cityflyer Express/Comisión*, T-16/96, apartado 51; STJUE de 21 de enero de 1999, *Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke/Comisión*, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96, apartado 104; STJUE de 6 de marzo de 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión*, asuntos acumulados T-228/99 y T233/99.

hipotéticos acreedores privados que se encontraran en una situación similar [275] . Finalmente, también han desarrollado los órganos jurisdiccionales de la Unión la «*prueba del vendedor privado*» para determinar si una venta realizada por un organismo público implica ayuda estatal, considerando si un vendedor privado, en condiciones normales de mercado, podría haber obtenido el mismo precio u otro mejor[276].

Como señala la Comunicación, el objetivo de la prueba del operador en una economía de mercado es determinar si el Estado ha otorgado una ventaja a una empresa al no actuar como un operador en una economía de mercado con respecto a una transacción determinada. En este análisis, no ha de tenerse en cuenta si la intervención constituye un medio racional para los organismos públicos de alcanzar otros objetivos de interés público. Tampoco la rentabilidad o falta de rentabilidad para el beneficiario es en sí misma un factor decisivo para determinar si la transacción económica en cuestión se ajusta o no a las condiciones de mercado. El elemento relevante es si los organismos públicos actuaron como habría actuado un operador en una economía de mercado en una situación similar. Si no fuera así, la empresa beneficiaria habría recibido una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado, situándola en una situación financiera más favorable en comparación con la de sus competidores[277].

La Comunicación también detalla los casos en que se puede demostrar directamente si la transacción respeta las condiciones de mercado, citando como tales los siguientes:

- cuando la transacción se realiza *pari passu* (en igualdad de condiciones) por entidades públicas y operadores privados, o

- cuando se refiere a la venta y adquisición de activos, bienes y servicios (u otras transacciones comparables) realizadas mediante una licitación competitiva, transparente, no discriminatoria e incondicional.

Aclara la Comunicación que, en estos casos, si la información de mercado específica relativa a la transacción muestra que ésta no respeta las condiciones de mercado, en

[275] STJUE de 22 de noviembre de 2007, *España/Comisión* C-525/04 P; STJUE de 24 de enero de 2013, *Frucona /Comisión* C-73/11 P; STJUE de 29 de junio de 1999, *DMTransport*, C-256/97. Esta cuestión será objeto de desarrollo específico en un epígrafe posterior.

[276] STJUE de 28 de febrero de 2012, *Land Burgenland y Austria/Comisión*, asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08.

[277] STJUE de 6 de marzo de 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión*, asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, apartado 208. STJUE de 5 de junio de 2012, *Comisión/EDF*, C-124/10 P, apartado 90; STJUE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, apartado 14; y STJUE de 19 de mayo de 1999, *Italia/Comisión*, C-6/97, apartado 16.

general sería conveniente utilizar otros métodos de evaluación para llegar a una conclusión diferente, citando al efecto jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[278]. La forma precisa de la medida también es irrelevante para determinar si confiere una ventaja económica a la empresa. No solo la concesión de ventajas económicas positivas es relevante para el concepto de ayuda estatal, sino que la liberación de cargas económicas también puede constituir una ventaja. Esta última es una amplia categoría que comprende todo aquello que alivie a una empresa de las cargas que normalmente recaen sobre su presupuesto [279] . Finalmente, debe citarse la ventaja indirecta, que se encuentra también incluida en el concepto de ventaja económica. Así se ha establecido con claridad en el Caso Altmark, entendiendo por ventaja aquella que tenga lugar mediante otra empresa que es la beneficiaria final de la ayuda, lo que típicamente se produce en los casos en que exista una relación vertical entre las entidades (grupos de sociedades, p.ej.).

2.3. Carácter selectivo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 107, apartado 1, del TFUE una medida estatal, para poder ser conceptuada como ayuda de Estado, debe favorecer a determinadas empresas o producciones. El carácter selectivo de la ayuda implica que ésta ha de ser acordada en favor de una o varias empresas, sin que puedan considerarse como tales las medidas de política económica aplicables a todos los sectores o producciones en un Estado miembro[280].

La Comunicación señala que la jurisprudencia[281] ha precisado que incluso intervenciones que, a primera vista, son aplicables a la generalidad de las empresas, pueden revestir cierta selectividad y poder ser conceptuadas como medidas destinadas a favorecer a

[278]En este sentido, la STJUE de 24 de octubre de 2013, Land Burgenland/Comisión, asuntos acumulados C214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, apartados 94 y 95, en los que el Tribunal de Justicia declaró, en particular, que, cuando un poder público procede a la venta de una empresa a través de una licitación adecuada, puede presumirse que el precio de mercado equivale a la oferta más elevada (vinculante y creíble), sin necesidad de recurrir a otros métodos de valoración, como los peritajes independientes.

[279] STJUE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, apartado 13; STJUE de 19 de septiembre de 2000, *Alemania/Comisión*, C-156/98, apartado 25; STJUE de 19 de mayo de 1999, *Italia/Comisión*, C-6/97, apartado 15; STJUE de 3 de marzo de 2005, *Heiser*, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, apartado 36.

[280] STJUE de 17 de junio de 1999, *Bélgica/Comisión*, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, apartado 32; STJUE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, apartado 48.

[281] STJUE de 29 de junio de 1999, *DMTransport*, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, apartado 27; sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2002, *Territorio Histórico de Álava — Diputación Foral de Álava y otros/Comisión asuntos acumulados* T-127/99, T-129/99 y T-148/99, ECLI:EU:T:2002:59, apartado 149.

determinadas empresas o producciones. En este sentido, añade que el mero hecho de que la ayuda no se refiera a uno o varios beneficiarios particulares previamente definidos, sino que esté sujeta a una serie de criterios objetivos con arreglo a los cuales podrá concederse, dentro de los límites de una dotación presupuestaria global predeterminada, a un número indefinido de beneficiarios, no individualizados desde un principio, es insuficiente para desechar el carácter selectivo de la medida, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria[282].

La Comunicación distingue a estos efectos entre selectividad material y selectividad regional. La selectividad material implica que la medida solo se aplica a determinadas empresas (o grupos empresariales) o a determinados sectores de la economía en un determinado Estado miembro. La selectividad material puede acreditarse de Derecho o de hecho. En lo que se refiere a la selectividad de Derecho, la Comunicación señala que la misma resulta directamente de los criterios jurídicos para la concesión de una medida que está reservada, desde un punto de vista formal, únicamente a determinadas empresas[283]. La selectividad de hecho, por el contrario, puede determinarse en aquellos casos en los que, aun cuando los criterios formales para la aplicación de la medida están formulados en términos generales y objetivos, la estructura de la medida es tal que sus efectos favorecen significativamente a un grupo de empresas concreto[284]. Por otro lado, indica también que la selectividad de hecho puede deberse a las condiciones o barreras impuestas por los Estados miembros que impiden a determinadas empresas beneficiarse de la medida[285].

---

[282] Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2009, *Italia/Comisión*; T-211/05, ECLI:EU:T:2009:304, apartado 120, y STJUE de 24 de noviembre de 2011, *Italia/Comisión*, C-458/09 P, ECLI:EU:C:2011:769, apartados 59 y 60.

[283] STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos y otros*, asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, ECLI:EU: C:2011:550, apartado 52.

[284] La Comunicación cita como ejemplo la STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido*, asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, sobre la reforma fiscal de Gibraltar, que de hecho favorecía a las sociedades extraterritoriales. Vid. apartados 101 y ss. de dicha sentencia. La reforma introdujo un régimen integrado por tres impuestos aplicable a todas las empresas gibraltareñas, a saber: un impuesto sobre el número de empleados (*payroll tax*), un impuesto por superficie ocupada (*BPOT, business property occupation tax*) y una tasa de registro (*registration fee*). El límite máximo del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT era igual al 15 % de los beneficios. El Tribunal consideró que esa combinación de impuestos excluía de principio toda imposición a las sociedades extraterritoriales, puesto que no tenían base imponible al carecer de empleados y de locales en Gibraltar.

[285] Vid. Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2002, *Ramondin SA y Ramondín Cápsulas SA/Comisión*, asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, apartado 39. La sentencia aborda el análisis de una medida cuando ésta puede suponer está reservada a empresas que cuentan con considerables recursos económicos, que puede implicar una selectividad de hecho. También cita como tal el supuesto en que una medida conlleve ventajas que solo se aplican durante un determinado período de

En cuanto a la selectividad derivada de prácticas administrativas discrecionales, la Comunicación analiza las medidas generales que, a primera vista, se aplican a todas las empresas, pero están (o pueden estar) limitadas por la facultad discrecional de la administración pública, son selectivas. Esto sucede cuando el cumplimiento de determinados criterios no implica que se tenga derecho a acogerse a la medida[286]. Cuando las Administraciones públicas tienen facultades discrecionales para aplicar una medida, tal discrecionalidad puede considerarse que es susceptible de conferir una ventaja «*a determinadas empresas o producciones*»[287].

La Comunicación también se ocupa específicamente de la evaluación de la selectividad material, en virtud de la cual cuando los Estados miembros adoptan medidas ad hoc positivas que benefician a una o varias empresas definidas (por ejemplo, concediendo fondos o activos a determinadas empresas), suele ser fácil concluir que tales medidas son de carácter selectivo, puesto que dan un trato favorable a una o algunas empresas[288]. Sin embargo, cuando los Estados miembros adoptan medidas aplicables a todas las empresas que reúnen determinados criterios, el carácter selectivo de las medidas debe analizarse en tres fases:

- En primer lugar, debe identificarse el sistema de referencia.
- En segundo lugar, debe determinarse si una medida constituye una excepción de dicho sistema al establecer diferencias entre operadores económicos que, habida cuenta de los objetivos intrínsecos al sistema, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. Determinar si existe una excepción es el elemento clave de esta parte de la prueba y permite extraer una conclusión sobre si la medida es a priori selectiva. Si la medida en cuestión no constituye una excepción del sistema de referencia, no es selectiva.
- No obstante, si constituye una excepción (y, por lo tanto, es a priori selectiva), debe determinarse, mediante la prueba en tres fases, si la excepción encuentra

tiempo, analizado en la Sentencia del Tribunal General de 12 de septiembre de 2007, *Italia y Brandt Italia /Comisión*, asuntos acumulados T-239/04 y T323/04, ECLI:EU:T:2007:260, apartado 66; sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2009, *Italia/Comisión*;T-211/05, ECLI:EU:T:2009:304, apartado 120; sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011, *Italia/Comisión*, C-458/09 P, ECLI: EU:C:2011:769, apartados 59 y 60.

[286] STJUE de 29 de junio de 1999, *DMTranspor*t, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, apartado 27.

[287] STJUE de 18 de julio de 2013, P Oy, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, apartado 27.

[288] STJUE de 4 de junio de 2015, *Comisión/MOL*, C-15/14 P, ECLI:EU:C:2015:362, apartados 60 y ss.; Conclusiones del Abogado General Mengozzi, de 27 de junio de 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:442, apartado 52.

justificación en la naturaleza o la economía general del sistema (de referencia). Si una medida a priori selectiva encuentra justificación en la naturaleza o la economía general del sistema de referencia, no se considerará selectiva y, por tanto, no estará incluida en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del Tratado.

No obstante, el análisis en tres fases no puede aplicarse en ciertos casos, teniendo en cuenta los efectos prácticos de las medidas en cuestión. El artículo 107, apartado 1, del Tratado no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que los define en función de sus efectos, independientemente de las técnicas utilizadas. Esto significa que, en determinados casos, no basta examinar si una medida dada constituye una excepción de las normas del sistema de referencia definido por el Estado miembro afectado. También es necesario evaluar si los límites del sistema de referencia han sido concebidos de manera coherente o, por el contrario, de forma claramente arbitraria o sesgada para favorecer a determinadas empresas que se encuentran en una situación comparable, tomando en consideración la lógica subyacente del sistema en cuestión.

2.4. Falseamiento de la competencia y afectación a los intercambios comerciales de los Estados miembros.

El apoyo público a las empresas solo constituye ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del Tratado si «*falsea o amenaza falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*» y solo *«en la medida en que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros».* Según establece la Comunicación, se trata de dos elementos distintos y necesarios del concepto de ayuda. En la práctica, sin embargo, estos criterios suelen tratarse conjuntamente al evaluar las ayudas estatales puesto que, como norma, por lo que se consideran estrechamente vinculados[289].

Como regla general, se considera que una medida concedida por el Estado falsea o amenaza falsear la competencia cuando es probable que mejore la posición competitiva

[289] Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2000, *Alzetta*, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97 etc., ECLI:EU: T:2000:151, apartado 81.

del beneficiario frente a otras empresas con las que compite[290]. La Comunicación precisa que el apoyo público probablemente falsee la competencia, aunque no ayude a la empresa beneficiaria a expandirse y obtener cuotas de mercado. Basta que la ayuda le permita mantener una posición competitiva más fuerte que la que habría tenido de no habérsela concedido. A este respecto, para que se considere que la ayuda falsea la competencia, suele ser suficiente que esta conceda al beneficiario una ventaja liberándolo de los costes propios de su gestión corriente con los que normalmente debería haber cargado[291]. Por otro lado, la Comunicación aclara que la definición de ayuda estatal no requiere que el falseamiento de la competencia o los efectos sobre el comercio sean significativos o determinantes. El hecho de que el importe de la ayuda sea pequeño o que la empresa beneficiaria sea pequeña no descarta de por sí un falseamiento o la amenaza de falseamiento de la competencia[292], siempre y cuando la probabilidad de ese falseamiento no sea meramente hipotética.

En segundo lugar, el apoyo público a las empresas solo constituye ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del Tratado si *«afecta a los intercambios comerciales entre Estados miembros»*. A este respecto, no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, sino únicamente si la ayuda puede afectar a dichos intercambios [293] . En particular, los órganos jurisdiccionales de la Unión han dictaminado que *«cuando una ayuda económica otorgada por el Estado refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales intracomunitarios, procede considerar que la ayuda influye sobre dichos intercambios»*[294].

[290] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris*, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, apartado 11. Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2000, *Alzetta*, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97 etc., ECLI:EU:T:2000:151, apartado 80

[291] Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, Heiser, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, apartado 55.

[292] Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías/Comisión, T55/99, ECLI:EU:T:2000:223, apartado 89; sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU: C:2003:415, apartado 81.

[293] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, Eventech/The Parking Adjudicator C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, apartado 65; sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2013, Libert y otros, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, ECLI:EU: C:2013:288, apartado 76.

[294] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, *Eventech/The Parking Adjudicator*,C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, apartado 66; sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, ECLI:EU: C:2013:288, apartado 77; sentencia del Tribunal General de 4 de abril de 2001, *Friuli Venezia Giulia*, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, apartado 41.

La Comunicación detalla también en este punto en qué casos se considera que las medidas son ayuda de Estado, en función de cómo afectan a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Partiendo de los requisitos establecidos en el artículo 107.1 TFUE, si la intervención estatal no se ajusta a los parámetros de actuación de un inversor privado, la misma puede considerarse como ayuda de Estado. A ello se añade que toda ayuda de Estado ha de ser notificada a la Comisión Europea (partiendo además del principio de que toda ayuda no notificada constituye una ayuda de Estado ilegal), de conformidad con lo establecido en el artículo 108.3 TFUE.

Los apartados 2 y 3 del art. 107 TFUE señalan los supuestos en los que una ayuda es compatible con el mercado común. De forma simplificada, puede afirmarse que una ayuda podrá ser autorizada siempre que persiga una finalidad compatible con los objetivos del mercado común y sus efectos distorsionadores sobre la competencia sean los mínimos posibles para lograr esta finalidad. Normalmente, sólo los supuestos del apartado 3, letra c) de este precepto se aplican a las ayudas de salvamento y de reestructuración a empresas en crisis. Esta disposición prevé que «*podrán considerarse*» compatibles, las ayudas: «*destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades [...], siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común*».

Ha sido la Comisión Europea la que ha venido estableciendo una serie de principios generales al hilo de las decisiones que ha ido adoptando en relación con este tipo de ayudas de salvamento y reestructuración desde 1990, sobre la base de las Directrices de 1994. Debe reseñarse que las Directrices de 2004 no se pronunciaban sobre la cuestión de si la privatización es condición necesaria para aprobar una ayuda de este tipo. Se trata de un elemento relevante, que será analizado a continuación.

En todo caso, son ayudas que se estudian por la Comisión caso a caso. Algunas de sus decisiones se han adoptado sobre la base del artículo 108 (2) TFUE, y en ocasiones incluso se han aprobado sin haberse presentado el correspondiente plan de reestructuración. Es frecuente que se requieran aclaraciones del Estado miembro en cuestión, e incluso que se remitan comentarios por parte de otros sujetos (usualmente competidores), lo que facilita la labor de la Comisión para determinar cuáles son las condiciones que es preciso establecer para la concesión de la ayuda al objeto de que se minimicen los efectos distorsionadores sobre la competencia. Normalmente se exige que el plan de reestructuración sea efectivamente puesto en marcha y que el Estado miembro

en cuestión remita un informe anual a la Comisión, incluyendo en ocasiones condiciones específicas para el caso concreto.

Comoquiera que las ayudas de Estado se han dirigido también a empresas que son propiedad del Estado o controladas por éste, se ha planteado la cuestión de si el objetivo de la reestructuración para alcanzar la viabilidad (económica o comercial) no debería en último término llevar a la privatización de la empresa[295]. En este punto, la Comisión no siguió la recomendación del Comité de Sabios relativa a que la reestructuración seguida de ayudas debía conducir en último término a la privatización. La principal razón esgrimida para ello fue que tal exigencia sería contraria al principio del artículo 345 TFUE, en concreto, que el Tratado respeta la propiedad pública de las empresas[296].

II. EL RÉGIMEN DE AYUDAS PÚBLICAS DE SALVAMENTO Y REESTRUCTURACIÓN.

1. Introducción.

Los artículos 107 y 108 del TFUE regulan las ayudas otorgadas por los Estados, o mediante fondos estatales, declarando que son incompatibles con el mercado interior, en

[295] HANCHER. L., OTTERVANGER, T. y JAN SLOT, P.: *EU State Aids*, Sweet&Maxwell. Pág. 919. Cita el *23rd Report on Competition Policy*, que precisamente debatió sobre esta cuestión, destacando que ha sido en el sector del transporte aéreo donde más se ha discutido sobre ello, ya que es el ámbito donde se ha producido una mayor presencia de empresas de carácter público.

[296] En este sentido, el parágrafo 43 de las Directrices para la aplicación de ayudas de Estado en el sector de la aviación recoge los siguientes principios en caso de privatización:

(1) La ayuda se excluye y por tanto no es necesaria la notificación, si, además de la privatización, se reúnen las siguientes condiciones:
   - La disposición se realiza por medio de una invitación pública incondicional a una licitación en base a términos transparentes y no discriminatorios;
   - La empresa se vende al licitador que hace la oferta más alta;
   - Las partes interesadas tienen un período suficiente en el cual preparar su oferta y recibir toda la información necesaria para permitirles realizar una evaluación adecuada.

(2) Las siguientes ventas se encuentran sujetas a notificación porque hay una presunción de que contienen ayuda:
   - Todas las ventas por medio de métodos restrictivos o donde las ventas toman la forma de venta directa;
   - Todas las ventas que van precedidas de una quita de deudas por el Estado, empresas públicas o cualquier otra institución pública;
   - Todas las ventas precedidas por una conversión de deuda en capital o por recapitalizaciones;
   - Todas las ventas que se realizan en condiciones que no serían aceptables para una transacción entre inversores en una economía de mercado.

Todas estas ventas ha de ser analizadas por un experto independiente. Las ventas ha de ser realizadas sobre la base de procedimientos no discriminatorios respetando las reglas de la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios. Estos principios han sido aplicados en el caso de ayudas de salvamento y reestructuración en general, si bien es cierto que las Directrices nada establecen en relación con la propiedad pública o privada de empresas en materia de privatizaciones.

la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, siempre que falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones. En todo caso, debe recordarse que el TFUE, tras establecer este principio general de incompatibilidad, prevé una serie de excepciones, sujetando su efectividad a la notificación previa de la ayuda (bajo el principio de que toda ayuda no notificada es ilegal) y la prohibición de ejecución de la ayuda antes de que se hubiera autorizado. Resulta particularmente relevante en este ámbito el apartado 3 del artículo 197 TFUE, en cuanto que prevé la compatibilidad con el mercado interior de "las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común".

En todo caso, cabe resaltar que son diversos los tipos de ayuda que pueden utilizarse como mecanismo para que las empresas en dificultades puedan sobrevivir[297]. El control de las ayudas de Estado se ha revelado como imprescindible a los efectos de limitar las distorsiones de la competencia que se pueden producir como consecuencia de subsidios del Estado. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parece claro que la finalidad del artículo 107 TFUE es proteger la competencia en el seno del mercado común, manteniendo el campo de juego de los operadores compitiendo en el mercado[298]. De todos modos, el régimen de ayudas de Estado también puede contribuir a corregir ciertos fallos de mercado cuando éste no funciona de forma eficiente[299]. La concesión de una ayuda de Estado por un Estado Miembro puede, en consecuencia, mejorar la competitividad de la empresa e indirectamente de la región afectada, en cuyo caso sí podría considerarse compatible con el mercado interior[300].

---

[297] FARANTOURIS, N.:" *Firms in difficulty and state aids: a compatibility analysis"*, European Competition Law Review, volume 30, issue 10, 2009. P. 494-504.

[298] *Banco Exterior de España SA vs. Ayuntamiento de Valencia*, considerando 12: *Italia vs Comisión de las Comunidades Europeas* (173/73) (1974) E.C.R. 709; (1974) *C.M.L.R.* 593 ECJ considerando 26.

[299] Sobre un nuevo enfoque en relación a la labor del sector público en la Economía, Vid. MAZZUCATO, M: "*Governing the economics of the common good: from correcting market failures to shaping collective goals".* Journal of Economic Policy Reform, Diciembre 2023, DODEI: 10.1080/17487870.2023.2280969. MAZZUCATO trata defender el papel del sector público en la economía y, argumenta que, aunque tradicionalmente la justificación de la intervención del sector público se ha centrado en la corrección de posibles "*fallos del mercado*", tratándose por tanto de una actuación subsidiaria y complementaria, es posible superar esta concepción y otorgar a la intervención pública, en colaboración con el resto de los agentes económicos, el papel de establecer, dirigir y dar forma a unos objetivos económicos comunes, que va más allá de la consideración clásica de los "*bienes públicos*" y de los "*bienes comunes*", que justificaba dicha intervención como una forma de corregir los fallos del mercado.

[300] FARANTOURIS, N. op. cit. 495.

La necesidad de regular las ayudas a empresas en dificultades surgió en los años 70. En el *First Report on Competition Policy* de 1971 se señaló la existencia de una serie de marcos de ayudas en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea que tenían precisamente por objeto corregir deficiencias del mercado. La Comisión Europea considera que la regla general es la prohibición de ayudas de Estado y las excepciones a esta regla son limitadas y de interpretación restrictiva, por lo que las ayudas de salvamento y restructuración (*R&R, rescue&restructuring state aids*) son permitidas cuando forman parte de un plan definido de reestructuración y los efectos sobre la competencia e intracomunitarios son susceptibles de ser evaluados de forma precisa[301].

El siguiente hito se produjo en 1978, en el VIII Informe sobre Política de la Competencia, al referirse a los requisitos para que la ayuda en cuestión fuera considerada compatible con el mercado interior. Se contemplaron así los requisitos relativos a que la ayuda fuera dirigida a la realización de un programa de reestructuración o conversión, que permitiera restablecer a largo plazo la competitividad de la producción, limitando su importe a lo necesario al objeto de preservar el equilibrio de la empresa durante un período transitorio, hasta que se pudieran obtener resultados positivos. Sobre esta base, la Comisión Europea publicó su primera versión de las Directrices en 1994, en las que detallaba la forma en que debía diseñarse y notificar este tipo de ayuda que era susceptible de ser autorizada por la Comisión. Las Directrices de 1994 fueron posteriormente modificadas en 1997, para fijar reglas específicas en el sector de la agricultura y actualizadas de nuevo en 1999.

Por su parte, en el año 2005 la Comisión Europea publicó el denominado *State Aid Action Plan*, en el que se plasmó un enfoque más económico, orientado a la eficiencia del mercado. Hasta el año 2005 este aspecto no se había tenido en cuenta (al menos, no principalmente) a la hora de analizar las particulares circunstancias de las ayudas. A partir de este momento, la Comisión Europea asumió como principal criterio para autorizar las ayudas la promoción de la eficiencia económica, esto es, si el mercado se iba a ver o no distorsionado de forma efectiva por la medida y cuáles iban a ser los efectos sobre la competencia. Este análisis es mucho más riguroso, al tener presente los fallos de mercado que este particular régimen de ayudas pretende solventar, lo que además permite a la

[301] ANESTIS, P., MAVROGHENIS, S., DRAKAKAKI, S.: "*Rescue and Restructuring Aid: A Brief Assessment of the Principal Provisions of the Guidelines".* EstAL, volume I, 2004, p. 27-34.

Comisión decidir sobre la existencia o no de excepciones, en función del análisis concreto realizado[302].

Será en 1994 cuando la Comisión Europea apruebe unas Directrices específicas sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, las cuales han sido sucesivamente prorrogadas y actualizadas en 1999 [303] , 2004[304] y en 2014. Las Directrices de 2014 entraron en vigor el 1 de agosto de 2014 y tras una prórroga de tres años, hasta el 31 de diciembre de 2023[305] han sido nuevamente prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 2025[306].

En efecto, las Directrices aprobadas en 2004[307] fueron prorrogadas primero hasta el 9 de octubre de 2012 [308] y posteriormente hasta su sustitución por nuevas normas [309] de conformidad con el programa de reformas establecido en la Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2012, sobre la modernización de las ayudas estatales de la UE[310]. Con posterioridad, la Comisión ha llevado a cabo la revisión de las Directrices sobre la base de su experiencia en la aplicación de las normas existentes y en consonancia con el enfoque común contemplado en la Comunicación últimamente citada. En dicha revisión,

---

[302] HEIMLER, A.: "*European State Aid policy in search of a standard. What is the role of economic analysis",* (working paper). Government of the Italian Republic (Italy) National School of Administration, 2009.

[303] (1999) OJ C288/2.

[304] (2004) OJ C244/2.

[305] Comunicación de la Comisión Europea de 2 de julio de 2020 C (2020) 4355 (2020) OJ C224/2.

[306] Comunicación de la Comisión por la que se modifican las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis, en lo que respecta al período de aplicación (C/2023/1212).

[307] Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (DO C 244 de 1.10.2004).

[308] Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga de la aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (DO C 156 9.07.2009, p.3).

[309] Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga de la aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis DO C DE 2.10.2012, p.3)

[310] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la modernización de las ayudas estatales en la UE (COM (2012) 209 final). En esta Comunicación, se fijaron tres objetivos para la consecución de la modernización del control de ayudas estatales:

- impulsar un crecimiento sostenible, inteligente e integrador en un mercado interior competitivo;
- concentrar el examen ex ante de la Comisión en los asuntos que tengan mayor incidencia sobre el mercado interior, reforzando al mismo tiempo la cooperación con los Estados miembros en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales;
- racionalizar las normas y acelerar la toma de decisiones.

En esta Comunicación la Comisión pedía un enfoque común en la revisión de las distintas directrices y marcos, basado en el fortalecimiento del mercado interior, fomentando una mayor eficacia en el gasto público mediante una mejor contribución de las ayudas estatales a objetivos de interés común y un examen más profundo del efecto incentivador, limitando la ayuda al mínimo necesario y evitando los posibles efectos negativos de la ayuda sobre la competencia y el comercio.

que cristalizó finalmente en las Directrices aprobadas en 2014[311] se exponen con claridad los problemas que plantea esta específica modalidad de ayudas de Estado. En primer lugar, resalta que este tipo de ayudas son algunos de los tipos que más falsean la competencia. Los sectores más exitosos en la economía crecen habitualmente a costa de otros menos eficientes o que tienen productos obsoletos. Tal y como señalan las Directrices, el abandono de empresas menos eficientes permite a sus competidores más solventes crecer y aportar activos al mercado, donde pueden destinarse a usos más productivos. El punto clave estriba en que cuando se conceden ayudas de salvamento y reestructuración, éstas interfieren de forma "artificial" en el mercado, y ello puede frenar el crecimiento económico de los sectores afectados, crecimiento que experimentarían de forma natural de no mediar la ayuda.

En las Directrices se contempla un punto específico de conexión entre el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Insolvencia, al prever que, cuando hay partes de una empresa en crisis que siguen siendo esencialmente viables, la empresa puede ser capaz de realizar una reestructuración que la lleve a abandonar actividades que generan pérdidas estructurales y permita la reorganización de las restantes actividades sobre una perspectiva de razonable viabilidad a largo plazo. En este marco, las Directrices disponen que dicha reestructuración ha de ser posible sin ayuda estatal, mediante acuerdos con los acreedores o procedimientos de insolvencia o de reorganización. La legislación reciente en materia de insolvencia ha de ayudar a sobrevivir a las empresas sólidas, contribuir a salvaguardar el empleo y permitir a los proveedores conservar sus clientes y a los propietarios mantener el valor en las empresas viables[312]. Por otro lado, se declara que el procedimiento de insolvencia también puede devolver una empresa viable al mercado mediante la adquisición de terceros, ya sea de la empresa como empresa en funcionamiento o de sus diversos activos de producción.

Las Directrices establecen que las empresas solo deben poder acogerse a la ayuda estatal cuando hayan agotado todas las opciones de mercado, cuando dicha ayuda sea necesaria para alcanzar un objetivo de interés común claramente definido. En este sentido, es

[311] Comunicación de la Comisión Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas no financieras en crisis (2014/C 249/01).

[312] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo: Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, COM (2012) 742 final. En conexión con la anterior, vid. la Recomendación de la Comisión de 12.03.2014 sobre un nuevo enfoque frente la insolvencia y el fracaso empresarial, C (2014) 1500 final, en particular, el considerando 12.

reseñable que la ayuda solamente puede recibirse una vez en un plazo de diez años (principio de ayuda única: "*one time, last time*").

Por otro lado, las Directrices contemplan una cuestión no menor, cual es la relativa al riesgo moral ("*moral hazard*") creado por las ayudas estatales. En efecto, exponen que las empresas que sepan de antemano que se van a ser rescatadas pueden llevar a cabo estrategias empresariales excesivamente arriesgadas e insostenibles. Además, la perspectiva de las ayudas estatales de salvamento y reestructuración para una empresa determinada puede reducir artificialmente su coste de capital, otorgándole una ventaja competitiva indebida en el mercado.

A la hora de autorizar la ayuda en cuestión, la Comisión Europea hace un análisis del caso concreto[313], en el que toma en consideración factores diversos, tales como el apoyo a pequeñas y medianas empresas, pues se considera que ello puede ser beneficioso para el mercado[314]. A ello se añade que la pervivencia en el mercado de la empresa en cuestión puede también evitar la desaparición de empresas, derivando en un monopolio u oligopolio, con efectos igualmente desfavorables para el mercado[315].

Ha sido la Comisión Europea la que ha venido estableciendo una serie de principios generales al hilo de las decisiones que ha ido adoptando en relación con este tipo de ayudas de salvamento y reestructuración desde 1990, sobre la base de las Directrices de 1994. Debe reseñarse que las Directrices de 2004 no se pronunciaban sobre la cuestión de si la privatización es condición necesaria para aprobar una ayuda de este tipo. Se trata de un elemento relevante, que será analizado a continuación.

En todo caso, son ayudas que se estudian por la Comisión caso a caso. Algunas de sus decisiones se han adoptado sobre la base del artículo 108 (2) TFUE, y en ocasiones incluso se han aprobado sin haberse presentado el correspondiente plan de reestructuración. Es frecuente que se requieran aclaraciones del Estado miembro en cuestión, e incluso que se remitan comentarios por parte de otros sujetos (usualmente competidores), lo que facilita la labor de la Comisión para determinar cuáles son las condiciones que es preciso establecer para la concesión de la ayuda al objeto de que se

[313] En relación con las circunstancias que toma en consideración la Comisión Europea a la hora de autorizar las ayudas, debe citarse el documento "*Should aid be granted to firms in difficulty*?" Diciembre 2009, elaborado por OXERA para la Comisión Europea. Está disponible en: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fe654e1e-6737-4284-8007-e9651f9182a4/language-en (consultado el 11/02/2023).
[314] ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. op.cit. Pág. 457.
[315] ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. op.cit. Pág. 457.

minimicen los efectos distorsionadores sobre la competencia. Normalmente se exige que el plan de reestructuración sea efectivamente puesto en marcha y que el Estado miembro en cuestión remita un informe anual a la Comisión, incluyendo en ocasiones condiciones específicas para el supuesto analizado.

Comoquiera que las ayudas de Estado se han dirigido también a empresas que son propiedad del Estado o controladas por éste, se ha planteado la cuestión de si el objetivo de la reestructuración para alcanzar la viabilidad (económica o comercial) no debería en último término llevar a la privatización de la empresa[316]. En este punto, la Comisión no siguió la recomendación del Comité de Sabios relativa a que la reestructuración seguida de ayudas debía conducir en último término a la privatización. La principal razón esgrimida para ello fue que tal exigencia sería contraria al principio del artículo 345 TFUE, en concreto, que el Tratado respeta la propiedad pública de las empresas[317].

[316] HANCHER. L., OTTERVANGER, T. y JAN SLOT, P.: *EU State Aids*, Sweet&Maxwell. Pág. 919. Cita el *23rd Report on Competition Policy*, que precisamente debatió sobre esta cuestión, destacando que ha sido en el sector del transporte aéreo donde más se ha discutido sobre ello, ya que es el ámbito donde se ha producido una mayor presencia de empresas de carácter público.

[317] En este sentido, el parágrafo 43 de las Directrices para la aplicación de ayudas de Estado en el sector de la aviación recoge los siguientes principios en caso de privatización. La ayuda se excluye y por tanto no es necesaria la notificación, si, además de la privatización, se reúnen las siguientes condiciones:

- La disposición se realiza por medio de una invitación pública incondicional a una licitación en base a términos transparentes y no discriminatorios;
- La empresa se vende al licitador que hace la oferta más alta;
- Las partes interesadas tienen un período suficiente en el cual preparar su oferta y recibir toda la información necesaria para permitirles realizar una evaluación adecuada.

Las siguientes ventas se encuentran sujetas a notificación porque hay una presunción de que contienen ayuda:

- Todas las ventas por medio de métodos restrictivos o donde las ventas toman la forma de venta directa;
- Todas las ventas que van precedidas de una quita de deudas por el Estado, empresas públicas o cualquier otra institución pública;
- Todas las ventas precedidas por una conversión de deuda en capital o por recapitalizaciones;
- Todas las ventas que se realizan en condiciones que no serían aceptables para una transacción entre inversores en una economía de mercado.

Todas estas ventas ha de ser analizadas por un experto independiente. Las ventas ha de ser realizadas sobre la base de procedimientos no discriminatorios respetando las reglas de la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios. Estos principios han sido aplicados en el caso de ayudas de salvamento y reestructuración en general, si bien es cierto que las Directrices nada establecen en relación con la propiedad pública o privada de empresas en materia de privatizaciones.

2. Concepto de empresa en crisis.

De acuerdo con el parágrafo 18 de las Directrices, éstas son aplicables a todas las empresas en crisis, a excepción de las empresas del sector del carbón[318] o del acero[319] y las aplicables específicamente a las instituciones financieras[320], sin perjuicio de normas específicas sobre empresas en crisis de un determinado sector. En todo caso, la Comisión aplicará las Directrices al sector de la pesca y la acuicultura [321] y al sector agrícola, incluyendo el sector de producción agrícola primaria[322]. En todo caso, las ayudas que no queden bajo el ámbito de aplicación de una normativa o directrices específicas se regirán por las Directrices generales de salvamento y reestructuración. Sin embargo, en la Decisión de la Comisión sobre el caso Sniace se estableció que la ayuda no destinada al apoyo del proceso industrial no podría considerarse incluida en el ámbito de aplicación de tal normativa[323].

La versión de las Directrices aprobada en 2004 reconocía que no existía un concepto comunitario de empresa en crisis, de modo que se optó por establecer una cláusula general, a modo de presunción y una relación de circunstancias que permitirían considerar una empresa en crisis. La Comisión recogió una explicación en las Directrices de 1994. La definición hace referencia a que la empresa se encuentra en crisis cuando, sin la ayuda de las autoridades públicas, no podría obtener financiación suficiente para su continuidad[324]. De este modo, se define la empresa en crisis como aquella que es "*incapaz de recuperar mediante sus propios recursos o la obtención de los fondos que necesita de accionistas o mediante el endeudamiento. Los síntomas típicos son el deterioro de la rentabilidad o el incremento de pérdidas, disminución del volumen de negocios, inventarios crecientes, exceso de capacidad, flujo de caja en disminución, deuda*

[318] Decisión 2012/787/UE.
[319] Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional (2021/C 153/01).
[320] Comunicación de la Comisión sobre la aplicación a partir del 1 de agosto de 2013 de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera (la denominada "*Comunicación bancaria")* (DO C 216 de 30.07.2013, p.1).
[321] Directrices para el examen de las ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura (2015/C 217/01).
[322] Se considera "*producción agrícola primaria*" la producción de productos derivados de la agricultura y de la ganadería, enumerados en el Anexo I del TFUE, sin realizar ninguna operación que modifique la naturaleza de dichos productos.
[323] Decision 2003/284 (CE) *Sniace* (2003). O.J. L108/35, p. 50.
[324] Decision 2003/626 (EC) *Thuringia loan programme* (2003). O.J. L223/32, p. 75.

creciente, incremento de cargos de interés y bajo valor de activos netos. En casos agudos la compañía podría incluso llegar a ser insolvente o ir a liquidación."

En el parágrafo 10 de las Directrices se refirió a la reducción del capital de una compañía de responsabilidad limitada, cuando más de la mitad del capital había desaparecido, cuando la empresa cumple con los criterios bajo derecho nacional para estar sujeta a un procedimiento colectivo de insolvencia. En el parágrafo 11 se hacía referencia a otras situaciones, tales como el incremento de pérdidas y la disminución del flujo de caja[325]. Por su parte, el Tribunal General de la Unión Europea ha tenido ocasión de rechazar que deba existir una definición específica de empresas en crisis para ayudas de carácter regional[326].

Con respecto a las empresas de nueva creación, se ha considerado que las mismas no son susceptibles de considerarse elegibles para recibir ayudas de salvamento y reestructuración durante los tres años siguientes al comienzo de sus operaciones[327]. Sin embargo, se han reconocido excepciones a este principio general en el caso de empresas en los nuevos Länder alemanes, teniendo en cuenta que la transición de una economía planificada a una economía de mercado presenta dificultades especiales[328]. En todo caso, también se ha matizado que esta regla no se aplica a las empresas de reciente creación pero que absorben o compran los activos de una empresa que ha iniciado un procedimiento de liquidación, de modo que la nueva empresa que nace del procedimiento de insolvencia se beneficia de esta regla en la medida en que la actividad de la empresa que se encuentra en la situación de insolvencia continúa. No resulta, por tanto, de aplicación, cuando solamente se ha producido una venta singular de activos[329]. Este matiz fue incluido en la versión de las Directrices de 1999, resultando de aplicación a las empresas resultantes de una liquidación o de una absorción de activos con anterioridad al 1 de enero de 2000[330]. De acuerdo con el parágrafo 13 de las Directrices, una empresa que pertenezca o que haya sido absorbida por una empresa que forme parte de un grupo

[325] La Decisión de la Comisión sobre la *Société Nationale Corse-Méditerranée (SNCM)* (Decision 2004/166 (EC) OJ L61/13) desarrolla este concepto. También figura en la Decisión 2005/691 (EC) *Bank Burgenland* (2005) OJ L263/8, p. 74-76.

[326] Case T-102/07 y T-120/07 *Freistaat Sachsen v. Commission.*

[327] Decisión 2011/97 *Olympic Airways* (2011) OJ L45/1. Por su parte, en la Decisión 2006/47 *Euromoteurs* (2006) OJ L307/213, punto 41, la Comisión afirmó que una empresa establecida dos años y un mes antes de la notificación no podía considerarse de nueva creación.

[328] HANCHER. L., OTTERVANGER, T. y JAN SLOT, P.: *EU State Aids*, Sweet&Maxwell. Pág. 926.

[329] Decisión 2000/211 (EC) *Pittler/Tornos* (2000) OJ L65/26 p. 24. Decisión 2003/261 (EC) *Ambau Stahl* (2004) OJ L103/50.

[330] En el año 2004 esta precisión había desaparecido.

más amplio no sería en principio elegible para las ayudas de salvamento y reestructuración. La Comisión, en este sentido, ha venido aplicando el principio de que las empresas de nueva creación no pueden recibir ayudas de salvamento y reestructuración[331]. Por su parte, el Reglamento (UE) de la Comisión Europea de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE 26.6.2014) expresamente excluye de su ámbito de aplicación a las "*empresas en crisis".*

En segundo lugar, si la empresa es elegible bajo su derecho nacional para quedar sujeto a un procedimiento colectivo de insolvencia. En este sentido, se prevé que, en todo caso, una empresa está en crisis [332] "*cuando la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores".* La determinación de lo que haya de considerarse como procedimiento de insolvencia a efectos del concepto de *"empresa en crisis"* ha de efectuarse desde la perspectiva del Derecho nacional de cada Estado miembro, sin que resulte decisivo el Anexo A que contiene la lista de procedimientos de insolvencia recogidos en el Reglamento (UE) núm. 848/2015, pues éste se refiere a un ámbito de actuación distinto al de las ayudas de Estado. Así se ha pronunciado también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al tratar algún supuesto de empresa en crisis[333].

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la hora de definir el concepto de "*procedimiento de quiebra o insolvencia*" empleado por la normativa comunitaria, ha declarado que éste cubre todos los procedimientos de quiebra o insolvencia de empresas establecidos en el Derecho nacional, incluyendo los que se abran de oficio, los abiertos por las autoridades administrativas o jurisdiccionales nacionales, así como los que se inician a instancias de la empresa afectada.

Respecto de la interpretación del concepto de empresa en crisis, podemos indicar que una empresa se encontrará inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia, cuando

[331] Decisión 2002/52 (EC) *Soreni le Havre* (2005) OJ L3/44 y Decisión 2003/34 (EC) *CMR Marseille*(2005) OJ L100/26.

[332] Vid. Sobre este tema, HERNÁNDEZ-LAHOZ ORTIZ, P.: "*Ayudas públicas y marcos de reestructuración: definición comunitaria de "empresa en crisis" y aplicación al derecho español".* Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring 4 / 2021.

[333] Así lo sostiene igualmente HERNÁNDEZ-LAHOZ. Vid. STJUE de 6 julio 2017 (Asunto C-245/16. *Caso Nerea SpA contra Regione Marche*).

respecto de la misma se haya dictado el Auto de declaración de concurso previsto en el artículo 24 TRLC; (ii) también se entenderá que una empresa está inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia cuando se haya dictado una resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia que surta efectos en España. Esto se produce:

- Cuando se dicta una resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia de los previstos en el Anexo A del Reglamento 848/2015, de 20 de mayo. Y ello porque el Tribunal de un Estado miembro haya considerado que en su territorio se sitúa el centro de los intereses principales del deudor (sociedades vinculadas o dominadas; caso *Edscha*[334]).
- Cuando se produce el reconocimiento en España, a través del procedimiento de exequatur de la LEC[335], de una resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia de un país extranjero que no sea de la Unión Europea (art 742 TRLC).

El segundo supuesto de hecho (alternativo) que impone la aplicación de las reglas de ayudas para empresas en crisis es que *"... (la empresa) reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores."* Este concepto debe ser integrado por lo dispuesto en el artículo 2.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que prevé que la solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia, tales como: la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme; la existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago; la existencia de embargos por ejecuciones en

[334] Por el Juzgado de Distrito de Wuppertal (Alemania) se abrió procedimiento principal de insolvencia principal frente a la empresa Edscha AG, e incluía a las empresas españolas Edscha España, S.A., Edscha Automotive Holding España, SL. y Fábrica de Bisagras SA (FABISA). Así se publicó en BOE del 3 y 24 de marzo de 2009 y 21 de mayo de 2009.

[335] LEC 1/2000, de 7 de enero. Artículo 523. Fuerza ejecutiva en España. Ley aplicable al procedimiento.
1. Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional.
2. En todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley, salvo que se dispusiere otra cosa en los Tratados internacionales vigentes en España.
Ello supone una remisión a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que lo regula en su Título V "*Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos"* (arts. 41 y ss).

curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor; el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades; el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

Por último, debemos interpretar si una serie de procedimientos "*paraconcursales"* pueden entenderse incluidos en el concepto de "*un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores."*. El Marco Temporal aprobado por la Comisión Europea para paliar la crisis económica provocada por el Covid-19 ha permitido, por ejemplo, declarar como compatibles con el régimen de ayudas de Estado determinadas ayudas destinadas a empresas en crisis. Así se refleja en las autorizaciones concedidas por la Comisión a los Marcos Nacionales Temporales presentados por España:

"*For the measures described in section 2.7.1 and 2.7.2, aid may not be granted under the Second National Temporary Framework to undertakings which were already in difficulty (within the meaning of Commission Regulation (EU) No 651/2014 ("GBER"), Commission Regulation (EU) No 702/2014 and Commission Regulation 1388/2014 as applicable) on 31 December 2019. For the measures described in section 2.7.3 and 2.7.4 support may be granted to undertakings in difficulty without the fulfilment of the mentioned above criterion".*[336]

[336] Un ejemplo de ello ha sido la Resolución de 25 de noviembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2020, por el que se establecen los términos y condiciones de los nuevos tramos de la línea de avales aprobada por Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, para financiación concedida a empresas en convenio y a aquellas que, sin estarlo, estaban en proceso de renovación de su programa de pagarés en el Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF) a 23 de abril de 2021:

"Sin embargo, debido a la pandemia, muchas empresas que se encontraban en esta situación y que venían cumpliendo con las obligaciones derivadas del convenio correspondiente hayan visto incrementadas sus necesidades de financiación. La imposibilidad de acceso a la línea de avales bajo el régimen de ayudas de Marco Temporal, a pesar de haber saneado ya sus cuentas, aunque todavía no han concluido íntegramente el convenio, está condicionando la viabilidad de estas empresas en estas circunstancias excepcionales. Por ello, el gobierno de España ha solicitado a la Comisión Europea la autorización de la concesión de un tramo de avales específico para este tipo de empresas que pudiera permitir sobre la base del artículo

A este respecto, cabe distinguir las siguientes situaciones:

- Cumplimiento de un convenio (Libro I TRLC)

El deudor que se encuentra cumpliendo un convenio de acreedores, hasta que no se dicte por el Juez el auto de cumplimiento del convenio y archivo de actuaciones debe ser considerado como empresa en crisis a los efectos del régimen comunitario de ayudas de Estado y solo podrá ser beneficiaria de subvenciones en aquellos supuestos específicos en que sea permitido por la normativa comunitaria reguladora de las ayudas de Estado. El artículo 394 del Texto Refundido de la Ley Concursal establece que, desde la eficacia del convenio, cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, añadiendo que los deberes de colaboración e información subsistirán hasta la conclusión del procedimiento. En consecuencia, la eficacia del convenio conlleva que el deudor recupere las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, pudiendo enajenar y gravar bienes sin autorización del juez. No obstante, se pueden incluir restricciones para el ejercicio de tales facultades, las cuales serán operativas hasta el íntegro cumplimiento del convenio. Tampoco se produce, como se ha visto, el cese de la obligación de colaborar e informar como específicamente prevé el artículo 394.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, subsistiendo dicha obligación hasta la conclusión del procedimiento. También surge la obligación de informar semestralmente al Juez sobre el cumplimiento del convenio, de acuerdo con el artículo 400 de dicho texto legal. De hecho, el artículo 465 del Texto Refundido de la Ley Concursal establece específicamente como causa de conclusión del concurso, no la aprobación o la eficacia del convenio, sino el dictado del auto de cumplimiento del convenio, una vez transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, sean rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado. El auto que declare concluso el concurso, ordenando el archivo de las actuaciones se notificará a las mismas personas a las que se hubiera notificado el auto de declaración de concurso, publicándose en el Registro Público Concursal y, por medio de edicto, en el Boletín Oficial del Estado. Así, la empresa se encontrará inmersa en un procedimiento de insolvencia hasta que tenga lugar

107.2.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que accedan a los avales públicos necesarios en estos momentos".

la conclusión del concurso, por razón de haberse producido el cumplimiento íntegro del convenio, en los términos del artículo 465.

Por otro lado, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece en el artículo 288 que: "*El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*." Esta obligatoriedad en todos sus elementos, así como directa aplicabilidad, se justifica en base a la necesidad de imponer una regulación y una interpretación uniforme en todos los Estados miembros. En este caso, el concepto de "*empresa en crisis*" es definido por la propia normativa comunitaria, no se deja su interpretación en manos del legislador nacional. Por ello, no parece lógico que, si se trata de imponer una regulación uniforme en este ámbito (y de hecho se define en el propio Reglamento lo que ha de considerarse como "*empresa en crisis"*), a continuación se permita que se module tal concepto en función de los efectos que el convenio de acreedores produce en el derecho interno, que, en el caso español, son el cese de los efectos de la declaración de concurso (y no todos, como hemos visto), sin que se haya producido la conclusión del concurso. El Reglamento Comunitario 651/2014 establece en su Considerando 14 que *las ayudas concedidas a empresas en crisis deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento, ya que este tipo de ayudas debe evaluarse con arreglo a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, de 1 de octubre de 2004 (2), prorrogadas mediante la Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga de la aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, de 1 de octubre de 2004 (3), o a las directrices que las sustituyan, a fin de evitar su elusión, a excepción de los regímenes de ayudas destinados a reparar los perjuicios causados por determinados desastres naturales. En aras de la seguridad jurídica, conviene establecer criterios claros que no requieran una evaluación de todas las particularidades de la situación de una empresa para determinar si ha de considerarse que está en crisis a efectos del presente Reglamento.*

Como hemos analizado, el concepto de empresa en crisis se vincula en el Reglamento Comunitario, en lo que aquí atañe, a si "*se ha declarado en concurso de acreedores o se cumplen los requisitos para que los acreedores soliciten el concurso*". El Considerando 14 resulta más claro entender que basta con que la empresa haya sido declarada en concurso de acreedores para que la entidad sea considerada como "*empresa en crisis"* a efectos del Reglamento. Además, esta empresa solo puede disfrutar del régimen de

ayudas de reestructuración y salvamento, que se rige por las Directrices de 2014, lo que es incompatible con el resto de los regímenes de ayudas. Siguiendo un orden lógico, la mención de "*empresas en crisis"* del Reglamento 651/2014 hay que interpretarla conforme a las Directrices de 2014 (se publicaron al mes siguiente). Así lo impone la Directriz 242, con remisión a la 20. Y en esa interpretación, el carácter objetivo de estar la empresa en un proceso concursal o existir un proceso concursal al que se sujeta (o está inmersa) la empresa es el dato relevante. No solo porque lo indique el considerando 14, sino también por la Directriz 24 ya citada. En relación al término "*inmersa*" es de destacar que el resto de las expresiones en el resto de las lenguas avalan la interpretación que aquí se postula[337]. A ello habría que añadir un argumento normativo literal como sería que el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal indicaba "*La aprobación del convenio no produce la conclusión del concurso, que sólo se alcanza con el cumplimiento de aquél*". A ello se une un argumento lógico: no se puede declarar el concurso de una empresa concursada en fase de cumplimiento de convenio. En fase de cumplimiento de convenio (tras la sentencia de aprobación), solo cabe la acción de incumplimiento del convenio (arts. 402 ss TRLC) o solicitar la liquidación (art. 406 ss TRLC). Esto es, no cabe iniciar un procedimiento de insolvencia porque ya se ha iniciado y únicamente está en fase de cumplimiento de convenio.

Finalmente, basta con revisar las directrices relativas a evitar el riesgo moral y debilitar la disciplina del mercado para confirmar que una empresa sujeta a un proceso concursal en fase de convenio (sobre todo que continúe la misma actividad empresarial) está sujeto a este régimen de ayudas (lo que excluye en el Reglamento 651/2014). Así, por ejemplo, las reglas sobre reparto de cargas (65 y ss) ó especialmente sobre el principio de ayuda única (70 y ss), especialmente en el apartado 73. O el necesario calibrado de las medidas para limitar el falseamiento de la competencia (87 y ss) Otro elemento que también serviría, con la misma finalidad de análisis de la situación global de la empresa beneficiaria y evitar el riesgo moral, son las grandes limitaciones impuestas a las empresas integrantes de un grupo, como las Directrices 22 ó 74. Limitaciones que aquí deberían ser de clara aplicación ya que es empresa de grupo, en que la matriz ha estado en concurso y el concurso de la filial se indica que es consecuencia del acuerdo alcanzado

[337] En inglés se indica: "(*c) | Where the undertaking is subject to collective insolvency proceedings or fulfils the criteria under its domestic law for being placed in collective insolvency proceedings at the request of its creditors.*" Y en francés, "*lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité ou remplit, selon le droit national qui lui est applicable, les conditions de soumission à une procédure collective d'insolvabilité à la demande de ses créanciers*;"

en aquel proceso concursal. Limitaciones que se burlarían si se acudiera únicamente a la valoración de la ayuda en los términos del Reglamento 651/2014.

- Cumplimiento del plan de reestructuración (Libro II TRLC)

Si una empresa está cumpliendo con un acuerdo de refinanciación (ahora plan de reestructuración) no se encuentra inmersa en un procedimiento de insolvencia en sentido estricto, ya que no ha habido una previa declaración de concurso y no estaría inmersa en un procedimiento formal de insolvencia. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2019 (Eesti Pagar AS Vs Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus, Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium) reconoce en este sentido, refiriéndose al Reglamento (CE) núm. 800/2008 (Reglamento general de exención por categorías), que:

"*61 Tal como alegan el Gobierno estonio y la Comisión, los objetivos consistentes en garantizar una vigilancia eficaz de las normas de la competencia en materia de ayudas de Estado, en simplificar la gestión administrativa y en aumentar la transparencia y la seguridad jurídica, así como el imperativo de asegurar una aplicación coherente en la Unión de los requisitos de exención establecidos, requieren que los criterios para la aplicación de una exención sean claros y simples de aplicar por las autoridades nacionales".*

Precisamente por ello el Reglamento 651/2014 aclara en su expositivo 14 que se recogen en su articulado criterios claros que definan el concepto de empresa en crisis sin entrar en una valoración de las particularidades de cada empresa:

"(*14) Las ayudas concedidas a empresas en crisis deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento, ya que este tipo de ayudas debe evaluarse con arreglo a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, de 1 de octubre de 2004 (7), prorrogadas mediante la Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga de la aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, de 1 de octubre de 2004 (8), o a las directrices que las sustituyan, a fin de evitar su elusión, a excepción de los regímenes de ayudas destinados a reparar los perjuicios causados por determinados desastres naturales. En aras de la seguridad jurídica, conviene establecer criterios claros que no requieran una evaluación de todas*

las particularidades de la situación de una empresa para determinar si ha de considerarse que está en crisis a efectos del presente Reglamento."

Respecto a las empresas que se encuentren cumpliendo un plan de reestructuración, no cabe apreciar que puedan ser conceptuadas per se, por esta sola razón, como "*empresas en crisis".* Las razones son diversas. En primer lugar, por aplicación, mutatis mutandis, del argumento anterior: se trata de un instituto preconcursal, no es un procedimiento concursal en sentido estricto. Cuestión distinta es que reúna los requisitos para ello, de acuerdo con las previsiones contenidas en el apartado 2 citado, pero no por encontrarse inmersas en un procedimiento de insolvencia, sino por aplicación de los restantes criterios que cita el precepto.

- Comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (Libro II TRLC)

El Anexo A del Reglamento 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia, identifica como tales a los "*procedimientos de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos y acuerdos de refinanciación homologados".*

Debe examinarse si esta consideración se extiende temporalmente durante todo el período de duración de los efectos de la comunicación. La duda se suscita porque el artículo 610 del Texto Refundido de la Ley Concursal establece que las solicitudes de concurso presentadas después de la comunicación por otros legitimados distintos del deudor se repartirán al juzgado que hubiera tenido por efectuada la comunicación, pero no se admitirán a trámite mientras no transcurra el plazo de tres meses a contar desde la fecha de esta comunicación. Asimismo, el apartado tercero del artículo 610 regula el régimen de las solicitudes de concurso suspendidas y las presentadas con posterioridad a la expiración del plazo inicial (y, en su caso, prórrogas). En tal situación, a pesar de los posibles abusos a que ello pudiera dar lugar, esto es, utilizar la comunicación simplemente para ser beneficiaria de ayudas a pesar de encontrarse en situación que le podría colocar como "*empresa en crisis*", debe interpretarse que formalmente no está inmersa en un procedimiento de insolvencia, sin perjuicio, claro está, de que pudiera ser conceptuada como tal por aplicación de los restantes criterios contemplados en el artículo 2 de las Directrices.

La primera conclusión a la que puede llegarse sobre la base de lo expuesto es que las comunicaciones de aperturas de negociaciones con efectos suspensivos que se realicen, por ejemplo, en una situación de probabilidad de insolvencia por aplicación de la

Directiva 2019/1023 no pueden entenderse realmente como procedimientos de insolvencia, al menos desde la perspectiva del régimen de empresas en crisis y ayudas de Estado. Ello es así porque no tiene su razón de ser en la existencia de un procedimiento de insolvencia sino que opera como un "*escudo protector*" de la negociación y de los intereses de los acreedores, por lo que no debe considerarse como procedimiento de insolvencia a estos efectos. A ello se añade que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 julio 2017 (Asunto C-245/16. Caso Nerea SpA contra Regione Marche) ya reconoció que la valoración de este requisito (concurrencia de los criterios establecidos en el Derecho nacional para que la empresa sea sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores) debe hacerse atendiendo a la situación en que se encuentra la sociedad al tiempo de concederse la ayuda y ello con independencia de lo que suceda con la entidad en un momento posterior –por ejemplo, si al fracasar las negociaciones se declarara el concurso-. El mero hecho de encontrarse una empresa en un período de negociación de un acuerdo de refinanciación o de un futuro plan de reestructuración con sus acreedores, con la consiguiente comunicación al juzgado, no puede ser suficiente para considerarla automáticamente como una empresa en crisis desde la perspectiva de las ayudas de Estado, privándola de acceso a cualquier línea de ayudas o subvenciones públicas.

- Solicitud de homologación del plan de reestructuración (Libro II TRLC)

El hecho de que se reconozca a ciertos acreedores (solo a aquellos que hayan mostrado su conformidad con el acuerdo de refinanciación) la posibilidad de solicitar la homologación del acuerdo no implica que deba considerase a la empresa como empresa en crisis pues ciertamente, conforme al Derecho español, no concurren en esa situación los criterios necesarios para que los acreedores puedan instar una declaración de concurso.

- Cumplimiento del plan de continuación en el procedimiento de microempresas (Libro III TRLC)

La aproximación a la cuestión en el caso del cumplimiento del plan de continuación en el novedoso procedimiento de microempresas contenido en el Libro III es similar a la realizada respecto del cumplimiento del convenio de acreedores en la medida en que, aun cuando puede considerarse un híbrido entre el concurso y los planes de reestructuración, en la Exposición de Motivos se califica como un "*procedimiento formal"*. De forma similar a lo que sucede en el concurso de acreedores, el artículo 720 del Texto Refundido

de la Ley Concursal prevé como causa de conclusión del procedimiento con archivo de actuaciones el cumplimiento del plan de continuación.

En lo que hace al concepto comunitario de empresa en crisis, la Comisión ha sostenido que cuando el *equity* es negativo, existe una asunción a priori de que se han cumplido los criterios del parágrafo 20 de las Directrices. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha asumido también que la existencia de fondos propios negativos es un importante indicio de que una empresa se encuentra en crisis[338]. El concepto de empresa en crisis aparece desarrollado en la Decisión de la Comisión Europea relativa a la Société Nationale Maritime Corse-Méditerranée. En la decisión judicial relativa a Freistaat Sachsen el Tribunal de justicia de la Unión Europea rechazó el argumento de que debería haber una definición específica para las empresas en dificultades para las ayudas de carácter regional.

En la decisión judicial sobre Sardegna, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que el concepto de empresa en dificultades es una noción objetiva que debe ser analizada únicamente a la luz de los índices específicos de la situación económica y financiera de la empresa en cuestión y que la razón subyacente para las pérdidas, en particular las asociadas a la actuación derivada de obligaciones de servicio público no es un factor decisivo para determinar si la empresa se encuentra o no en dificultades[339]. En relación al Hércules Club de Fútbol, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que los índices contenidos en las Directrices sobre Reestructuración para analizar si una empresa está en crisis también aplica al sector del fútbol, con independencia de las características del sector[340]. Finalmente, en el caso relativo al Valencia Club de Fútbol el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó que la Comisión podía apoyarse en el nivel de equity de la empresa para determinar si está o no en crisis[341].

[338] *Freistaat Sachsen vs Commission and MB Immobilien and MB System vs Commission* (T-102/07 and T-120/07), STJUE 3 de marzo de 2010; *Larko Geniki Metalleftiki kai Matallourgiki vs Commission* (T-423/14).
[339] *Regione autónoma della Sardegna vs Commission* (T-219/14).
[340] *Hércules Club de Fútbol vs Commission* (T-266/16).
[341] *Valencia Club de Fútbol vs Commission* (T-732/16).

3. Régimen jurídico y tipología de ayudas.

Por lo que se refiere a los principales elementos de las Directrices, de acuerdo con lo establecido en la introducción, las reglas se encuentran alineadas con el programa de reforma promovido por la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión para la modernización en materia de ayudas de Estado[342]. De acuerdo con su parágrafo 5, "*la revisión también tiene en cuenta la Estrategia Europa 2020 y el hecho de que los efectos negativos de las ayudas de Estado podrían interferir con la necesidad de acelerar la productividad y el crecimiento".*

Deben destacarse los siguientes elementos novedosos:

- la delimitación del concepto de "*burden sharing*". Esta noción ha sido introducida para afrontar mejor la cuestión relativa al "*moral hazard";*
- la introducción de un nuevo concepto de "*apoyo temporal para la reestructuración*". Este apoyo tiene una duración máxima de 18 meses. Esto se distingue del apoyo de salvamento que tiene una duración máxima de 6 meses.
- Un nuevo concepto de reestructuración temporal para pymes;
- Una contribución más clara al interés común,
- Un nuevo capítulo sobre procedimientos acelerados para la ayuda de salvamento.

En cuanto a los elementos que se mantienen, deben destacarse los siguientes:

- El principio "*one time, last time",* que significa que una empresa que ya ha recibido ayuda para la reestructuración no recibirá en principio otra ayuda del mismo tipo en un período de diez años. Una empresa recién creada no es elegible para las ayudas de salvamento y reestructuración y se considera que se encuentra comenzando sus operaciones en los tres años siguientes en el campo relevante de su actividad.
- En el tránsito entre ayuda de salvamento a reestructuración una vez que la Comisión alcanza su decisión final sobre el plan de reestructuración. Toda ayuda posterior será considerada como ayuda de reestructuración.

[342] SCHÜTTE, M.: "*Revisiting the Rescue and Restructuring Aid Guidelines for the real economy-a practitioner´s Wishlist*" (2012).

- El requisito sobre la contribución sustancial al proceso de reestructuración desde el beneficiario se encuentra incluido ahora en las reglas del "*burden sharing*". El doble propósito sobre su propia contribución es para demostrar que los mercados creen que es factible el retorno a la viabilidad de la reestructuración de la compañía en un tiempo razonable y para garantizar que la ayuda está limitada al mínimo requerido para restaurar la viabilidad, al tiempo que limita la distorsión de la competencia. A tal fin la Comisión solicitará también medidas compensatorias para minimizar el efecto en los competidores.

Las Directrices incluyen tres tipos de ayudas: ayudas de salvamento, ayudas de reestructuración y apoyo temporal de reestructuración.

- Las ayudas de salvamento, de acuerdo con las Directrices, tienen carácter urgente y transitorio[343]. Su finalidad es permitir que una empresa en crisis permanezca en activo durante el tiempo estrictamente necesario para poder elaborar un plan de reestructuración o de liquidación. En este sentido, se establece como principio general que las ayudas de salvamento permiten prestar un apoyo temporal a una empresa que está sufriendo un serio deterioro de su situación financiera, que puede dar lugar a una grave crisis de liquidez o insolvencia técnica. Este tipo de ayudas permiten disponer de tiempo para analizar las circunstancias que provocaron la crisis y desarrollar un plan adecuado para resolver las dificultades. Se ha destacado que las ayudas de salvamento en general se concedían más frecuentemente y que muy raramente eran analizadas o prohibidas por la Comisión [344] . Sin embargo, más recientemente la Comisión sí ha impuesto limitaciones a este tipo de medidas, lo que está en línea con las investigaciones que ponen de manifiesto que las ayudas de reestructuración son más útiles y efectivas a la hora de asegurar la supervivencia de la compañía [345] . En

[343] Punto 26 de las Directrices.

[344] SONDEREGGER, G.: "*A Critical Analysis of Rescue and Restructuring Aid*". European State Aid Law Quarterly 3/2019. Pág. 266.

[345] NULSCH, N. *'Is subsidizing companies in difficulties optimal policy? An empirical study on effectiveness of State aid in the European Union'* [2014] IWH-Diskussionspapiere, No. 2014-9 https://www.econstor.eu/bitstream/10419/98743/1/790304228.pdf ; GLOWICKA, E.: *'Effectiveness of bailouts in the EU'* [2006] SFB/TR 15 Discussion Paper no. 176. https://epub.ub.uni-muenchen.de/1 3375/

consecuencia, se entiende que las ayudas de salvamento sólo se deberían conceder en circunstancias muy estrictas y excepcionales[346].

- Por su parte, se contempla también el apoyo temporal a la reestructuración, que constituye una ayuda en caso de crisis de liquidez para contribuir a la reestructuración de empresa, estableciendo las medidas adecuadas para que el beneficiario de la ayuda proyecte las medidas más idóneas con la finalidad de restablecer la viabilidad a largo plazo. Las Directrices indican además que esta ayuda solamente puede concederse a las Pymes y a las pequeñas empresas estatales. Este tipo de medidas constituyen una novedad de las Directrices de 2014, establecidas en atención a las necesidades de liquidez de las pequeñas y medianas empresas y pequeñas empresas públicas. La asistencia financiera representa un tipo de financiación puente entre salvamento y reestructuración, que pretende apoyar la reestructuración por un plazo máximo de 18 meses. En todo caso, se trata de medidas que no pretenden solventar problemas estructurales, sino apoyar carencias temporales de liquidez con instrumentos menos distorsionadores como préstamos o garantías[347]. Con todo, también se ha cuestionado el papel positivo de este tipo de medidas, desde el punto de vista de la competencia y las pequeñas y medianas empresas, porque se ha dicho que el cierre de algunas de ellas no tiene por qué suponer necesariamente un impacto en la economía del mercado interior ni reduciría su papel beneficioso en la competencia, por lo que es cuestionable que realmente merezcan un tratamiento preferente[348].
- Finalmente, debe reseñarse que las ayudas de salvamento y el apoyo temporal de reestructuración pueden también concederse a empresas que no están en crisis pero que se enfrentan a "*una necesidad de liquidez aguda debido a circunstancias excepcionales e imprevistas".*

[346] SONDEREGGER, G., op. cit. Pág. 267.

[347] Para la Comisión, las medidas pueden resultar interesantes porque: reconoce que las pequeñas empresas sufren más en crisis que las más grandes; reconoce la importancia del acceso a la financiación a medio plazo; facilita el acceso a la ayuda temporal de reestructuración para pequeñas y medianas empresas, en un tiempo reducido. Vid. OXERA, "*Throwing good money after bad? EU rescue and restructuring guidelines*" (2014). https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/throwing-good-money-after-bad-eu-rescue-and-restructuring-aid-guidelines/ (28.02.2023)

[348] BOLSA FERRUZ, M. NICOLAIDES P., *'An Economic assessment of State aid for Restructuring Firms in Difficulty: Theoretical Considerations, Empirical Analysis and Proposals for Reform'* [2014]37(2) World Competition 207, 233. NICOLAIDES, P. KEKELEKIS, M., *'An Economic Analysis of the EC Guidelines on State aid for the Rescue and Restructuring of Companies in Difficulty'* [2004] 39(4) Intereconomics 204, 206.

Las ayudas de reestructuración, por su parte, presentan un carácter más permanente y han de restablecer la viabilidad a largo plazo, debiendo corresponderse con un plan, que se define como "*realista, coherente y de amplio alcance"*, previendo, añaden las Directrices, "*una contribución propia y un reparto de cargas adecuado y limitan el falseamiento potencial de la competencia"*. El concepto tiene carácter residual, por cuanto que, si la medida no queda incluida en el ámbito de aplicación de las ayudas de salvamento o ayuda temporal, se considera de reestructuración. Presenta unos efectos distorsionadores de la competencia mayores, por lo que, de acuerdo con las Directrices, su otorgamiento requiere una justificación adicional. Su aprobación se basa en los siguientes presupuestos:

-Viabilidad: los Estados miembros han de acreditar que la ayuda permitirá restaurar la viabilidad de la empresa a largo plazo. El plan ha de incluir un estudio de mercado que permita demostrar que las medidas pueden restaurar la viabilidad a largo plazo, con base en diversos escenarios de desarrollo de mercado. La duración del plan ha de ser la más reducida posible, si bien habitualmente se suele aceptar un período de tres años, y excepcionalmente de cinco años. De acuerdo con el principio "one time, last time", la ayuda solamente puede concederse una vez en diez años. Se ha observado que el requisito del estudio de mercado puede resultar excesivamente inconcreto, por lo que la Comisión debiera determinar en mayor medida la forma en que éste ha de llevarse a cabo. En este sentido, se ha señalado que podría realizarse algún tipo de intercambio de información y mejorar la colaboración entre los Estados miembros, las empresas y la Comisión, para poder precisar los factores que determinan la adecuación de la medida al objetivo perseguido[349];

- Contribución propia: el plan de reestructuración exige que el beneficiario, sus propietarios y los inversores realicen inversiones para sufragar los costes. La finalidad es la reducción de la ayuda al mínimo imprescindible para que los efectos distorsionadores de la competencia sean lo más reducidos posibles[350];

- Medidas compensatorias: la ayuda de reestructuración ha de ir acompañada de medidas compensatorias estructurales y de conducta, que han de ser proporcionadas a la escala de la ayuda, la posición en el mercado de la empresa y los efectos sobre la misma. Asimismo,

[349] SONDEREGGER, G., op. cit. Pág. 268.

[350] Como señala SONDEREGGER, op. cit. Pág. 269, las contribuciones sirven para reducir la carga económica de los contribuyentes, establecen incentivos para no entrar en dificultades en primer término e incentivan la limitación de la cuantía de la ayuda. Sin embargo, también pueden al mismo tiempo debilitar la posición económica del beneficiario, lo que podría obstaculizar la reestructuración a largo plazo.

se ha de incluir en el análisis de la conducta de la empresa, para determinar en qué medida es responsable de la situación de dificultad en la que se encuentra. En este sentido, la doctrina ha puesto en tela de juicio si dichas medidas pueden contrarrestar los efectos distorsionadores de la competencia ínsitos en este tipo de ayudas y plantea la cuestión de si se encuentran o no justificadas[351].

4. Criterios para determinar la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior.

El artículo 107, apartados 2 y 3 del TFUE, establecen los criterios generales con arreglo a los cuales las ayudas son susceptibles de ser autorizadas. Se prevé que las ayudas a grandes empresas se deban notificar de forma individual a la Comisión, si bien ésta puede autorizar regímenes de cuantía reducida a Pymes y a pequeñas empresas estatales, sin perjuicio de que, cuando sean notificadas, sean evaluadas por la Comisión aplicando los criterios generales.

Los criterios para llevar a cabo la evaluación de la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior son los siguientes:

- contribución a un objetivo bien definido de interés común;

-necesidad de la intervención estatal, entendida como necesidad de suplir una deficiencia del mercado o dar respuesta a un problema de equidad o de cohesión reducida;

-idoneidad de la medida de ayuda, en el sentido de que otras medidas menos distorsionadoras de la competencia puedan alcanzar idéntico objetivo;

-efecto incentivador, debiendo acreditar que sin la ayuda el beneficiario no habría podido ser reestructurado, vendido o liquidado;

-proporcionalidad de la ayuda, pues no debe sobrepasar el mínimo necesario para alcanzar el objetivo de interés común;

- evitar efectos negativos sobre la competencia y el comercio entre los Estados miembros, dado que los efectos han de ser limitados y el balance general ha de ser positivo;

[351] SONDEREGGER, G., op. cit. Pág. 269.

-transparencia de la ayuda: los Estados miembros, la Comisión, los operadores económicos y el público han de tener fácil acceso a todos los actos relevantes y la información correspondiente a la ayuda concedida.

Los criterios citados han de ser cumplidos de forma cumulativa, de forma que, si alguno no se cumple, no se podrán conceder la ayuda. Destacan las Directrices que si una medida de ayuda o sus condiciones, como su modo de financiación (cuando forme parte de la medida de ayuda) supone per se una infracción del Derecho de la Unión, la ayuda no resultaría compatible con el mercado interior, y, por tanto, no podría autorizarse[352].

Se analizarán cada uno de estos criterios por separado.

4.1. La contribución a un objetivo de interés común.

No basta, para justificar la concesión de la ayuda, con alegar los efectos negativos asociados a la desaparición de la empresa. Es preciso que el Estado miembro demuestre que el fracaso del beneficiario podría acarrear serios problemas sociales o una grave deficiencia del mercado, en particular, acreditando una serie de extremos: que la tasa de empleo en la región o regiones en cuestión alcance determinados umbrales; que existe riesgo de perturbación de un servicio importante difícil de reproducir y al que a cualquier competidor le resultaría complicado simplemente entrar; que la empresa desempeñe una importante función sistémica en una determinada región o sector, con consecuencias negativas potenciales; riesgo de interrupción de la continuidad en la prestación de un servicio de interés económico general (SIEG); la carencia o incentivos negativos en los mercados de crédito que llevaría a la empresa a la quiebra o la aparición de problemas justificados por el Estado miembro en cuestión.

Las ayudas de reestructuración han de ir acompañadas, como se ha indicado con anterioridad, de un plan de reestructuración "*realista, coherente y de amplio alcance para restablecer la viabilidad a largo plazo del beneficiario".* Las Directrices exponen que la reestructuración puede implicar uno o varios de los siguientes elementos: reorganización y racionalización de las actividades del beneficiario, para alcanzar una mayor eficiencia, lo que conlleva habitualmente la eliminación de las actividades deficitarias, reestructuración de actividades competitivas y si fuera necesario la diversificación hacia

[352] Citan las Directrices aquí el asunto C-156/98, Alemania vs Comisión (Rec. 2000, p. I-6857), apartado 78, y el asunto C-333/07, Régie Networks/Rhone Alpes Bourgogne (Rec. 2008, p.I-10807), apartados 94-116.

actividades viables. También puede requerir inyecciones de capital por parte de accionistas nuevos o preexistentes y reducción de deuda (reestructuración financiera).

En todo caso, las Directrices parten de la necesidad de que el plan ha de ser autorizado previamente por la Comisión Europea cuando se trate de ayudas ad hoc y ejecutado conforme a lo previsto en dicho plan. Ha de restablecer la viabilidad de la empresa a largo plazo, en un período de tiempo lo más reducido posible, debiendo excluir toda concesión de ayuda estatal durante el período de vigencia del plan.

En lo que se refiere a su contenido, las Directrices exigen que se consignen las causas y dificultades del beneficiario y exponer los motivos por los que las propuestas darán solución a los problemas del beneficiario de la ayuda. En concreto, el plan ha de incluir los siguientes extremos: información sobre el modelo empresarial del beneficiario, estructura organizativa, financiación, gobernanza empresarial y demás aspectos relevantes; si la crisis se hubiera podido evitar con medidas de gestión adecuadas y oportunas y deberá demostrar que se han introducido cambios en la gestión. Además, también deberá incluir hipótesis de base y pesimistas, así como coyuntura del momento, evolución de la oferta y la demanda, han de facilitar un estudio de mercado y un análisis de sensibilidad que determine los parámetros rectores de los resultados y factores de riesgo en el futuro.

Finalmente, las Directrices exigen que la reestructuración se base en medidas internas, no en hipótesis optimistas de factores externos. La empresa ha de ser capaz de obtener un rendimiento de capital adecuado y previsto una vez cubiertos los costes, incluyendo amortizaciones y cargas financieras. La empresa ha de poder competir en el mercado por sí sola.

4.2. La necesidad de la intervención estatal.

Los Estados miembros han de justificar que los objetivos perseguidos no pueden alcanzarse a través de otro procedimiento alternativo (o que se alcanzarían en menor medida), incluyendo una comparación con una hipótesis que no implique ayuda estatal. Así, las Directrices citan la posible comparación con la reorganización de la deuda, la enajenación de activos, obtención de capital privado, venta a un competidor, la disolución, bien a través de un procedimiento de insolvencia, reorganización o de otro modo.

4.3. La idoneidad.

La ayuda ha de configurarse de forma que sea la que menos distorsione la competencia. Las Directrices indican que las ayudas han de garantizar que son adecuadas para abordar las dificultades del beneficiario y que se remuneran de forma también adecuada. Se exponen a continuación los requisitos que han de cumplirse para acreditar que la medida de ayuda es adecuada, distinguiendo las ayudas de salvamento de las ayudas de reestructuración.

Por lo que se refiere a las ayudas de salvamento, para ser aprobadas, han de reunir los siguientes requisitos:

1. Ha de consistir en apoyo temporal de liquidez en garantías sobre préstamos o préstamos.
2. El coste financiero del préstamo o, en el caso de garantías de préstamos, el coste financiero del préstamo garantizado, incluyendo los tipos de interés del préstamo y la prima de garantía, debe fijarse conforme a lo establecido en las propias Directrices (apartado 56);
3. Como regla general, todo préstamo ha de reembolsarse y toda garantía ha de liquidarse en un plazo de seis meses desde el pago del primer tramo al beneficiario;
4. Los Estados miembros han de comprometerse a comunicar a la Comisión, en el plazo de seis meses a partir de la autorización de la ayuda de salvamento o, en el caso de ayudas no notificadas, en un plazo de seis meses a partir del primer pago al beneficiario: la prueba de que se ha reembolsado íntegramente el préstamo o de que se ha puesto fin a la garantía; un plan de reestructuración (siempre que se trate efectivamente de una empresa en crisis, en el sentido establecido en las propias Directrices); (un plan de liquidación que exponga y justifique las etapas del procedimiento para la liquidación del beneficiario en un plazo razonable sin ayuda adicional; las ayudas de salvamento no podrán utilizarse para financiar medidas estructurales, como adquisiciones de empresas o activos importantes, salvo que sean necesarias durante el período de salvamento para la supervivencia del beneficiario.
5. El nivel de remuneración que un beneficiario ha de pagar por las ayudas de salvamento ha de reflejar su solvencia subyacente y debe ofrecer incentivos suficientes para que el beneficiario devuelva las ayudas lo antes posible.

Por lo que se refiere a las ayudas de reestructuración, se deja libertad a los Estados miembros para fijar la forma que han de revestir las ayudas. Sí especifican las Directrices que ha de tenerse particularmente en cuenta si los problemas de los beneficiarios están relacionados con la liquidez/solvencia y determinar los instrumentos adecuados para resolver los problemas detectados. Así, señala que, en el caso de problemas de solvencia, puede ser necesario incrementar los activos mediante recapitalizaciones, mientras que, si los problemas fueran más bien de liquidez, podría ser suficiente una ayuda consistente en préstamos o garantías de préstamos.

4.4. El efecto incentivador y la proporcionalidad de la ayuda/ayuda limitada al mínimo necesario.

Los Estados miembros han de acreditar que sin la ayuda el beneficiario habría sido reestructurado, vendido o liquidado sin que haya podido alcanzarse el objetivo de interés común citado anteriormente. Este extremo podrá incluirse en el análisis relativo a la hipótesis en que no haya otra alternativa posible a la ayuda de reestructuración.

Las ayudas de salvamento han de limitarse a la cantidad necesaria para mantener en activo al beneficiario durante seis meses. A tales efectos, se tendrá en cuenta el resultado de la fórmula fijada en el anexo I de las Directrices. Si la ayuda supera ese umbral, solo se autorizará si está debidamente justificada por un plan de liquidez en que se precisen las necesidades del beneficiario para un período de seis meses.

En lo que se refiere a las ayudas de reestructuración, el importe y la intensidad ha de limitarse a lo estrictamente necesario para permitir la reestructuración, teniendo en cuenta los recursos financieros del beneficiario, sus accionistas o el grupo empresarial al que pertenece. Debe garantizarse un nivel suficiente de contribución propia a los costes de reestructuración y reparto de cargas, debiendo computarse toda ayuda de salvamento concedida por anticipado.

Las Directrices exigen una "*contribución significativa*" a los costes de reestructuración, proveniente de recursos propios del beneficiario de la ayuda, de sus accionistas, acreedores o del grupo empresarial al que pertenece o de nuevos inversores. La contribución propia ha de ser comparable a la ayuda concedida en lo que respecta a los efectos sobre la posición de solvencia o de liquidez del beneficiario.

La contribución debe ser real, auténtica, sin incluir beneficios previstos en el futuro y debe ser lo más elevada posible. Se aclara que únicamente se podrá tener en cuenta la contribución realizada por el Estado o por una empresa pública si no implica elementos de ayuda (como cuando actúan como un operador privado, sobre la base de intereses puramente comerciales).

Asimismo, en cuanto a la cuantía, se considera adecuada si cubre al menos el 50% de los costes de reestructuración. Solamente en circunstancias excepcionales y dificultades especiales (que han de ser demostradas) puede la Comisión aceptar una contribución que no cubra este porcentaje, siempre y cuando siga pudiendo considerarse significativo.

En cuanto al reparto de cargas, las Directrices entienden por tal que los accionistas preexistentes y en su caso los acreedores subordinados deban absorber las pérdidas en su totalidad. La intervención estatal sólo puede producirse una vez que las pérdidas han sido totalmente contabilizadas e imputadas a los accionistas existentes y a los titulares de deuda subordinada. Se entiende también por reparto adecuado de cargas toda ayuda que mejore el patrimonio neto del beneficiario, debiendo concederse en condiciones tales que permitan al Estado un porcentaje razonable de las futuras ganancias en valor del beneficiario, teniendo en cuenta el importe de los fondos del Estado aportados en comparación con el patrimonio neto restante de la empresa tras la correspondiente contabilización de las pérdidas.

Finalmente, se prevé la posibilidad de autorizar excepciones a la aplicación de estos principios, cuando la implementación de estas medidas pudiera dar lugar a resultados desproporcionados, por ejemplo, cuando el importe de la ayuda es reducido en comparación con la contribución propia, o el Estado miembro en cuestión demuestre que los acreedores subordinados hubieran percibido en términos económicos menos de lo que percibirían en un procedimiento de insolvencia ordinario y no se hubiera concedido ayuda estatal.

5. Los efectos negativos: riesgo moral y transparencia.

Para soslayar el riesgo moral, se ha establecido el principio de "*ayuda única*", que parte de la consideración de que una empresa que ya ha obtenido ayuda en virtud de las Directrices de obtener ayudas adicionales implica que las dificultades de la empresa son de naturaleza estructural o que no fueron solventadas de forma adecuada

cuando se concedió la ayuda anterior. Se considera en todo caso que las intervenciones reiteradas del Estado pueden provocar problemas de riesgo moral y falseamientos de competencia que son contrarios al interés común[353].

Es importante la precisión de las Directrices indicando que tal principio es aplicable aun cuando se haya producido algún cambio en la propiedad del beneficiario tras la concesión de la ayuda, o por un procedimiento judicial o administrativo que dé lugar al saneamiento del balance, reducción de sus créditos o liquidación de deudas anteriores, si la misma persona continúa las actividades.

Se recogen además dos matizaciones ulteriores:

- En primer lugar, cuando un grupo de empresas haya recibido una ayuda de salvamento, reestructuración o apoyo temporal de reestructuración, no podrá autorizarse por la Comisión ninguna otra ayuda, a menos que hayan transcurrido diez años desde la concesión de la ayuda o desde la finalización del período de reestructuración o desde la interrupción de la aplicación del plan, debiendo aplicarse la fecha más reciente.
- Cuando una empresa haya adquirido los activos de otra (derivado, por ejemplo, de un procedimiento de insolvencia) que haya recibido alguna ayuda de las aquí citadas, el comprador no está obligado a cumplir el principio de ayuda única, salvo que existiera continuidad económica entre la antigua empresa y el comprador[354].

En todo caso, cuando se conceda una ayuda, han de adoptarse medidas para minimizar el falseamiento de la competencia para reducir los efectos negativos de la ayuda sobre las condiciones comerciales y los efectos positivos superen los efectos negativos. La

[353] Se prevén en las Directrices una serie de excepciones a este principio general:

a) Cuando la ayuda de reestructuración sea la continuación de una ayuda de salvamento como parte de una única operación de reestructuración;
b) Cuando la ayuda de salvamento o el apoyo temporal de reestructuración hayan sido concedidos con arreglo a las presentes Directrices y esta ayuda no fue seguida de una ayuda de reestructuración, si:
   i) se ha podido considerar razonablemente que el beneficiario sería viable a largo plazo cuando se concedió la ayuda en virtud de las presentes Directrices, y
   ii) como mínimo tras cinco años, resulta necesario conceder una nueva ayuda de salvamento o de reestructuración debido a circunstancias imprevisibles y no imputables al beneficiario;
c) En circunstancias excepcionales, imprevisibles y no imputables al beneficiario.

[354] Las Directrices citan como ejemplo los asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión (Rec. 2003, p. I-4035); asuntos acumulados T-415/05, T-416/05 y 423/05, Grecia y otros/Comisión (Rec. 2010, p. II-4749); asunto T-123/09 Ryanair/Comisión (confirmada en apelación por el Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-287/12 P).

Comisión ha de evaluar la forma y alcance adecuados de las medidas de acuerdo con las Directrices. Así, se prevén medidas estructurales (cesiones y reducción de actividades empresariales), debiendo favorecer la entrada de nuevos competidores, expansión de competidores existentes o actividades transfronterizas. También se prevén medidas de comportamiento, que tienen como objetivo garantizar que la ayuda se utilizará para financiar el restablecimiento de la viabilidad a largo plazo y que no se utiliza indebidamente para prolongar falseamientos graves y persistentes de una estructura de mercado o para proteger al beneficiario de una competencia sana[355].

Se mencionan también medidas de apertura de mercado destinadas a fomentar mercados más abiertos, sólidos y competitivos. Ello puede suponer, según las Directrices, medidas para abrir el mercado a otros operadores directa o indirectamente vinculados a las actividades del beneficiario.

En todo caso, las medidas para limitar el falseamiento de la competencia han de abordar tanto el problema de riesgo moral como el falseamiento posible de los mercados en los que opera el beneficiario, teniendo en cuenta diversos factores, como la magnitud y naturaleza de la ayuda, condiciones y circunstancias en que fue concedida, tamaño e importancia del beneficiario, características del mercado, entre otros.

De otro lado, se establece una previsión sobre el supuesto en que el beneficiario haya sido receptor de una ayuda ilegal, habiendo adoptado la Comisión una decisión negativa con una orden de recuperación, cuando no haya habido recuperación con infracción del artículo 14 del Reglamento CE nº 659/1999 del Consejo. Se tendrá en cuenta el efecto acumulativo de ambas ayudas y el hecho de que la primera no haya sido desembolsada[356].

Establecen las Directrices unas obligaciones específicas en materia de transparencia, exigiendo que se proceda a la publicación de información en un sitio web sobre ayudas estatales (a nivel nacional o regional), con referencia al texto completo de la ayuda o la decisión de concesión de la ayuda individual y sus disposiciones de

[355] Se incluyen como medidas, entre otras, que los beneficiarios han de abstenerse de adquirir participaciones de otras empresas durante el período de reestructuración, salvo que sea necesario para la viabilidad de la empresa; se exigirá que los beneficiarios se abstengan también de dar publicidad al apoyo estatal como ventaja competitiva al comercializar sus productos y servicios.

[356] Se cita en las Directrices el Asunto C-355/95 P, Textilwerke Deggendorf/Comisión y otros (Rec. 1997, p. I-2549).

aplicación o un enlace a la misma; identidad de la autoridad o autoridades que la otorgan; identidad de los beneficiarios, forma e importe de la ayuda concedida a cada beneficiario, fecha de concesión, tipo de empresa y sector económico en que desarrolla sus actividades[357].

6. Regímenes especiales.

Las Directrices recogen como regímenes especiales, con reglas específicas, las ayudas de reestructuración en zonas asistidas; las ayudas a los prestadores de SIEG en crisis; así como los regímenes de ayuda para importes y beneficiarios de ayudas de pequeña cuantía.

Se establece un procedimiento acelerado para las ayudas de salvamento, previendo que la Comisión adopte una decisión en el plazo de un mes con respecto a las ayudas de salvamento que cumplan todas las condiciones y los siguientes criterios cumulativos:

- las ayudas de salvamento se limitan al importe resultante de la fórmula que se fija en el Anexo I de las Directrices y no supera la cuantía de 10 millones EUR:

- las ayudas no se conceden en las situaciones previstas en el punto 72, letras b) o c) de las Directrices[358].

El beneficiario ha de aplicar el plan de reestructuración y cumplir las obligaciones impuestas por la Decisión de la Comisión en la que se autoriza la ayuda. El incumplimiento de tales obligaciones o del propio plan constituye un uso abusivo de la ayuda, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento (CE) nº 654/1999 o de la posibilidad de interponer una acción ante el Tribunal de Justicia de la Unión

[357] Las Directrices precisan que se puede dispensar de este requisito a las ayudas individuales inferiores a 500 000 EUR (60 000 EUR para beneficiarios del sector de la producción agrícola primaria). Para los regímenes consistentes en ventajas fiscales, la información sobre los importes de las ayudas individuales puede facilitarse en las siguientes horquillas (en millones EUR): [0,06 – 0,5] (para beneficiarios del sector de la producción agrícola primaria); [0,5-1]; [1-2]; [2-5]; [5-10]; [10-30]; [30 y más]. Señalan que esta información debe publicarse una vez se haya tomado la decisión de conceder la ayuda, conservarse como mínimo diez años y estar a disposición del público general sin restricciones. Los Estados miembros no estarán obligados a publicar la citada información antes del 1 de julio de 2016.

[358] (...) *"b) cuando la ayuda de salvamento o el apoyo temporal de reestructuración hayan sido concedidos con arreglo a las presentes Directrices y esta ayuda no fue seguida de una ayuda de reestructuración, si:*

i) se ha podido considerar razonablemente que el beneficiario sería viable a largo plazo cuando se concedió la ayuda en virtud de las presentes Directrices, y

ii) como mínimo tras cinco años, resulta necesario conceder una nueva ayuda de salvamento o de reestructuración debido a circunstancias imprevisibles y no imputables al beneficiario;

d) en circunstancias excepcionales, imprevisibles y no imputables al beneficiario."

Europea. También se prevé la posibilidad de que el Estado miembro en cuestión solicite a la Comisión durante el período de reestructuración que acepte modificaciones del plan de reestructuración y del importe de la ayuda, pudiendo imponerse condiciones adicionales. La modificación sin autorización de la Comisión da lugar a que se pueda considerar la ayuda abusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento (CE) nº 654/1999 o de la posibilidad de interponer una acción ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asimismo, la concesión de cualquier otra ayuda durante el período de reestructuración, incluidas las ayudas previamente concedidas con arreglo a un régimen ya autorizado, deberá ser notificado individualmente a la Comisión, siempre que no hubiera sido informada de la ayuda cuando evaluó la ayuda de reestructuración.

Los Estados miembros han de presentar informes anuales a la Comisión, los cuales habrán de publicarse en el sitio web de la Comisión. En todo caso, la Comisión también podrán imponer obligaciones de información adicionales respecto a la ayuda concedida al objeto de comprobar si se ha respetado la decisión que autoriza la ayuda. Podrá igualmente nombrar un administrador encargado de la supervisión, un administrador encargado de las cesiones o ambos para garantizar el cumplimiento de las condiciones y obligaciones a las que se supedita la aprobación de la ayuda.

7. Valoración crítica.

Se ha cuestionado la utilidad de las ayudas de salvamento y reestructuración como instrumento que permite la verdadera reestructuración de las empresas. Ha sido la propia Comisión Europea la que ha considerado que estos objetivos podrían lograrse en ocasiones sin necesidad de acudir a una intervención pública. Por ello, una potencial alternativa podría ser precisamente sustituir las ayudas de salvamento y reestructuración por procedimientos armonizados de insolvencia, en la línea iniciada por la Comisión Europea en 2014 y en el Reglamento 848/2015 de Procedimientos de Insolvencia, así como la Directiva 2019/1023, de Reestructuración Temprana o la reciente Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022 de armonización de determinados aspectos del derecho de la insolvencia.

Se ha señalado que el Derecho de Insolvencia podría considerarse como una alternativa apropiada para la reestructuración de empresas viables, que implicaría una menor intervención pública, menos distorsionadora de la competencia que la asistencia financiera directa, ofreciendo una mayor protección a los acreedores o favoreciendo la

adquisición de la unidad productiva a través de un tercero[359], potenciando el rescate de empresas potencialmente viables pero con dificultades financieras. Con ello, el derecho de la insolvencia conectaría directamente con el derecho de la competencia, al permitir únicamente salvar empresas (y empleos) cuando ello sea más eficiente desde el punto de vista del mercado, eliminando las empresas que sean ineficientes mediante su liquidación, minimizando el coste para el Estado. De hecho, se ha indicado que el rescate de una empresa con dificultades financieras no tiene por qué interesar a todas las partes implicadas, ya que puede perjudicar los intereses de los acreedores, especialmente a aquellos cuyos créditos gocen de prioridad concursal. En estos casos, los procedimientos de insolvencia pueden resultar más beneficiosos porque permiten integrar a los acreedores en el proceso de toma de decisiones. Así las cosas, se ha considerado más deseable que se mejorara el merco de la armonización de los procedimientos de insolvencia nacionales para poder sustituir las ayudas de salvamento y reestructuración, resultando en una menor distorsión de la competencia a largo plazo[360].

III. OTROS SUPUESTOS DE CONFLUENCIA ENTRE EL DERECHO DE INSOLVENCIA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.

1. La insolvencia como circunstancia atenuante en la imposición de multas por infracción del derecho de la competencia ("*inability to pay*").

La Comisión Europea ha tenido presente el contexto económico y social a la hora de imponer sanciones a las empresas por vulneraciones del derecho de la competencia, lo que ha cristalizado en la denominada *"inability to pay",* esto es, la reducción de las sanciones impuestas por incapacidad contributiva de la empresa derivada de su situación de dificultades financieras.

El origen de la "*inability to pay*" ("ITP") se encuentra en las Directrices de la Comisión Europea de 1998[361], no como *hard law*[362], sino en el marco del ejercicio de la potestad sancionadora por razón de la comisión de infracciones de las normas de competencia.

[359] SONDEREGGER, G., op. cit. Pág. 271.
[360] SONDEREGGER, G., op. cit. Pág. 273.
[361] Directrices sobre el método de imposición de las multas de acuerdo con el artículo 15 (2) del Reglamento nº 17 y artículo 65(5) del Tratado OJ (98/C 9/03).
[362] ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.: "*El riesgo de insolvencia como factor reductor de las multas impuestas por conductas anticompetitivas (inability to pay)*". Anuario de la competencia, Nº 1, 2014, pág.250.

Esta previsión se reprodujo posteriormente en las Directrices de 2006[363], disponiendo que[364], previa solicitud, se podía tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular, siempre que la multa pusiera irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión, privando a sus activos de todo valor.

Las Directrices vienen a sintetizar los principios que han de presidir la determinación por la Comisión Europea de las multas por la comisión de infracciones del Derecho de la Competencia, en particular, los artículos 101 y 102 TFUE. La sección dedicada a los ajustes del importe base, además de la denominada capacidad contributiva, contemplan otras circunstancias: agravantes, atenuantes, incremento de la sanción como elemento de disuasión, previsión del umbral máximo del 10 por cien del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior y beneficios vinculados a las normas de clemencia. Por lo tanto, con la excepción de las normas sobre circunstancias agravantes y el incremento de la sanción como elemento de disuasión, el resto de los ajustes que prevé la norma presentan un efecto de reducción de la sanción del importe base.

Como hemos señalado, el precedente del párrafo 35 de las Directrices de 2006 hay que encontrarlo en las Directrices para el cálculo de las multas de 1998, en concreto, en el punto 5 (b), que indicaba que "*según las circunstancias, tras haber realizado los cálculos, conviene tomar en consideración determinados datos objetivos como el contexto económico específico, la ventaja económica o financiera que puedan haber obtenido los autores de la infracción, las características específicas de las empresas en cuestión y su capacidad contributiva real en un contexto social específico para adaptar, en última instancia, los importes de las multas previstos".*

Como se puede observar, ambos textos (1998 y 2006) no son coincidentes. Las Directrices de 2006 han tomado en consideración la práctica que se había producido en estos años, a los efectos de concretar más su contenido y las circunstancias que habían de ser

[363] Directrices sobre el método de imposición de las multas de acuerdo con el artículo 23 (2) (a) del Reglamento nº 1/2003 (2006/C 210/02).

[364] *"En circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor."*

ponderadas para aplicar la reducción. En primer lugar, en las Directrices de 2006 se sustantiva el ITP como circunstancia que determina la reducción de la sanción, mientras que en la redacción de 1998 este factor es uno más dentro de los que pueden tenerse en cuenta.

En segundo lugar, las Directrices de 2006 mencionan la incapacidad contributiva de la empresa en cuestión, pero vinculado a la necesidad de que la imposición de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa y prive a sus activos de todo valor. Por lo tanto, es necesario que estas circunstancias queden debidamente acreditadas en todo caso para que puedan ser apreciadas por la Comisión. Además, no procede su apreciación de oficio, sino que necesariamente ello ha de ir precedido de una solicitud de la empresa, aportando las pruebas objetivas de que la imposición de la multa va a producir los efectos que expresamente se citan.

Por otro lado, si bien en las Directrices de 1998 parecía que el contexto económico podía justificar la reducción de la multa, en la redacción de 2006 tal contexto económico ha de acompañar la solicitud, pero no va a justificar la reducción de la multa per se. En un análisis de las condiciones previstas en el punto 35 de las Directrices de 2006 destaca, en primer lugar, el elemento de que concurre "*peligro para la viabilidad económica de la empresa".* En efecto, es lógico que sea la empresa, en su solicitud, la que exponga con claridad las dificultades financieras que está atravesando y que podrían justificar la reducción de la sanción. Supone, en todo caso, un esfuerzo probatorio y expositivo importante para la empresa solicitante, pero también para la Comisión Europea, que habrá de revisar las alegaciones y pruebas aportadas[365].

Debemos detenernos en el examen del requisito referido al riesgo para la viabilidad empresarial. En primer término, debe tenerse presente que la Comisión no tiene ningún tipo de obligación legal de tener en cuenta la situación financiera de la empresa cuando

[365] KIENAPFEL, P. y WILS, G.: "*Inability to pay-First cases and practical experiences*", Competition Policy Newsletter, 2010 (3), p.7: "*The Commission has refined its methodology, further expanded and standardised its requests for information and devoted substantial resources to dealing with ITP claims. These measures reflect the importance that the Commission attaches to assessment of the financial situation of companies in distress and illustrate the considerable efforts made by the Commission to strike the right balance between its antitrust enforcement mandate and the need to avoid severe social costs that may result from companies' bankruptcies triggered by fines."*

impone la sanción, aun en el caso de que la multa conlleve la insolvencia o liquidación, pues ello no está prohibido por el Derecho Comunitario[366].

La Comisión ha mantenido su proceso de concesión de la ITP en términos poco transparentes en la práctica. Por ello, la doctrina ha abogado por el establecimiento de criterios más claros al respecto[367]. Sin embargo, dicha actuación de la Comisión Europea parece obedecer a la finalidad de impedir que los potenciales beneficiarios de la medida puedan anticipar un resultado favorable a sus pretensiones y por tanto en la práctica solicitan la reducción sin conocer de antemano si se le va a conceder o no.

2. Concentraciones y excepción de empresa en crisis (*failing company defense*)

Otro de los puntos de confluencia entre el Derecho de la Insolvencia y el Derecho de la Competencia viene constituido por la excepción al marco europeo de concentraciones empresariales, determinada por la doctrina de la "*failing Company*" o empresa desfalleciente, en que se observó la posible existencia de una contraposición de intereses entre la preservación de la competencia en el mercado y el mantenimiento de empresas viables, pero con un fuerte apalancamiento[368].

En nuestro entorno, la Comisión Europea ha aplicado la excepción de empresa en crisis en el régimen de autorizaciones de concentraciones, siguiendo el criterio de la mayoría de los países de la OCDE. El Reglamento Europeo de concentraciones no establece de forma expresa la excepción de empresa en crisis, pero las Directrices sobre evaluación de concentraciones horizontales (Parágrafo 89) sí establecen literalmente que:

"*Si una de las partes de la concentración es una empresa en crisis, la Comisión puede concluir que la concentración, a pesar de plantear problemas de competencia, es*

---

366 STJUE de 19 mayo de 2020 (T-25/05, KME Germany etc. vs Commission), para. 167; STJUE T-62/02, Union Pigments v Commission, [2005] ECR II-5057, para. 177.

367 *"These fine reductions may have the potential to undermine the legitimacy and credibility of the competition authorities, and therefore must be implemented with specific, objective, and transparent criteria".* Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, "*Cancels & replaces the same document of 13 October 2016"*, OECD, Global Forum on Competition, Sanctions in Antitrust Cases, Background Paper by the Secretariat, DAF/COMP/GF(2016)6, Oct. 14, 2016 p. 24 ¶ 55, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf

368 Vid. SIGNES DE MESA, J.I.: "*Derecho de la competencia y crisis económica*", Aranzadi, 2013. Pág. 176ss. Se expone que la "*failing firm defense*" constituye una doctrina que tiene su origen en la Corte Suprema de EEUU, en el asunto International Shoe Co v. FTC (1930), en que la empresa objeto de la concentración estaba en una situación ruinosa ("*financial ruin*") y que resultaba menos anticompetitivo que la empresa fuera adquirida por otra que dejarla salir del mercado. En ese mismo sentido, cita la sentencia Publishing Co. V. United States (1969), y las directrices sobre concentraciones de la United States Fair Trade Commission y el United States Department of Justice que previeron esta posibilidad.

compatible con el mercado común. El requisito básico es que el deterioro de la estructura competitiva tras la concentración no se deba a ésta. Éste será el caso cuando la estructura competitiva del mercado también se hubiera deteriorado en una medida cuando menos equivalente de no producirse la concentración."

La Comisión Europea ha declarado que esta excepción supone una aplicación especial del estándar ordinario de autorización previsto en el artículo 2 del Reglamento de concentraciones[369]. En todo caso, debe reseñarse la dificultad de la aplicación de esta excepción, pues ha de llevarse a cabo una predicción sobre los efectos que una concentración puede tener en el mercado, mediante una comparación entre la estructura que habría en el mercado en un escenario previo y posterior a la concentración.

El parágrafo 90, por su parte, continúa estableciendo que deben cumplirse tres requisitos esenciales para la aplicación correcta de la doctrina de la *failing firm defence*:

- La supuesta *failing firm* debería salir del mercado debido a dificultades financieras si no es absorbida por otra compañía. En consecuencia, debe poder probarse que la empresa no va a ser capaz de cumplir con sus obligaciones financieras en un futuro próximo y que no va a ser viable por sí misma. Se entiende que esto tiene lugar cuando ningún accionista o inversor querría efectuar la aportación de capital necesario para que la empresa pueda repagar sus deudas o cuando pueda determinarse que el valor de la liquidación es mayor que el valor de continuar en el mercado. A estos efectos, no es preciso que se haya producido la apertura de un procedimiento concursal, pero sí es necesario que, si no se lleva a cabo la concentración, el escenario más probable sería el concurso. Por lo demás, estos extremos se acreditarán mediante los balances de las cuentas de la empresa. Finalmente, ha de indicarse que no puede confundirse esta situación con la de la empresa en dificultades, denominada *failing firm defense*, que sería una empresa con perspectivas de futuro, pero en una situación menos competitiva[370].
- No hay otra alternativa anti-competitiva que la fusión propuesta, esto es, que no ha de existir una medida menos perjudicial para la competencia y no puede haber ningún otro posible adquirente. La acreditación de este requisito se antoja harto

[369] Vid. COMPETITION POLICY ROUNDTABLE: "*The failing firm defense*". https://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf (consultado el 22.01.2023).
[370] Vid. Sobre este concepto, la Sentencia de la Corte Suprema de EEUU, United States vs General Dynamics, 415 U.S. 486 (1974).

complicada, pues en último término pudiera ser el gobierno del Estado miembro en cuestión estuviera dispuesto a intervenir mediante algún tipo de ayuda. En este aspecto es donde se manifiesta en mayor medida la problemática de las ayudas de estado con el régimen de concentraciones, ya que pudiera suceder que se considerara incluso una ayuda de estado más aceptable que la creación de una posición de dominio en el mercado, que puede llegar a perjudicar la competencia en mayor medida.

- En ausencia de la fusión, los activos de la *failing firm* inevitablemente saldrían del mercado. Este elemento de la inevitabilidad puede llevar a la conclusión de que la cuota de mercado correspondiente a la empresa en crisis pasaría a manos de la otra parte de la concentración. Ello exige evaluar si sería mejor acometer la liquidación de la empresa y que el resto de los competidores pudieran adquirir dichos activos en el procedimiento de liquidación[371].

3. El papel de los competidores en el concurso.

La regulación (ya derogada) que figuraba en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, definía los créditos subordinados como aquellos créditos de los que son titulares las personas especialmente relacionadas con el deudor (artículo 92. 5º LC). Ello incluía, tratándose de deudores personas jurídicas, socios con responsabilidad por las deudas sociales o con una participación significativa en el capital social, administradores, liquidadores y a las sociedades del mismo grupo (artículo 93.2ºLC). Con arreglo a dicha norma, los créditos subordinados no podían ser pagados hasta que no hubieran sido totalmente abonados los créditos ordinarios (artículo 158 LC). Además, los acreedores subordinados no tenían derecho de voto respecto de la propuesta de convenio (artículo 122.1. 1º LC). Debe destacarse que ello constituyó una novedad respecto del derecho precedente, en el que no se negaba el derecho de voto a ningún acreedor concurrente.

Los créditos subordinados se definían para "*clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente*

[371] Estas condiciones han sido aplicadas por la Comisión, por ejemplo, en la fusión de Aegean/Olympic II (Case Nº COMP/M.6796). Fecha: 9/10/2013.

relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso)."

Por otro lado, la Ley concursal (en su redacción previa a la reforma derivada de la Ley 38/2011, de 10 de octubre)[372] hacía referencia a los competidores del deudor en el artículo 28.3, en los siguientes términos: "*3. El nombramiento del administrador concursal acreedor no podrá recaer en persona especialmente relacionada con el deudor, ni en acreedor que sea competidor del deudor o que forme parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora."* Ello constituía una causa de incompatibilidad para ser nombrado administrador concursal, considerando que la condición de competidor implicaba la existencia de un conflicto de interés.

Además, la normativa concursal impedía también la adquisición de derechos de crédito por actos inter vivos después de la declaración de concurso, salvo que la adquisición se hubiera producido por título universal, como consecuencia de una realización forzosa o por una entidad sujeta a supervisión financiera (art. 122.1. 2º LC). Con ello, se evitaba la posibilidad de que se produjese la compra estratégica votos posterior por parte de los competidores del deudor para influir en la adopción de un convenio[373]. Sin embargo, esta previsión legislativa no agota todos los casos en que los acreedores que sean competidores del deudor puedan intentar llevar a cabo actuaciones interesadas para evitar que se produzca la adopción de un convenio de continuación o que tenga lugar la liquidación. De hecho, los acreedores subordinados, aun cuando no tengan derecho a voto, se encontraban legitimados para concurrir a la junta de acreedores (en la normativa anterior), así como para intervenir en el procedimiento. Por su parte, la normativa actualmente vigente, no establece prevenciones que limiten el riesgo de un uso abusivo o contrario a los intereses del concurso cuando los acreedores del deudor son también competidores[374],

[372] Actualmente el Texto Refundido de la Ley Concursal no hace ninguna referencia a la condición de acreedor competidor del deudor.

[373] ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. "*Confluencia y conflicto entre el derecho de la competencia y el derecho concursal",* Derecho de la Competencia Europeo y Español vol. XI, Dykinson 2013. P.469.

[374] ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. op.cit. P.470-471, cita el caso *United Airlines vs US Bank*, que inició un proceso de reestructuración, al amparo del *Chapter 11 del Bankruptcy Code*, para llevar a cabo la renegociación de sus contratos de alquiler con los propietarios de sus aviones, pues la empresa no tenía su flota en propiedad. En un determinado momento, un grupo de arrendadores decidió, para elevar los precios, unirse conformando un grupo de acreedores, sobre la base de la previsión del derecho concursal norteamericano que permite al titular de una aeronave recuperarla cuando concurren determinados requisitos (parágrafo 1100 del Bankruptcy Code). El Tribunal rechazó aplicar las normas de competencia en este caso, dando prevalencia a la normativa concursal, lo que supuso dar carta de naturaleza a este tipo de acuerdos.

a pesar de que no es descartable que puedan observarse conductas oportunistas contrarias al Derecho de la Competencia, sobre todo, en sede de reestructuración[375].

Por otro lado, al respecto también cabe citar el supuesto de determinados créditos subordinados derivados de contratos con obligaciones recíprocas, que adquieren tal clasificación por razón de que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento en perjuicio del interés del concurso (art. 281.1. 7º TRLC). Esta previsión legislativa puede servir de incentivo negativo para impedir que los acreedores puedan perjudicar la situación del deudor concursado, aunque no puedan eliminarse completamente la posibilidad de que tal acción se produzca.

Finalmente, puede reseñarse la previsión recogida en sede de motivos de oposición del convenio (art. 383 TRLC), en su número 3º, al incluir como motivo que "*en la adhesión a la propuesta por quien o quienes no fueran titulares legítimos de los créditos, o en la obtención de las adhesiones mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios, cuando esas adhesiones hubieran sido decisivas para la aceptación de la propuesta de convenio".* No se cita el fraude, como se puede observar, pero sí se prevé como límite específico de la autonomía de la voluntad el principio de la *pars conditio creditorum*. Esta previsión puede servir para evitar que acreedores competidores del deudor se concierten para imponer su voluntad a un deudor, haciendo prevalecer sus intereses particulares en esta sede. No obstante, no impediría la posible obstaculización por los acreedores competidores del deudor de la suscripción de un convenio que permita la continuidad de la actividad empresarial cuando ello venga determinado por una motivación ajena a la satisfacción de los créditos por parte de los acreedores. En este punto, determinados autores[376] han propugnado que se prive del derecho a voto a los acreedores que sean competidores del deudor, para impedir que pueda votar en contra del convenio de continuación propuesto por el deudor, aunque la cuota

[375] Puede citarse, a este respecto, entre otros, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 18 de septiembre del 2023 (Grupo Aldesa), que homologa un plan de reestructuración con una clase y un solo acreedor. Sobre esta cuestión y la motivación subyacente, vid. CARRASCO PERERA, A.: "*Plan de reestructuración con una sola clase y un solo acreedor que, además, es el socio mayoritario de la deudora Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 18 de septiembre del 2023 (Grupo Aldesa) Una aplicación torcida del régimen de reestructuración preconcursal"*. Análisis Mercantil, Gómez Acebo&Pombo. Febrero 2024.

[376] ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.A.: "*El poder de decisión de los acreedores en el concurso*", Ed. Thomson Civitas, 2005, p.420.

que le correspondería fuera mayor en caso de convenio que en un escenario de liquidación.

4. El control de las operaciones de modificación estructural desde la perspectiva del derecho de la competencia.

La normativa concursal admite como posible contenido de las propuestas de convenio quitas/esperas, proposiciones adicionales para todos o algunos de los acreedores o para determinadas clases de acreedores (con excepción de los acreedores públicos), ex art. 317 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Por su parte, el apartado 3 del artículo 317 y 317 bis TRLC permiten la inclusión de modificaciones estructurales en la propuesta de convenio, cuando el deudor sea una persona jurídica.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su artículo 7 contiene una definición exhaustiva de lo que se considera como concentración económica, señalando que, a efectos del Derecho de la Competencia, se entiende que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas, como consecuencia de las operaciones que el precepto enumera[377]. Determinadas operaciones de concentración económica son susceptibles de afectar de forma significativa al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, de modo que la normativa de defensa de la competencia establece en estos casos un sistema de control previo obligatorio sobre las concentraciones que alcancen una determinada cuota de mercado o un determinado volumen de negocios, sin perjuicio de la obligación de notificar determinadas concentraciones a la Comisión Europea[378].

---

[377] Las operaciones que cita son las siguientes:
- La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o
- La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
- La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

Por otro lado, añade que el control también puede resultar de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante:
- derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,
- contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

Asimismo, en todo caso, la ley considera que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

[378] El precepto, en su apartado 3, declara que no tendrán, por el contrario, la consideración de concentración:
- La mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo.
- La tenencia con carácter temporal de participaciones que hayan adquirido en una empresa para su reventa por parte de una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal

La Ley de Defensa de la Competencia excluye la sujeción de la empresa que se encuentre en situación concursal al control de concentraciones siempre que tenga lugar en virtud de un mandato conferido por un juez en un procedimiento concursal (en virtud de un convenio o en caso de liquidación). La razón de esta previsión se encuentra en que en este supuesto no se considera que exista una operación de concentración sujeta a control (art. 3.5.b del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas [379] y art. 7.3.d) de la LDC). Además, en las eventuales adquisiciones que pudieran estar sujetas al control de concentraciones, debe tenerse en cuenta la "*defensa de la empresa en crisis*", esto es, la empresa que se encuentra en una peor situación seguramente acabaría abandonando el mercado o sobreviviría con dificultad, lo que vendría a contradecir los efectos distorsionadores de la competencia derivados de la operación de fusión o adquisición.

No existe una disposición que confiera, siempre y en todo caso, preferencia a la normativa concursal sobre el derecho de la competencia (y viceversa)[380]. De hecho, como hemos observado, más bien, se ignoran [381]. De todos modos, lo que parece claro es que la declaración de concurso no supone la inaplicación a la concursada de las normas de

incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición. Con carácter excepcional, la Comisión Nacional de la Competencia podrá ampliar ese plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido.

- Las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido del apartado 3 del artículo 5 de la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, que adquieran con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo sean ejercidos para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar el comportamiento competitivo de dichas empresas.

- *La adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal.*

[379] *"cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo;"*

[380] Ello, no obstante, la Resolución de la CNMC (expediente S/DC/0612/17) concede preferencia a la regulación concursal sobre la normativa de defensa de la competencia. Explica que la aplicación de la jurisprudencia sobre el principio de continuidad económica y la normativa concursal al caso concreto no debe implicar en cualquier caso que la finalidad de la normativa concursal deba prevalecer sobre el efecto útil de la normativa de competencia, ni viceversa. Finalmente, concluye inaplicando la normativa de defensa de la competencia por entender que la adquisición se había realizado tras una declaración de concurso y que el juez del concurso había delimitado las condiciones, extensión y alcance de la transmisión.

[381] PAULUS, C.: "*Competition Law versus Insolvency Law: When Legal Doctrines Clash*" *Uniform Law Review* 2013: 1-3 y 11-13).

defensa de la competencia, como hemos visto hasta ahora (p.e. recuperación de ayudas de Estado de un beneficiario sujeto a un procedimiento de insolvencia). Con todo, la cuestión relativa al punto de conexión entre la empresa en crisis y el control de concentraciones ha adquirido relevancia desde la óptica de la reestructuración, pues lo que se ha pretendido ha sido precisamente potenciar los institutos preconcursales como alternativa al concurso[382].

Finalmente, debemos nuevamente hacer referencia en este marco a la específica problemática surgida en el ámbito precisamente de la recuperación de ayudas de Estado en el caso de un beneficiario insolvente, cuando tiene lugar una operación de modificación estructural como solución a la crisis empresarial. En estos casos, la Comunicación de la Comisión de 2019 establece el deber del Estado miembro en cuestión de oponerse a cualquier transferencia de activos que no se haga conforme a las condiciones de mercado, con la finalidad de evadir la decisión de recuperación. En estos supuestos, las autoridades del Estado miembro han de votar en contra expresamente de cualquier convenio o plan de liquidación que pueda suponer una cesión de activos que eluda los efectos derivados de la recuperación íntegra de la ayuda de Estado ilegal, incumpliendo la Decisión de la Comisión Europea, debiendo, además, impugnar judicialmente la aprobación judicial si ésta tuviera lugar.

IV. AYUDAS DE ESTADO INDIRECTAS: PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y TEST DEL ACREEDOR PRIVADO.

La actuación de las Administraciones Públicas también se ve limitada por el Derecho de la Competencia y el régimen comunitario de las Ayudas de Estado. La posibilidad teórica de que los titulares de créditos de carácter público (fundamentalmente, créditos tributarios y de Seguridad Social, pero no exclusivamente), tiene incidencia- al menos potencial- en el Derecho de la Competencia, en la medida en que, bajo determinadas circunstancias, las quitas y esperas (u otros contenidos posibles) del convenio concursal, planes de reestructuración o planes de continuación, presentes en nuestro actual derecho de insolvencia, puedan ser eventualmente conceptuadas como ayudas de Estado indirectas o encubiertas, dada su naturaleza de apoyo financiero público desde el punto de vista del

[382] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Reforma concursal, satisfacción de acreedores y reestructuración de empresas en crisis",* Notario, enero-febrero 2012, pp. 39ss.

derecho de la competencia, como elemento distorsionador de ésta al poder constituir una intervención estatal selectiva que afecte potencialmente al mercado y a los consumidores.

En efecto, el establecimiento de un mercado interior único, garantizando la libre competencia entre los diferentes operadores, basado en la inexistencia de elementos falseadores de ésta, lleva consigo la prohibición de la concesión de ayudas que directa o indirectamente puedan incidir en el mercado en los términos de los artículos 107 y 108 TFUE. El concepto de ayuda utilizado en el ámbito comunitario es un concepto, como ha declarado la doctrina, abierto, esto es, más amplio que el concepto técnico de subsidio o subvención, entendiendo por tal una donación modal de derecho administrativo otorgada para la consecución de una determinada finalidad [383] . Desde este punto de vista, el concepto de ayuda incluiría toda ventaja patrimonial o intervención del Estado a favor de una empresa y el correlativo sacrificio financiero para el Estado[384]. Este concepto figura también positivizado en el artículo 19.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia) a tenor de la cual, a efectos de la citada Ley, se entiende por ayuda pública "*las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que supongan una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en términos de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia".*

La principal dificultad que ha presentado la actuación de las Administraciones Públicas en sede concursal (y actualmente, también en sede preconcursal) deriva de la necesidad de establecer algún tipo de equilibrio entre los intereses privados, públicos y sociales que están en juego y que confluyen en el proceso, condicionando las decisiones que se han adoptar, siendo todos ellos merecedores de protección. Así, debe atenderse a los intereses que el concurso está llamado a proteger, pero también al interés general, de carácter

[383] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "*El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas de Estado"*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley 1230/2005; FERNÁNDEZ FARRERES, G. *"La subvención: concepto y régimen jurídico*", Madrid, 1983; LINARES GIL, M.: "*La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo"*, en Noticias de la UE, mayo 2000, págs. 45-56.

[384] Vid. Sentencias de 23 de febrero de 1961, 30/59; y de 15 de marzo de 1994, C-387/92, STJ de 1 de diciembre de 1998, C-200/97, Asunto ECOTRADE.

público, que impone la protección de los deberes de recaudación que pesan sobre las Administraciones Públicas. Así, a diferencia de lo que sucede en el caso de acreedores privados, que pueden libremente disponer de sus derechos de crédito en el concurso, en aras de otros intereses (como la continuidad de la actividad de la empresa), aquí las Administraciones Públicas han de tener siempre presente la necesidad de preservar los deberes de recaudación.

En efecto, concurren aquí intereses que pueden llegar a ser, en determinados casos, contrapuestos: por un lado, los intereses de los acreedores en hacer efectivos sus respectivos créditos, poniendo en riesgo la continuidad de la actividad de la empresa cuando ésta ya no sea viable; el interés público en proteger los puestos de trabajo. En este sentido, el interés en evitar la disolución de las sociedades que se encuentran en dificultades se ha erigido en un interés público, al objeto de preservar la producción industrial, manteniendo los niveles de ocupación laboral o incluso promover el desarrollo de áreas deprimidas[385]. Se hace necesario, por tanto, buscar un punto de confluencia que asegure la debida protección de todos los intereses en juego, tomando en consideración la situación social y económica existente, asegurando también la libre competencia.

La búsqueda de este equilibrio queda reflejada en las Decisiones de la Comisión Europea relativas a la aplicación del régimen de ayudas de Estado es una consecuencia del principio de libre competencia que preside la economía mercado basada en la igualdad de oportunidades entre los agentes económicos que se deriva de la aplicación de los principios contenidos en los artículos 101 a 106 TFUE. Estos principios son los que han servido de pauta interpretativa del criterio del inversor privado y, en aplicación de éste, del criterio del acreedor privado en una economía de mercado.

La prueba del acreedor privado en una economía de mercado ha sido desarrollado por la Comisión Europea en la Comunicación "*Public Authorities´Holdings" (Equity Holdings Communication), Commission, Bulletin EC 9-1984. at 104 ff*[386]. La Comisión, con

[385] Vid. NICCOLINI, G. *Interessi pubblici e interessi privati nella stinzione delle societá*, Giuffrè Editore, Milán, 1990, p. 375.

[386] A tenor de dicha Comunicación, cuando la autoridad pública no provee capital en condiciones normales de mercado, debe efectuarse el análisis a que se refiere el artículo 93 TCE (actuales artículos 107 y 108 TFUE). A estos efectos, la Comunicación distingue cuatro tipos de situaciones:

- La constitución de la empresa;
- La total o parcial transferencia de la titularidad del sector privado al sector público;
- La inyección nueva de capital o la conversión en capital de fondos en una empresa previamente existente;
- En una empresa privada preexistente, un incremento de la participación en el capital social.

posterioridad, ha publicado directrices específicas y complementarias del criterio del inversor privado en el documento denominado *Commission communication to the Member States on the Application of Articles 92 and 93 of the EEC Treaty and of Article 5 of Commission Directive 80/723/EEC to public undertakings in the manufacturing sector JOC 1993 C 307/3*[387]. La Comunicación de la Comisión Europea sobre la noción de ayuda de Estado de 19 de julio de 2016 ha sustituido a la Comunicación anteriormente citada, habiendo quedado derogada.

La elaboración del principio de acreedor privado constituye una evolución del principio de inversor privado, producto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han ido perfilando los requisitos para su aplicación[388]. En efecto, nos encontramos ante un análisis eminentemente económico[389]. Exige, como se ha señalado reiteradamente por la jurisprudencia, una "*valoración económica compleja"*, debiendo el juez comunitario comprobar la veracidad y exactitud de los elementos en juego, su fiabilidad, coherencia y comprobar si los elementos son suficientes para apoyar las conclusiones que en su caso

La Comunicación describía pormenorizadamente determinados casos en que se podía considerar que la inyección de capital por parte de una autoridad pública no constituía ayuda de Estado (apartado 3.2) y otros supuestos en los que sí se consideraba que concurría ayuda de Estado (apartado 3.3). En el apartado 3.4 se enumeraban casos en los que sí hay una presunción de concurrencia de ayuda de Estado.

[387] La Comunicación establecía una serie de reglas basadas en las previsiones de los Tratados, así como la casuística del Consejo, Parlamento, Comisión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para las empresas públicas. La Comunicación pretende garantizar una mayor transparencia en las relaciones entre el Estado y las empresas públicas, a todo tipo de fondos públicos y a empresas en todo tipo de situaciones. La Comunicación aborda los siguientes aspectos:

- Las empresas públicas y las reglas de competencia;
- Los principios que deben utilizarse para determinar cuándo concurren elementos de ayuda
- Incremento de la transparencia de la política;
- La vertiente práctica del principio del inversor privado en una economía de mercado;
- Compatibilidad del régimen de ayudas;
- Formas de intervención estatal: inyecciones de capital, garantías, préstamos, el retorno de las inversiones, duración.

[388] En este punto, puede citarse, respecto al criterio del inversor privado, la STJUE de 10 de julio de 1986, Bélgica vs. Comisión (MEURA), C-234/84, apartado 14, y Sentencia de 10 de julio de 1986, Bélgica vs Comisión ("*Boch*"), C-40/85, apartado 13. También es reseñable la construcción realizada por el Abogado General Gordon Slynn recogida en sus Conclusiones presentadas el 2 de abril de 1987, en los asuntos acumulados C-67, 68 y 70/85, denominados Van der Kooy vs Comisión, de 2 de febrero de 1988, declarando lo siguiente: "*Una ayuda estatal es, por su propia naturaleza, ajena a la esfera mercantil; en el sentido de que el Estado interviene en campos en los que no lo harían los agentes económicos. El Estado puede tener sus razones para actuar así, pero estas razones no son comerciales en el sentido usual del término. De esta manera, el Estado puede comprar acciones pertenecientes a una sociedad, o emitir empréstitos; pero cuando esto se realiza en una medida o según unas condiciones inaceptables para un inversor privado, es cuando se produce una ayuda a los efectos del artículo 92, siempre y cuando se cumplan los restantes requisitos exigidos por este precepto."*

[389] En este punto, se reconoce un amplio margen de apreciación a la Comisión Europea, si bien esta apreciación se encuentra bajo el control jurisdiccional del juez comunitario. Vid. LEIBENATH, C.: "State investments of Capital", *European State Aid Law*, Heidenhain, Verlag CH BCK München, 2010. P. 95.

se alcancen sobre si se ha vulnerado el principio o no[390]. La aplicación del criterio del acreedor privado exige la comparación de la actuación del Estado con el comportamiento que tendría cualquier acreedor privado, orientado a la maximización de la recuperación de su crédito. La Comisión Europea en este punto ha venido examinando si la actuación del Estado o del organismo público se ajusta a la de un operador racional en una economía de mercado y si está basada en consideraciones comerciales, sin vinculación a objetivos de política económica o social. Ello ha sido considerado como una prueba del principio de neutralidad del Estado en relación con el régimen de propiedad y principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas[391].

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido considerando que la pérdida de ingresos de naturaleza fiscal que sufre un Estado como consecuencia de la aplicación de la legislación concursal no supone, per se, que estemos ante una ayuda de Estado. Esta consecuencia es inherente a todo régimen legal que fije el marco en el que se organizan las relaciones entre una empresa insolvente y la masa de sus acreedores, de lo que no ha de deducirse necesariamente la existencia de una carga económica adicional soportada directa o indirectamente por las autoridades públicas y destinada a conceder un beneficio determinado a empresas interesadas [392] . La ventaja también puede inferirse de determinadas medidas, o de la falta de adopción de previsiones por parte de las autoridades en circunstancias especiales, lo que puede llegar a considerarse como una ayuda de Estado ilegal[393]. Ello no necesariamente ha de implicar la obligatoriedad, a cargo de las administraciones públicas, de instar el procedimiento de insolvencia, lo que podría considerarse como una actuación potencialmente perjudicial para sus competidores, en la medida en que continúa operando en el mercado con infracción de sus deberes en materia tributaria y Seguridad Social, encontrándose en una situación

[390] Sentencias del TJUE de 25 de enero de 1979, Racke, 98/78, apartado 5; de 22 de octubre de 1991, Nölle, C-16/90, apartado 12; de 6 de octubre de 1991, Kneissl Dachstein Sportartikel/Comisión, T-110/97, apartado 46 y 18 de julio de 2007, Industrias Químicas del Vallés/Comisión, C-326/05 P, apartado 76.

[391] Vid. ABBAMONTE, G.B.: "Market Economy Investor Principle: a Legal Analysis of an Economic Problem". *European Competition Law Review* 1996/4, pp. 258-268.

[392] STJUE de 17 de marzo de 1993, Sloman Neptun, As. C-72/91 y C-73/91, apartado 2; de 1 de septiembre de 1998, ECOTRADE, C-200/97, apartado 36; de 12 de octubre de 2000, España vs Comisión Europea (MAGEFESA), C-480/98, apartado 18; 17 de junio de 1999 (Sala Quinta), de 7 de junio de 1999, Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA/International Factors Italia Sp., Asunto C-295/1997.

[393] STJUE 12 de octubre de 2000, España vs Comisión, apartado 19.

crítica[394]. En este sentido, se entiende que no es necesaria la acreditación de que la actuación de las autoridades públicas ha sido arbitraria en el caso concreto, sino que "*basta con acreditar…que dicho organismo dispone de una facultad discrecional para celebrar acuerdos de aplazamiento o de devolución y para determinar algunos de los elementos de dichos acuerdos. Por consiguiente, procede concluir que en el caso de autos se cumple el requisito de la especificidad"*[395], extremo éste que es imprescindible para calificar como una ayuda de Estado una medida de naturaleza fiscal.

El término de comparación, como se ha señalado, es el de un acreedor privado que ostenta una posición idéntica a la que detentan las autoridades acreedoras. Esto es, no basta con asimilar dicha posición a la que ocupan los acreedores privados en un procedimiento de insolvencia, sino que es preciso analizar pormenorizadamente qué acciones, qué procedimientos declarativos y ejecutivos, podrían iniciar los poderes públicos para ejecutar sus respectivos créditos, determinando cuál sería hipotéticamente la actuación que, en esta misma situación y con idénticas prerrogativas (en su caso), llevaría a cabo un acreedor privado[396]. Por lo tanto, con tal objetivo, se deberán valorar las posibilidades de reestructuración o saneamiento financiero de la empresa, si resulta factible la continuación de la actividad con las medidas adoptadas, así como los riesgos derivados del incremento de las pérdidas del acreedor en caso de que la actividad empresarial

[394] Debe recordarse a este respecto la doctrina contenida en la STJUE (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2004, España vs Comisión, C-276/02, declarando "*por lo que se refiere al fundamento de la Decisión impugnada, como se ha señalado ya en el apartado 26 de la presente Sentencia, la Comisión considera que lo que genera la ayuda es el hecho de que las autoridades españolas no incoaron los procedimientos ejecutivos separados y no actuaron como acreedores privados que tratan de recuperar al menos una parte de sus créditos*" (apartado 32). Se ha considerado, además, que la decisión de los acreedores públicos de no instar la liquidación de las empresas en cuestión no es consecuencia de la normativa general de insolvencia, sino de una decisión discrecional de las autoridades correspondientes (Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, de 8 de junio de 2000, As. C-480/98, Reino de España vs Comisión de las Comunidades Europeas, apartado 14). En este sentido, continúa afirmando el Abogado General Mischo "*si se atribuye un comportamiento similar a los acreedores públicos, se llega necesariamente a la conclusión de que no puede esperarse de éstos que insten la declaración de quiebra de la empresa ante un primer incumplimiento, sin tener en cuenta, en absoluto, el potencial de ésta a más largo plazo.*" (apartado 36).

[395] Sentencia Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada), de 21 de octubre de 2004, LENZING/Comisión, T-36/99), apartados 132 y 133.

[396] Resulta particularmente relevante la actitud de las autoridades ante el impago de impuestos y de cotizaciones sociales. Vid. GRAU RUIZ, A.:" STJCE 14.9.2004. Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas, As. C-276/02: la trascendencia en materia de ayudas de Estado de la actitud de las autoridades nacionales frente al impago de impuestos y cotizaciones de Seguridad Social por una empresa en suspensión de pagos". *Crónica tributaria*, ISSN 0210-2919, ISSN-e 2695-7566, Nº 123, 2007, págs. 198-208.

continúe. En consecuencia, ello nos lleva a que la prueba del acreedor privado, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, viene determinado por las perspectivas de viabilidad de la empresa, a efectos de dilucidar si los poderes públicos actuaron con la finalidad de maximizar la recuperación de sus respectivos créditos frente a la empresa. De acuerdo con las líneas marcadas hasta ahora por la jurisprudencia comunitaria, los elementos relevantes que se han de tener en cuenta para la aplicación del test del acreedor privado son[397]:

- si los acuerdos se han negociado en igualdad de condiciones a las del resto de los acreedores privados[398], sin que sean de apreciar elementos de discrecionalidad en la decisión de las autoridades en el procedimiento, de modo que puede considerarse similar al comportamiento de un acreedor privado, sin que pueda afirmarse que la actuación se ha producido en el marco de las prerrogativas de poder público que corresponden a una autoridad del Estado (concurrencia o no de discrecionalidad en la decisión)[399];

[397] LUCHENA MOZO, G.M.: "La Hacienda Pública en el procedimiento concursal. La aplicación del test del acreedor privado por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE". Ed. Atelier Libros Jurídicos. 2012. Pp. 146ss. Por su parte, otros autores han puesto de manifiesto la necesidad de que en la aplicación del test del acreedor privado se tenga en cuenta la siguiente información: (i) El nivel esperado de retorno del capital, especificado sobre la base del tipo de interés contenido en el crédito o en el contrato de préstamo concedido por una entidad pública; (ii) La fecha media de retorno del capital de una inversión comparable, determinada sobre la base de la investigación de un mercado financiero; (iii) El nivel esperado de riesgo de inversión, que podrá venir acompañado por el riesgo individual asignado a un deudor concreto, su situación financiera, riesgo de una inversión específica, tomando en cuenta el riesgo industrial, los tipos de cambio y las regulaciones legales y fiscales; (iv) El nivel medio de riesgo de inversiones comparables, teniendo en cuenta el riesgo general, el riesgo industrial y el riesgo individual. Vid. ZIMMERMANN, P.: *Prawo upadlosciowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz.* Warsaw. Wydawnictwo Beck. 2016.

[398] Decisión de la Comisión Europea de 31 de enero de 2001 en relación con la ayuda estatal otorgada al grupo Fesa-Enfersa (Fertiberia) (2002/467/CE), notificada con la referencia C (2001) 324, que declara en su Considerando 90: "*No basta con demostrar que se han cumplido los requisitos del principio del acreedor privado. También hay que demostrar que hubo igualdad de trato entre el Estado y los acreedores privados. Por lo tanto, es necesario dar un segundo paso en el análisis para determinar si las cantidades pagadas al Estado a cambio de renunciar a parte de sus créditos son similares a las recibidas por los acreedores privados".*

[399] Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada), de 8 de julio de 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión, T-198/01, apartado 108. A este respecto, también cabe citar la Decisión de la Comisión de 20 abril de 2011, notificada con número C (2011), 2585, que declara que "*los acreedores públicos estaban, en virtud del Protocolo de conciliación de 25 de mayo de 2009, en una posición al menos tan favorable como los acreedores privados de Trèves (los bancos) que accedieron también a reprogramar sus deudas concediendo un préstamo de consolidación. La Comisión expresó entonces sus dudas de que el plan de liquidación de deudas fiscales y sociales respetase el principio del acreedor privado en una economía de mercado*" (apartado 34).

- el ámbito y la naturaleza de las garantías que asisten al acreedor público (incluyendo el derecho de abstención[400]), que le hubieran permitido una recuperación mayor que en el procedimiento de cobro de sus créditos[401]; si las mismas le hubieran permitido sustraerse a un procedimiento colectivo de ejecución;

- si las medidas adoptadas van a resultar eficaces para asegurar la viabilidad de la empresa y la mejora de su situación financiera a medio plazo;

- si la medida permite una mayor recuperación que la previsible atendiendo a la duración del procedimiento concursal[402];

- el acuerdo permite evitar la inseguridad que genera la existencia de un procedimiento judicial[403];

- la comparación entre el importe de lo que se recibiría en virtud de la medida y lo que le correspondería en liquidación[404].

Deben distinguirse dos tipos de supuestos:

- En primer lugar, cuando por parte de la Administración tributaria no se vota a favor del convenio, la quita o espera que pueda afectar al crédito tributario (que, como hemos visto, sería la parte ordinaria o subordinada, no la privilegiada) no es susceptible de integrar el concepto de ayuda de Estado, puesto que se trata, pura y simplemente, del despliegue de los efectos de un convenio respecto de todos los acreedores, de forma general o indiscriminada.

---

[400] Vid. Decisión de la Comisión de 31 de enero de 2001 relativa a la ayuda a favor del grupo Fesa-Enfersa (Fertiberia) (2002/467/CE), considerandos 81 y 88.

[401] Vid. La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, As. T-36/99, Lenzing, apartado 160, señaló que el acreedor público que gozase de garantías adecuadas no estaba obligado a acudir a adoptar medidas de ejecución colectiva.

[402] Sentencia de 17 de mayo de 2011 Buczek Automotive/Comisión, T-1/08, apartado 95: "*En cuarto término, por lo que respecta a otros factores que pueden influir en la elección de un hipotético acreedor privado, el Tribunal aprecia que la Comisión no indica en la Decisión impugnada si contó con estudios o análisis que comparasen la duración del procedimiento de quiebra con la del procedimiento legal de cobro de deudas públicas."*

[403] Decisión de la Comisión, de 26 de mayo de 2010, relativa a la ayuda estatal constituida por un acuerdo fiscal transaccional ejecutada por Bélgica en favor de la sociedad Umicore (Ayuda estatal C 76/03, notificada con el número C (2010) 2538, apartado 99.

[404] En este punto, se ha señalado que, si durante un procedimiento de reestructuración un acreedor público percibe una cantidad mayor que la que correspondería durante un procedimiento de insolvencia, la aceptación de la propuesta de acuerdo implicaría que el acreedor ha actuado como un acreedor privado. El resultado positivo del test del acreedor privado no obliga al acreedor a votar a favor de la conclusión del acuerdo de reestructuración. GERONIM, M.: Promoc publiczna w ustawie 15 maja 2015. *Doradca restrukturyzacyjny*. (3/2016).

- En segundo lugar, cuando se plantea la adhesión al convenio, habiendo señalado la jurisprudencia comunitaria que la aprobación de un convenio en un proceso de insolvencia no implica necesariamente una ayuda estatal. Habría ayuda de Estado si la votación supone una actuación discrecional, que no respete el principio del acreedor privado en una economía de mercado. La eliminación de la discrecionalidad tiene lugar haciendo constar, de forma suficientemente motivada, en el expediente administrativo en qué medida la adhesión al convenio sería la opción más acorde con el test del acreedor privado, comparándolo con las posibles alternativas que se pueden plantear en el procedimiento concursal (apertura de la fase de liquidación concursal, o la posible ejecución separada del crédito).

Así las cosas, se observa que la posición de la Administración Pública ante posibles arreglos de pasivo (concursales y preconcursales) es compleja, pues ha de atender no solamente a la protección de los intereses públicos que ostenta como acreedor, sino a las consecuencias económicas y laborales de sus decisiones (con repercusión también en las arcas públicas), respetando, al tiempo, los límites derivados de la doctrina del acreedor privado, a efectos de evitar que su actuación (o inactividad) pueda considerarse ayuda de Estado, proscrita por el artículo 107.1 TFUE. Estas consideraciones han de estar presentes a la hora de analizar la involucración del acreedor público en las negociaciones de una reestructuración tanto en sede preconcursal como concursal.

V. LA RECUPERACIÓN DE AYUDAS ILEGALES DE UN BENEFICIARIO INSOLVENTE.

Otro de los escenarios en que puede plantearse la confluencia entre el derecho concursal y el régimen de ayudas de Estado viene constituido por el proceso de recuperación de una ayuda cuando el beneficiario insolvente se ve involucrado en un proceso concursal (procedimiento de insolvencia). Esta cuestión en la actualidad figura regulada en la *Comunicación de la Comisión relativa a la recuperación de las ayudas estatales ilegales e incompatibles (2019/C 247/01),* que sintetiza la jurisprudencia existente en la materia[405]

[405] Esencialmente, la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto c-527/2014). La jurisprudencia siempre se ha centrado en el análisis de los elementos que permiten justificar la diligencia necesaria en el cumplimiento de la obligación de recuperación, entendiendo la misma como hacer perder al beneficiario la ventaja de que había disfrutado en el mercado respecto a sus competidores y restablecer la situación anterior a la concesión de dicha ayuda.

y recoge también novedades respecto a la Comunicación anteriormente vigente, denominada «*Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles*» («*Comunicación sobre recuperación de 2007*») (DO C 272 de 15.11.2007).

La Comunicación de 2019 enumera una serie de principios generales. En primer lugar, establece que toda nueva medida de ayuda ejecutada sin notificación a la Comisión o antes de su aprobación es ilegal. Comoquiera que la obligación de suspensión tiene efecto directo, se impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de extraer todas las consecuencias de la ilegalidad de la ayuda. En este sentido, el Estado miembro debe, en principio, poner fin a su ejecución y, en caso de que ya se haya ejecutado, ordenar su devolución a menos que se den circunstancias excepcionales. Ahora bien: la Comisión ha de determinar la incompatibilidad de la ayuda ilegal con el mercado interior antes de ordenar su recuperación.

La Comunicación reconoce que el TFUE no contiene ninguna disposición expresa sobre la recuperación de ayudas estatales, pero el Tribunal de Justicia ha declarado que la recuperación es el corolario necesario de la prohibición general de las ayudas estatales establecida por el artículo 107, apartado 1, del TFUE y que protege la eficacia de la obligación de suspensión consagrada en el artículo 108, apartado 3, del TFUE. De ahí la importancia del establecimiento de una serie de principios y reglas en relación con la obligación de recuperación.

Dentro de los principios generales, contempla el de cooperación leal, la obligación de recuperación y los límites a la obligación de recuperación, incluyendo aquí los principios de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, fuerza de cosa juzgada, así como la imposibilidad absoluta de recuperación y el plazo de prescripción. Destaca la aplicación del derecho nacional y la ejecución inmediata y efectiva de las decisiones de recuperación de la Comisión, detallando las funciones del Estado Miembro y de la Comisión a este respecto.

De manera reiterada la jurisprudencia comunitaria ha declarado que el hecho de que un beneficiario sea insolvente o esté sujeto a un procedimiento de insolvencia no tiene

ningún efecto sobre su obligación de devolver la ayuda ilegal e incompatible [406]. La Comunicación de 2019 regula la aplicación de la decisión de recuperación en el contexto de un procedimiento de insolvencia en el apartado 4.8. En primer lugar, prevé que el beneficiario de una ayuda que no pueda devolverla con los intereses de recuperación adeudados, en principio se entiende que solo sobrevive en el mercado gracias a la ayuda recibida. En consecuencia, el restablecimiento de la situación a su estado anterior exige la efectiva supresión de la ayuda, por lo que el beneficiario debe abandonar el mercado interior. En tal caso, si el beneficiario de la ayuda abandona el mercado, pero una parte o la totalidad de la ventaja se transfiere a un sucesor jurídico y económico, la Comunicación dispone que la obligación de recuperación debe ampliarse a este último.

A tal efecto, se dispone que, para recuperar la ayuda de un beneficiario insolvente, el Estado miembro solo puede proceder a la realización de los activos del beneficiario e instar a su liquidación si no puede reembolsar la ayuda, o adoptar cualquier otra medida que permita recuperarla, de conformidad con lo dispuesto en su legislación nacional. Destaca que la recuperación de la ayuda mediante procedimientos destinados a la liquidación del beneficiario no puede considerarse, en principio, desproporcionada con respecto a los objetivos del TFUE[407], debiendo el Estado miembro ejecutar dicho proceso en su condición de acreedor o accionista, cuando ostente esa posición (lo que es coherente con las exigencias de la prueba del operador privado en una economía de mercado).

La primera exigencia derivada de la obligación de restablecimiento de la situación anterior y eliminación de la distorsión de la competencia generada por la ayuda ilegal es la obligación de registrar la deuda derivada de la obligación de recuperación dentro del

[406] STJUE 14 de septiembre de 1994 en el asunto C42/93, España contra Comisión (Merco) Recopilación 1994, I-4175. Sentencia de 24 de enero de 2013, asunto c-529/09 apartado 103 "*En cuanto a la circunstancia invocada por el Reino de España de que Indosa fue declarada en quiebra, y CMD, que la había sucedido, en concurso de acreedores, y de que la inexistencia de activos hizo imposible la recuperación de las ayudas consideradas, hay que señalar que, cuando las ayudas ilegalmente pagadas deben recuperarse de una empresa en quiebra o sometida a un procedimiento cuyo objeto es proceder a la realización del activo y al pago del pasivo, el Tribunal de Justicia ha juzgado repetidamente que el hecho de que esa empresa se halle en dificultades o en situación concursal no afecta a la obligación de recuperación (véase la sentencia de 11 de diciembre de 2012, Comisión/España, antes citada, apartado 71 y la jurisprudencia citada).*

[407] STJUE 15 de enero de 1986 en el asunto C-52/84 Comisión contra Bélgica.

procedimiento de insolvencia[408]. Tras dicho registro, se dispone que inmediatamente ha de procederse a: la recuperación del importe total o, si la recuperación no puede lograrse, la liquidación de la empresa y el cese definitivo de sus actividades.

Por ello, la primera actuación que ha de efectuarse en el seno del procedimiento de insolvencia es el registro de la ayuda, con los intereses de recuperación devengados hasta el reembolso total o hasta una fecha anterior si, en virtud de la legislación nacional, los intereses dejan de devengarse para todos los acreedores a partir de esa fecha (por ejemplo, la fecha de incoación del procedimiento de insolvencia)[409]. La finalidad de dicho registro es, como indica la Comunicación, neutralizar la ventaja financiera derivada de la disponibilidad de la ayuda. En consecuencia, como la recuperación de los intereses tiene el mismo objeto de la recuperación del principal de la ayuda, la Comunicación indica que los Estados miembros deben registrar el importe del principal de la ayuda y los intereses de recuperación en el mismo orden de prelación de los créditos, lo que, en el caso español, implicará la inaplicación de la norma nacional que clasifica los créditos por intereses como créditos subordinados, como regla general (art. 281.1. 3º TRLC).

La Comunicación de 2019 plantea el escenario en que algunos Estados miembros contemplan en su legislación procedimientos para la reestructuración o la continuación temporal de algunas de las actividades de las empresas insolventes o de todas ellas. En

[408] STJUE 21 de marzo de 1990 en el asunto C-142/87 Comisión Bélgica, apartado 62. *Ésta es, por otra parte, la razón de que la Comisión haya declarado en la vista que el Gobierno belga había cumplido sus obligaciones derivadas del acto impugnado, por lo que toca a la recuperación de la ayuda, dado que, una vez que fue desestimada su demanda de medidas provisionales por el Presidente de este Tribunal deJusticia, el Gobierno del que se trata había pedido que su crédito se incluyera entre los demás créditos ordinarios de Tubemeuse y había interpuesto apelación contra la resolución desestimatoria de esta demanda.* También en Sentencia de 24 de enero de 2013, en el asunto c-529/09, apartado 104, *También según reiterada jurisprudencia, el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de la distorsión de la competencia resultante de las ayudas ilegalmente pagadas pueden, en principio, lograrse mediante la inclusión en la relación de créditos del crédito relativo a la restitución de las ayudas de que se trate (véase la sentencia de 11 de diciembre de 2012, Comisión/España, antes citada, apartado 72 y la jurisprudencia citada).* La STJUE (Sala Segunda) de 13 de noviembre de 2008 en el asunto C 214/07 estableció que cuando una empresa es objeto de un procedimiento colectivo, el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de la distorsión de la competencia resultante de las ayudas ilegalmente pagadas pueden, en principio, lograrse mediante la inscripción en la relación de créditos del crédito relativo a la restitución de las ayudas de que se trata.

[409] Esto es precisamente lo que sucede en Derecho español, en que el artículo 152 del Texto Refundido de la Ley Concursal proclama que desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, exceptuando únicamente de dicha regla general los créditos salariales, que devengarán intereses conforme al interés legal del dinero y los créditos con garantía real, que devengarán los intereses remuneratorios pactados hasta donde alcance el valor de la garantía.

este punto, la Comunicación entiende que la reestructuración o continuación de la actividad no es posible si no se obtiene la íntegra recuperación de la ayuda, pues en este caso procede, como se ha señalado, la liquidación y cese de las actividades del beneficiario de la ayuda. Las autoridades del Estado miembro solamente podrán apoyar el plan que tenga por objeto la continuación de la actividad del deudor cuando el plan garantice la recuperación íntegra de la ayuda en el plazo correspondiente. En este sentido, se insiste en la Comunicación en que el Estado miembro no puede renunciar a la recuperación íntegra de la ayuda si el beneficiario continúa su actividad cuando haya finalizado el plazo de la recuperación. En este sentido, cuando los accionistas de un beneficiario hayan decidido acometer la liquidación societaria de la empresa, incluso bajo control jurisdiccional, se aplicarán los principios expuestos.

La Comunicación proclama que todos los órganos del Estado miembro, incluidos sus órganos jurisdiccionales, deberán inaplicar todas las disposiciones del procedimiento de insolvencia o las normas nacionales que rigen la liquidación voluntaria que, al mantener la ayuda que deba recuperarse a disposición del beneficiario, no garanticen la ejecución inmediata y efectiva de una decisión de recuperación de la Comisión. Asimismo, indica la Comunicación que el Estado miembro deberá impugnar cualquier decisión adoptada por sus órganos jurisdiccionales nacionales que infrinja el Derecho de la Unión Europea. A estos efectos, se considera que un beneficiario de la ayuda ha sido liquidado cuando cesen sus actividades y se vendan sus activos e intereses en condiciones de mercado. En este sentido, se dispone que, sin perjuicio de lo establecido en la normativa nacional, en todo caso, la venta ha de llevarse a cabo mediante un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio, debiendo efectuarse la valoración de los activos por un experto independiente. Para evitar que el tercero adquirente de los activos se vea obligado a reembolsar la ayuda, el Estado miembro debe asegurarse de que no existe continuidad económica.

Se recoge la práctica seguida por la Comisión relativa a los cierres provisional y definitivo de los procedimientos de recuperación, que se aplica a las situaciones en las que una decisión de recuperación ha sido ejecutada provisionalmente por un Estado miembro, pero no puede considerarse ejecutada de forma definitiva debido a: litigios pendientes a escala nacional o de la Unión Europea; procedimientos administrativos nacionales en curso que puedan seguir afectando al cumplimiento de la obligación de recuperación; o

un procedimiento de insolvencia pendiente en el que las deudas en concepto de ayuda estatal se hayan registrado correctamente en el orden de prelación crediticia. Por aplicación del principio de cooperación leal, la Comunicación señala que la Comisión se compromete a comunicar al Estado miembro el cierre provisional del procedimiento de recuperación. Una vez producido el cierre provisional de un procedimiento de recuperación, el Estado miembro en cuestión deberá informar puntualmente a la Comisión y seguir facilitándole información y pruebas, previa solicitud, al menos una vez al año hasta que la Comisión llegue a la conclusión de que el Estado miembro de que se trate ha ejecutado definitivamente la decisión de recuperación.

Por su parte, la Comisión seguirá informando al Estado miembro de su evaluación del estado del procedimiento y comunicará el cierre definitivo del procedimiento de recuperación. Ahora bien: se aclara en la Comunicación que ni el cierre provisional de un procedimiento de recuperación ni el definitivo impiden que la Comisión reanude el control del asunto o reabra el procedimiento, lo que tendrá lugar si se producen nuevos hechos que cambien la situación que llevó a la Comisión al cierre. Se establece además la obligación del órgano jurisdiccional nacional competente de cooperar con la Comisión utilizando los instrumentos de cooperación.

Los Estados miembros gozan de libertad de elección de medios para llevar a cabo la recuperación, si bien deben acreditar que han llevado a cabo todos los trámites necesarios a dicho efecto, aplicando el principio de efectividad. En consecuencia, el cumplimiento de la obligación de recuperación en los procedimientos de insolvencia no exige una obligación de resultado sino de medios, de modo que deben haberse adoptado, en aplicación de su Derecho nacional, todos los procedimientos necesarios para alcanzar esa finalidad. La jurisprudencia[410] ha establecido una serie de matizaciones sobre los medios de recuperación elegidos y deber de recuperación. Ante las dificultades de ejecución de una decisión de la Comisión que ordena la recuperación de una ayuda, debe someter estos problemas a la apreciación de la Comisión, solicitando motivadamente la prórroga del plazo fijado por ésta y proponiendo modificaciones apropiadas en ella, para que la Comisión pueda pronunciarse con una decisión circunstanciada. [411] En el caso de no haberse realizado estos contactos con la Comisión para permitirle cooperar para superar

[410] STJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto c-527/2014).
[411] STJUE (8ª Sala) 12 febrero 2015 (C-37/14, parágrafo 67.

las posibles dificultades encontradas en la ejecución de la Decisión referida y a colaborar en la búsqueda de una solución adecuada, no cabrá invocar tales dificultades ni los medios puestos.

En segundo lugar, en el supuesto de que se acreditara que las reglas de derecho nacional seguidas no permiten conseguir la recuperación efectiva de la ayuda concedida, podría ser necesario, según las circunstancias del caso considerado, dejar inaplicada una regla nacional[412] y recurrir a otras medidas, que no pueden ser excluidas por razones propias del ordenamiento jurídico nacional, sobre la base del principio de primacía del derecho comunitario[413]. Como complemento a estos tres principios, habría que añadir el principio de la debida y necesaria audiencia al beneficiario o afectados, tanto por el derecho nacional como por el ordenamiento de la Unión Europea[414].

En el supuesto de que se interponga algún tipo de recurso bien contra la Decisión bien contra los actos de recuperación adoptados por la Autoridad competente, esta impugnación no debe implicar ningún tipo de merma al principio de efectividad de la obligación de recuperación. En consecuencia, el reconocimiento deberá ser condicional conforme a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley Concursal, pero en ningún caso de carácter contingente[415]. Las medidas cautelares que se puedan adoptar por el Juzgador del concurso también deberán respetar los principios de efectividad, el cual resulta aplicable a las acciones en el plano nacional que tienen por objeto la suspensión del procedimiento de recuperación de una ayuda, ordenada por la Comisión[416]. Esto supone:
- que el tribunal nacional tenga serias dudas acerca de la validez de la medida de la UE y,

[412]Vid. STJUE Comisión/Francia, C-232/05, EU:C:2006:651, apartado 53.

[413] Puede citarse en nuestro derecho el desarrollo normativo efectuado en virtud del art. único.60 de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, que introdujo el Título VII, denominado "*Recuperación de ayudas de Estado que afecten al ámbito tributario"* en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

[414] En este sentido, podemos citar la jurisprudencia del T, recogida a partir de las sentencias de 13 de mayo de 2013, rec. cas. 6165/2011, de 14 de octubre de 2013, rec. cas. 361/2012, de 1 de octubre de 2014 o de 9 de octubre de 2014 (Rec. Cas. 1804/2012). Este principio figura consagrado en el artículo 42.3 de la Ley General de Subvenciones, al indicar que en la tramitación del procedimiento se garantizará, en todo caso, el derecho del interesado a la audiencia.

[415] STJUE (Sala primera) de 5 de octubre de 2006 en el asunto C-232/05 Comisión. Francia.

[416] Como indica la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (apartado 57) las exigencias enunciadas por el Tribunal de Justicia en sus sentencias Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest (C 143/88 y C 92/89, EU:C:1991:65) y Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otras (I) (C 465/93, EU:C:1995:369)

en el supuesto de que no se haya sometido ya al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez de la medida impugnada, la plantee él mismo;
- que exista urgencia, en el sentido de que las medidas cautelares sean necesarias para evitar que la parte que las solicita sufra un perjuicio grave e irreparable;
- que el órgano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la Unión Europea;
- que, en la apreciación de todos estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional respete las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de la Unión sobre la legalidad del acto de la Unión o sobre una demanda de medidas provisionales por la que se soliciten remedios cautelares similares en el ámbito de la Unión. Todo ello supone una importante modulación del régimen ordinario de medidas cautelares por parte de los Tribunales nacionales de lo contencioso-administrativo.

Cuando no se cumplan los requisitos citados, el Estado miembro de que se trate no podrá invocar las medidas cautelares acordadas por los órganos jurisdiccionales nacionales para justificar su incumplimiento de la decisión. En este contexto, corresponde al Estado miembro demostrar que se cumplen todos los requisitos[417]. Por el contrario, el Tribunal de Justicia ha señalado en varias sentencias recientes que una de las misiones atribuidas a los tribunales nacionales en el ámbito del control de las ayudas estatales es precisamente la de adoptar las medidas adecuadas para subsanar la ilegalidad de la ejecución de las ayudas, con el fin de que el beneficiario no conserve la libre disposición de éstas por el tiempo que quede hasta la decisión de la Comisión. [418]

[417] Vid. STJUE de 17 de septiembre de 2015, Comisión/Italia («Venecia y Chioggia II»), C-367/14, ECLI:EU:C:2015:611, apartado 50.
[418] STJUE de 21 de noviembre de 2013, Deutsche Lufthansa (C 284/12), apartado 31 y jurisprudencia citada: *Por consiguiente, el objeto de la misión de los órganos jurisdiccionales es adoptar las medidas adecuadas para subsanar la ilegalidad de la ejecución de las ayudas, con el fin de que el beneficiario no conserve la libre disposición de éstas por el tiempo que quede hasta la decisión de la Comisión (sentencia de 11 de marzo de 2010, CELF y Ministre de la Culture et de la Communication, C-1/09, Rec. p. I-2099, apartado 30*).

VII. RÉGIMEN TEMPORAL DE AYUDAS DE ESTADO: CRISIS ECONÓMICAS.

1. La aplicación del régimen de ayudas de estado en el contexto de la crisis financiera de 2008.

La finalidad del artículo 107 TFUE es garantizar el mantenimiento de condiciones equitativas de competencia en el mercado, de forma que las empresas puedan concurrir minimizando o eliminando la intervención financiera de los poderes públicos. Históricamente, la Comisión Europea, en cuanto que institución responsable de la fijación y ejecución de la política europea de la competencia, ha establecido como objetivo la reducción por parte de los Estados miembros de los niveles globales de ayudas y canalizar las imprescindibles hacia objetivos de interés común[419]. En esta dirección se enmarcan las normas dictadas con relación a las ayudas estatales que sean declaradas ilegales e incompatibles con el mercado interior, de modo que se produzca una asignación eficiente de los recursos públicos, protegiendo y fomentando la competitividad de la economía europea en su conjunto[420].

No obstante, sin abandonar este objetivo, la coyuntura económica ha obligado a la Comisión Europea en estos últimos tiempos a adoptar medidas para flexibilizar el marco de ayudas estatales para atender la demanda de empresas con problemas de solvencia, por diferentes causas. Primero, fue la crisis financiera de 2008, comenzando en el sector bancario, hizo necesaria la intervención para inyectar liquidez al sistema financiero, al objeto de restablecer la confianza de los operadores económicos para garantizar la

[419] Sobre este particular, puede examinarse el Marcador de Ayudas de Estado de la Unión Europea anual, el cual ofrece un análisis exhaustivo del gasto de la UE en concepto de ayudas estatales sobre la base de los informes presentados por los Estados miembros. La Comisión viene aplicando desde mayo de 2012 un ambicioso programa de reforma de las ayudas estatales («*Modernización de las ayudas estatales*») con tres objetivos estrechamente relacionados entre sí:

- impulsar el crecimiento en un mercado interior reforzado, dinámico y competitivo;
- centrar el control del cumplimiento en los asuntos con mayor incidencia en el mercado interior; y
- racionalizar las normas y acelerar la adopción de decisiones.

El ejercicio de modernización de las ayudas estatales ha permitido a los Estados miembros aplicar con celeridad las ayudas estatales que impulsan las inversiones, el crecimiento económico y la creación de empleo, permitiendo que la Comisión centre su actividad de control de las ayudas estatales en los asuntos con mayor riesgo de falsear la competencia.

[420] Vid. en relación con los objetivos del régimen de ayudas de Estado, SINNAEVE, A.: "State aid control: objectives and procedures", en "*Understanding State Aid Policy in the European Community",* NICOLAIDES, P., BILAL, S. (eds.), Institute Européene d´Administration publique, 1999.

actividad habitual bancaria y evitar que se desencadenara una crisis que llegara a la economía real.

En este contexto, la Comisión Europea en su día declaró que el régimen europeo de ayudas de Estado no podía constituir parte del problema, sino que debía contribuir a aportar una solución con la finalidad de coadyuvar al objetivo de la estabilidad financiera[421]. Por este motivo, se desarrolló un marco que habría de servir de orientación para los Estados miembros fijando la base jurídica de la compatibilidad del régimen de Ayudas de Estado con el mercado interior, habilitándoles a adoptar medidas en el sector financiero, incluyendo los principios rectores de la concesión de ayudas minimizando las distorsiones a la competencia. Un elemento relevante de este marco jurídico ha sido la admisión de medidas en favor de las instituciones financieras, no vinculadas directamente a consumidores, pues se orientan hacia la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, lo que implica una derogación (temporal) del objetivo de la asignación eficiente de recursos en el mercado.

En un primer momento, cabe recordar que la Comisión Europea optó por recurrir a las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración ante los primeros casos de insolvencia de entidades financieras, como fueron los bancos Northern Rock, WestLB, Sacasen LB, Roskilde Bank A/S, Bradford&Bingley y Hypo Real Estate Holding AG. El problema que se planteó es que estas medidas, consistentes en planes de ayudas individuales, no podían ser declarados compatibles con el mercado común a tenor de lo establecido en las propias Directrices. De este modo, la Comisión decidió acudir a otra base jurídica más amplia, en concreto, la prevista en el artículo 107, apartado 3, letra b) del TFUE, que dispone que "*podrán ser declaradas compatibles con el mercado común las ayudas dirigidas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un estado miembro".* Al amparo de esta disposición, se han aprobado por la Comisión sendos instrumentos jurídicos que han constituido el marco de orientación y evaluación de las ayudas adoptadas en favor de las instituciones financieras, constituidas por la Comunicación Bancaria, la Comunicación Recapitalización, la Comunicación Tratamiento de Activos deteriorados y la Comunicación Reestructuración.

[421] KROES, N.: "Dealing with the current financial crisis", discurso de 6 de octubre de 2008 ante el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, disponible en http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/948.

Esta era la primera vez que la Comisión Europea decidía utilizar esta base jurídica del TFUE para declarar la compatibilidad del mercado común de medidas públicas de ayudas de Estado, ya que solamente se había utilizado en una ocasión anterior durante la crisis de los años 70 y en un caso de perturbación de la economía en Grecia en el año 1986. De hecho, la Decisión de la Comisión en relación con Northern Rock en diciembre de 2007 se rechazó la utilización de esta base normativa para declarar la compatibilidad de las medidas con el mercado interior. Es importante destacar que este cambio ha venido justificado en la existencia de un efectivo riesgo sistémico que es susceptible de extenderse al sistema financiero y a la economía en su conjunto, debiendo considerarse como una excepción y, por ende, de interpretación restrictiva, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[422].

Importa aquí destacar que este cambio de criterio de la Comisión Europea no estuvo exento de críticas, pues se consideró que suponía un retroceso en la política de competencia aplicable a la situación de empresas en dificultades financieras, amén de implicar un trato de favor hacia el sector financiero que no había sido aplicado a otros sectores, como en la reestructuración del sector naval[423]. Sin embargo, se ha explicado por la Comisión en que el sistema de ayudas desplegado no constituye un instrumento que deba ser analizado de forma individual, sino que tiene como finalidad la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, preservando el flujo del crédito a la economía real[424].

La configuración de las medidas se inspira en los principios aplicables a las Directrices sobre ayudas de Salvamento y Reestructuración, si bien es cierto que la base jurídica utilizada permite una adaptación con mayor flexibilidad. Las ventajas que presenta la utilización del artículo 107, apartado 3, letra b) TFUE son, en primer lugar, que la aplicación de esta base jurídica no exige la adopción de medidas tan rígidas como las previstas en las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración; en segundo lugar, también permite acordar ayudas a acreedores de las instituciones financieras; y, en

[422] STPI de 15 de diciembre de 1999, *Reichstaat Sachsen and Volkswagen AG vs Comisión*, T-132/96 y T-143/96, p.II-3663.

[423] SIGNES DE MESA, J.I.: "Derecho de la Competencia y Crisis económica. El régimen de ayudas públicas y de concentraciones en el sector financiero". Ed. Thomson Reuters, Aranzadi. Enero 2013. Pp.54 ss.

[424] Comunicación Recapitalización, p.3:" *(...) en algunos Estados miembros el objetivo principal de la recapitalización de los bancos no es tanto proceder a un rescate sino garantizar la concesión de préstamos a la economía real".*

tercer lugar, el ámbito temporal es más flexible que el previsto en las Directrices[425]. Con todo, es preciso destacar que ello no ha hecho que la Comisión haya perdido de vista el objetivo de preservar la competencia efectiva de los mercados, aun poniendo esencialmente el foco en la estabilidad financiera[426].

En 2008 la Comisión Europea aprobó la *Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial* (DO C 270, de 25.10.2008), la cual fue objeto de sucesivas revisiones y completada mediante comunicaciones específicas, conformando lo que se ha venido en denominar "*Paquete Bancario*" [427] . Los principios que han sido fijados por la Comisión Europea en la aplicación de este régimen de ayudas son los siguientes[428]:

- *Principio de necesidad*. La medida consistente en la concesión de una ayuda de Estado ha de resultar necesaria para asegurar la viabilidad de la institución financiera.

- *Principio de proporcionalidad.* La medida no ha de exceder de lo estrictamente necesario para el objetivo pretendido.

[425] Comunicación Bancaria, p.10.
[426] Comunicación Recapitalización, p.11.
[427] Estas comunicaciones pueden ser consultadas en la web de la DGCOMP: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html. Con todo, debe citarse como precedentes con relación al sector bancario la Decisión dictada por la CE en el caso Crédit Lyonnais de 1995 (Decisión de la CE de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba la ayuda concedida por Francia al Banco Crédit Lyonnais (DO L 308 de 21.12.1995), que ya incluía un apartado relativo a la "*Aplicación a los bancos de las normas sobre ayudas de Estado".* Sobre esta cuestión, vid. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A.: "Las entidades de crédito ante el control comunitario de ayudas de Estado", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº69, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1998, pp 81-124; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A.: "Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Crédit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº117, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2010, pp. 161-190.
[428] Comunicación Bancaria, p.15. Vid. EUROPEAN COMMISSION. "The effects of temporary State aid rules adopted in the context of the financial and economic crisis". Pp. 25-26. SIGNES DE MESA, J.I., op.cit. Pp.62-63. Por su parte, las conclusiones del Consejo de Economía y Finanzas (Ecofin) de 7 de octubre de 2008 enumeraron los siguientes principios:
— las intervenciones deberán ser oportunas y la ayuda debe ser en principio temporal,
— los Estados miembros se mantendrán vigilantes por lo que respecta a los intereses de los contribuyentes,
— los accionistas deberán soportar las consecuencias de la intervención,
— los Estados miembros deberán estar en condiciones de realizar un cambio de la dirección,
— la dirección no deberá retener beneficios indebidos,
— los Gobiernos tendrán, entre otras cosas, poder para intervenir en la remuneración,
— el interés legítimo de los competidores debe protegerse, en especial a través de las normas sobre ayudas estatales,
— deben evitarse las repercusiones negativas.

- *Principio de no discriminación.* La concesión de las ayudas no puede establecer distinciones por razón de la nacionalidad.

- *Principio "behavioural constraints".* Este principio supone el establecimiento de limitaciones en la utilización de los fondos públicos por parte de la entidad financiera.

-*Principio "burden-sharing".* La ayuda ha de ir seguida de una aportación realizada por el beneficiario tendente a la cobertura de una parte relevante de su coste, como una dilución del capital, establecimiento de limitaciones en el dividendo o en el bonus y stock options.

- *Principio de reestructuración*. Este principio tiene por objeto garantizar la viabilidad de las instituciones financieras en el largo plazo.

En la Comunicación citada supra, se esbozaban igualmente las líneas generales del nuevo marco de ayudas, distinguiendo los siguientes aspectos:

-*Garantías que cubren las responsabilidades de las entidades financieras:* en este punto, la Comunicación permite que, en el contexto de una crisis sistémica, las garantías generales que protegen los depósitos de los particulares (y la deuda de los clientes al por menor) puedan ser un componente legítimo de la respuesta de los gobiernos. En cuanto a las garantías que exceden de los depósitos de los particulares, la selección de los tipos de deuda y obligaciones cubiertos debe restringirse a lo que se considere necesario. Deben igualmente incluirse las medidas de ajuste necesarias para el sector en su conjunto y/o por la reestructuración o liquidación de beneficiarios individuales, sobre todo para aquéllos para los que deba recurrirse a la garantía.

-*Recapitalización de las entidades financieras*: se prevé proporcionar fondos públicos para reforzar directamente la base de capital de las instituciones financieras, o facilitar la inyección de capital privado por otros medios, con la finalidad de soslayar repercusiones sistémicas negativas. La recapitalización está igualmente sujeta a los principios referidos supra.

-*Liquidación controlada de las entidades financieras*: la Comunicación prevé que se deba dedicar especial atención a la necesidad de minimizar el riesgo moral, especialmente mediante la exclusión de accionistas y en alguna manera de ciertos tipos de acreedores del beneficio de cualquier ayuda en el contexto de un procedimiento de liquidación controlado. En todo caso, para garantizar que no se concede ayuda a los compradores de

la institución financiera o de partes de esta, o a las entidades vendidas, deben cumplirse determinadas condiciones de venta:

— el proceso de venta deberá ser abierto y no discriminatorio,

— la venta deberá realizarse en condiciones de mercado,

— la institución financiera o el Gobierno, dependiendo de la estructura escogida, deberá maximizar el precio de venta de los activos y pasivos en cuestión,

— en caso de que sea necesario conceder una ayuda a la actividad económica que deba venderse, se efectuará una evaluación individual con arreglo a los principios establecidos en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales sobre salvamento y reestructuración.

-*Concesión de otras formas de ayuda a la liquidez:* La Comisión en la Comunicación indica que en determinados casos la concesión de fondos del banco central a la institución financiera puede no constituir ayuda si se cumplen varias condiciones, por ejemplo:

— la institución financiera es solvente en el momento de la concesión de liquidez y esta última no forma parte de un paquete de ayuda más amplio,

— la facilidad es objeto de una garantía integral a la que se aplican recortes en la valoración, en función de su calidad y valor de mercado,

— el banco central cobra al beneficiario un tipo de interés penalizador,

— la medida se toma por iniciativa del propio banco central, y no está respaldada por ninguna contragarantía del Estado.

- *Tratamiento rápido de las investigaciones en materia de ayudas estatales:* la Comunicación establece la obligación de los Estados miembros de informar a la Comisión de sus intenciones y de los planes para introducir tales medidas de la forma más completa posible, siempre antes de que se aplique la medida. La Comisión posibilita una adopción rápida de decisiones tras la notificación completa de las medidas, en caso necesario en el plazo de 24 horas y durante un fin de semana.

Cabe distinguir las siguientes fases en el control de ayudas de Estado en el sector financiero durante la crisis financiera[429]:

- *Comunicación de 13 de octubre de 2008 (Garantías y Ayudas a la liquidación):* se trata de la Comunicación previamente citada, referida específicamente a los citados instrumentos, si bien sus principios son aplicables a otros (como las recapitalizaciones).
- *Comunicación de 5 de diciembre de 2008 (Recapitalizaciones):* Si bien la Comunicación anterior ya recogía previsiones específicas sobre recapitalizaciones, los Estados miembros solicitaron que se dictaran unas nuevas pautas en relación con el instrumento de la recapitalización. En ella se recogen y sistematizan los principios que han de presidir la remuneración por las inyecciones de capital realizadas por los Estados miembros en favor de las instituciones financieras para reflejar adecuadamente el precio que un mercado en condiciones normales pudiera requerir por tal ayuda.
- *Comunicación de 25 de julio de 2008 (Tratamiento de activos deteriorados):* Se trata de medidas adoptadas ante el empeoramiento de los mercados de crédito interbancario sobre los activos denominados *"tóxicos*", para favorecer el rescate de activos depreciados que desequilibran las cuentas de los bancos. Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales ya vistos, deben reseñarse principios específicamente aplicables a este tipo de medidas[430]: obligación de

[429] Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial («*Comunicación bancaria de 2008*») (DO C 270 de 25.10.2008, p. 8;) Comunicación de la Comisión — La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia («*Comunicación de recapitalización*») (DO C 10 de 15.1.2009, p. 2); Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario («*Comunicación sobre activos deteriorados*») (DO C 72 de 26.3.2009, p. 1); Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales («*Comunicación de reestructuración*») (DO C 195 de 19.8.2009, p. 9); Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera («*Comunicación prorrogativa de 2010»)* (DO C 329 de 7.12.2010, p. 7) y Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de enero de 2012, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera («*Comunicación prorrogativa de 2011*») (DO C 356 de 6.12.2011, p. 7); Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («*Comunicación bancaria*») (DO C 216/1, 30.07.2013).

[430] SIGNES DE MESA, J.I., op.cit. Pp. 90-91.

transparencia y revelación plena de activos deteriorados por parte del banco; necesidad de valorar los activos en términos reales; adecuada distribución de costes entre accionistas y los acreedores; adecuada remuneración al Estado; la gestión de activos ha de realizarse de forma separada respecto de activos ordinarios; obligación de notificar a la Comisión la metodología de valoración; el plazo para participar en el programa no puede superar los seis meses.

- *Comunicación de 23 de julio de 2009 (Reestructuración):* En ella se concretan las características que ha de reunir un plan de reestructuración, o un plan de viabilidad, dentro del marco del artículo 107, apartado 3, letra b) del TFUE. Se recogen las instituciones financieras que han de presentar un plan de reestructuración, la iniciativa para su presentación, medidas para limitar las distorsiones a la competencia, etc.

Este marco jurídico adoptado por la Comisión Europea de carácter sectorial ha servido de precedente para la adopción de medidas para paliar la crisis económica derivada de la pandemia provocada por el virus COVID-19 y el más reciente provocado por la invasión rusa de Ucrania, como veremos, aunque presentan todos ellos importantes diferencias.

2. El Marco europeo de ayudas de estado ante la crisis del Covid-19.

2.1. Consideraciones generales.

La crisis sanitaria provocada por la pandemia del virus COVID-19 provocó, como es sobradamente conocido, una crisis económica de alcance global y mundial. La respuesta de las economías fue contundente, en el sentido de que todos los países adoptaron medidas para paliar los efectos económicos de la crisis sanitaria para contrarrestar los efectos devastadores que sobre la economía (financiera y real) generaron las medidas de confinamiento adoptadas precisamente para contener la expansión del virus. La Unión Europea estableció un marco de reglas excepcionales que tuvieron por finalidad la admisión de una flexibilización de las reglas aplicables al régimen de ayudas estatales para que los Estados miembros pudieran poner en marcha aquellas medidas que considerasen más ajustadas a su tejido productivo. En segundo lugar, también se pusieron a disposición de los Estados miembros los recursos financieros excepcionales articulados para reforzar la recuperación (denominados *Next Generation*). En tercer lugar, se previó la posibilidad de que la Comisión examinase las subvenciones o ayudas públicas de

terceros países que incidieran en el funcionamiento del mercado único europeo (*foreign subsidies*). La primera de las medidas se articuló mediante la adopción de instrumentos de "*soft law*" mientras que la segunda y tercera se puso en marcha a través de normas jurídicas de carácter específico, en concreto, reglamentos.

Debe destacarse que, a diferencia de lo que sucedió en la crisis financiera de 2008, en este caso la Comisión Europea ha optado por establecer un marco temporal mediante una Comunicación que posteriormente ha ido modificando, adaptándolo a lo que las circunstancias iban exigiendo, dado que la incertidumbre ha sido la nota que ha presidido la crisis sanitaria derivada del COVID-19. Así, se aprobó en su versión inicial la Comunicación de la Comisión Europea denominada "*Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19*"[431]. Existe una versión consolidada del mismo que ha recogido la totalidad de las revisiones que se fueron produciendo en su texto (hasta seis), desde su aprobación en su versión inicial de 19 de marzo de 2020[432].

La Comisión ha hecho uso de las facultades que le atribuyen los Tratados, en los apartados 2 y 3 del artículo 107 TFUE, sobre la base del margen de apreciación que le atribuye la noción de ayuda estatal contenida en las Medidas de carácter general, así como en el Reglamento General de exenciones por categorías (GBER) y en los Reglamentos de minimis. Asimismo, también se ha utilizado la base jurídica del artículo 107.2 letra b) ("*ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional*"), así como las previstas en el artículo 107, apartado 3, letra b) ("*ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*") y en el artículo 107.3.c) del TFUE ("*las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común*"). El Marco Temporal Europeo habilitaba a los Estados

[431] Comunicación de la Comisión Sexta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación del anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo (DO C 473/1, 24.11.2021).

[432] La versión consolidada no oficial se encuentra en la dirección: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_es_pdf

miembros a la adopción de medidas a su amparo, procediendo éstos a notificar los esquemas de ayuda utilizados, que posteriormente serían aprobados por la Comisión Europea mediante las correspondientes decisiones[433]. Las medidas no podrían comenzar a ejecutarse hasta que la Comisión Europea no autorizase el régimen notificado.

El 18 de noviembre de 2021, en la sexta y última modificación, la Comisión prorrogó el Marco temporal relativo a la COVID-19 hasta el 30 de junio de 2022 e introdujo dos nuevas medidas para crear incentivos directos para la inversión privada prospectiva y las medidas de apoyo a la solvencia, por un período limitado adicional. De este modo, se dispuso que los Estados miembros podrían utilizar todos los elementos del Marco temporal hasta el 30 de junio de 2022. Después de esa fecha, los Estados miembros podrían convertir los préstamos en importes limitados de ayuda en forma de subvenciones directas, aplicando las condiciones del Marco temporal y si así lo habían previsto sus regímenes nacionales. Esa conversión podría utilizarse en condiciones estrictas para cancelar préstamos o partes de ellos en beneficio de prestatarios que no estuvieran en condiciones de reembolsar.

Además, los Estados miembros también podrían disponer de sistemas que permitiesen reestructurar los préstamos, por ejemplo, ampliando su duración o reduciendo los tipos de interés aplicables, dentro de límites específicos[434]. Además, las ayudas a la inversión

[433]El Marco Temporal enumera las medidas que la Comisión podría considerar como compatibles siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos:
-Importes limitados de ayudas (puntos 21 a 23 Ter)
-Garantías de préstamos (puntos 24 a 25 bis)
-Garantías préstamos canalizados a través de entidades financieras (puntos 20 a 31)
-Seguros de crédito a la exportación a corto plazo (puntos 32 y 33)
-Inversiones en investigación y desarrollo relacionado con el COVID-19 (puntos 34 y 35)
-Inversiones en infraestructuras de ensayo y ampliación de escala (puntos 35 y 37)
-Inversiones para la producción de productos relacionados con la COVID-19 (puntos 38-39)
-Aplazamientos de pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social (puntos 40 y 41)
-Subsidios salariales durante el brote de COVID-19 (puntos 42 a 43bis)
-Medidas de recapitalización (puntos 44 a 85).
-Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos (punto 87)
-Apoyo a la inversión hacia una recuperación sostenible (puntos 88 a 97)
-Apoyo a la solvencia (puntos 98 a 102).

[434] Vid. el documento publicado por la DG Competition, denominado "*Non-paper Liquidity support and other possibilities to support undertakings under the COVID-19 Temporary Framework beyond 30 june 2022*" (update): https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-06/non-paper_coronavirus_restructuring_possibilities_post_june%202022.pdf . Esta nota ha servido de base para la aprobación de la Resolución de 27 de junio de 2022, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022, por el que se instruye al Instituto de Crédito Oficial para habilitar la extensión del vencimiento de los avales liberados al amparo del artículo 29 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y del artículo 1 del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio.

para una recuperación sostenible serán posibles hasta el 31 de diciembre de 2022 y las ayudas a la solvencia, hasta el 31 de diciembre de 2023[435].

Las medidas generalmente utilizadas han sido garantías, recapitalizaciones y tratamiento de activos depreciados. En lo que se refiere a las garantías y recapitalizaciones, se ha considerado que son ayudas de Estado solamente en la medida en que minoran las cargas económicas que pesan sobre el presupuesto de una empresa[436]. La Comunicación de la Comisión de 20 de junio de 2008 (que sigue hoy vigente) se ocupa específicamente de las mismas, indicando que el elemento de la ventaja económica deriva de que el Estado asume el riesgo vinculado a la garantía. En consecuencia, se entiende que la asunción del riesgo debe ser objeto de compensación conforme a condiciones de mercado, pues en caso contrario estaremos ante una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE. En todo caso, conviene destacar que la ayuda estatal existe desde el momento en que se concede la garantía, aun cuando no se haya producido su ejecución y no haya habido ningún pago a cargo del Estado[437].

La práctica reiterada de la Comisión, confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha venido sosteniendo que una inyección de capital o recapitalización debe ser conceptuada como una ayuda de Estado si no cumple con el criterio de inversor privado en una economía de mercado. De este modo, de acuerdo con

---

En efecto, en dicho Acuerdo de Consejo de Ministros se hacía referencia a que la Comisión Europea, el 12 de mayo de 2022, había comunicado su intención de no prorrogar la vigencia del Marco Temporal Europeo. Para la mayor parte de las medidas en él recogidas, entre otras las ayudas de importe limitado de la Sección 3.1 y las garantías sobre préstamos de la sección 3.2, eso significaba que el Marco Temporal ya no será aplicable a partir del 30 de junio de 2022. Se consideró necesario introducir, para los avales otorgados al amparo de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 de julio, la posibilidad de llevar a cabo extensiones de plazo de las garantías una vez haya expirado el Marco Temporal Europeo, con el fin de evitar restricciones innecesarias que dificulten la reestructuración de los préstamos y otras operaciones de financiación que cuentan con avales otorgados al amparo de los Reales Decretos-leyes citados, si los beneficiarios finales, en su calidad de deudores, experimentan dificultades una vez que el Marco Temporal Europeo haya expirado el 30 de junio de 2022 y el intermediario financiero desea extender el vencimiento del préstamo u operación de financiación garantizada de conformidad con sus procedimientos y procesos internos estándar. A tal efecto, se indicaba que "*En la nota explicativa publicada por la Comisión Europea el pasado 12 de mayo con ocasión del anuncio de su intención de no prorrogar el Marco Temporal Europeo, la Comisión aclara que, cuando se cumplen estas condiciones, no se deja capacidad de decisión al Estado acerca de la extensión de la garantía, la extensión no se considera nueva ayuda y puede, por tanto, ser implementada después de las fechas especificadas en el Marco Temporal Europeo.*"

[435] Un análisis concreto de las medidas adoptadas por el Reino de España bajo el Marco Temporal se recoge en el Capítulo IV, al que nos remitimos.

[436] Vid. STJUE de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92; STJUE de 8 de noviembre de 2022, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer&Peggauer Zementwerke C-143/99; STJUE de 22 de noviembre de 2001, Ferring, C-53/00.

[437] Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 TFUE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (DO C-155).

la Comunicación de la Comisión de 19 de julio de 2016, para determinar si la inversión de un organismo público constituye ayuda estatal, se ha de apreciar si, en circunstancias similares, un inversor privado de un tamaño comparable que opere en condiciones normales de una economía de mercado podría haber sido inducido a realizar la inversión en cuestión[438]. El artículo 107 TFUE resulta de aplicación a las ayudas concedidas por un Estado o con fondos estatales, bajo cualquier forma. Por lo tanto, no existe ninguna diferencia a estos efectos entre las ayudas concedidas en forma de préstamos y ayudas concedidas en forma de una participación en el capital de una empresa, pues ambas modalidades entran en el ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE[439].

Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria ha tenido también ocasión de precisar que un organismo público que concede préstamos a una empresa en dificultades no puede ser equiparado a un inversor privado[440]. Además, también ha indicado que la conversión de un préstamo en equity que incluya una renuncia al repago de una deuda irrecuperable no implica per se una ventaja económica en forma de transferencia de fondos públicos[441].

Otra precisión relevante a este respecto realizada por la jurisprudencia ha sido la relativa a que la renuncia formulada por un consorcio de bancos de partes de sus créditos y la nueva periodificación de las sumas restantes debidas sujetas a la provisión de garantías que incluyen la aprobación de la Comisión de las inyecciones de capital notificadas no comprende elementos de ayuda de Estado cuando se detecta que, en caso de insolvencia de la empresa en cuestión, los bancos podían perder una cantidad todavía mayor de sus créditos, a falta de veto de los bancos privados, que representaban un tercio de los

[438] En este sentido, se cita en la Comunicación la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión («Tubemeuse»), C-142/87, ECLI:EU: C:1990:125, apartado 29; sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión («Alfa Romeo»), C-305/89, ECLI: EU:C:1991:142, apartados 18 y 19; sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 1998, Cityflyer Express/Comisión, T-16/96, ECLI: EU:T:1998:78, apartado 51; sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke/ Comisión, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96, ECLI:EU:T:1999:7, apartado 104; sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión, asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57.
A ellas cabe añadir las STJUE Italy and SIM 2 Multimedia/Comisión, de 8 de mayo de 2003, C-328/99 y 399/00, EU:C:2003:252; STJUE EDF/Comisión de 5 de diciembre de 2009, T-156/04, EU: T:2009:505; STJUE Corsica Ferries Francia/Comisión de 11 de septiembre de 2012, EU: T: 2012:415; STJUE P and C-536/2012, SNCM y Francia/Corsica Ferries Francia de 4 de septiembre de 2014, EU:C:2014: 2142; STJUE FIH Holding and FIH Erhvervsbank de 15 de septiembre de 2016, EU:T:2016:474.
[439] STJUE Intermills/Comisión de 14 de noviembre de 1984, C-323/82 EU:C:1984:345; STJUE Bélgica/Comisión (Meura), 10 de julio de 1986, C-234/84 EU:C:1986:302.
[440] STJUE Bélgica/Comisión de 3 de julio de 2003, C-457/00, EU:C:2003:387.
[441] STJUE Kneissl/Dachstein/Comisión de 6 de octubre de 1999, T-110/97, EU:T:1999:244; STJUE Salomon/Comisión de 6 de octubre de 1999, T-123/97, EU:T:1999/245.

miembros del consorcio bancario. Considera el Tribunal que no se había probado que la renuncia de los bancos fuera asimilable a una ayuda de Estado.[442].

La tercera modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del brote de COVID-19 (2020/C 218/03) estableció los criterios con arreglo a las normas sobre ayudas estatales de la UE en virtud de los cuales los Estados miembros podían aportar apoyo público en forma de instrumentos de capital y/o de instrumentos híbridos de capital a las empresas que atraviesan dificultades financieras debido a la pandemia de COVID-19. En este sentido, recordó la Comisión que el TFUE es neutral en lo que respecta a la propiedad pública frente a la propiedad privada (artículo 345 del TFUE). Las condiciones aplicables a las empresas que son, total o parcialmente, propiedad del Estado para obtener capital de accionistas públicos y privados deben adaptarse a las condiciones aplicables a las empresas privadas, manteniendo al mismo tiempo las mismas salvaguardias para preservar la competencia efectiva con los ajustes adecuados. En particular, se precisaba que, habida cuenta de la necesidad de limitar la ayuda estatal al mínimo necesario, las condiciones deben fomentar las aportaciones de capital con una participación privada considerable. Estas modificaciones estaban destinadas a surtir efecto a partir del 29 de junio de 2020 y en principio estarían vigentes hasta el 31 de diciembre de 2021 (si bien posteriormente fue prorrogado hasta el 30 de junio de 2022).

El objetivo del Marco Temporal fue garantizar que la perturbación de la economía no tuviera como resultado la salida innecesaria del mercado de empresas que eran viables antes del brote de COVID-19. Por tanto, las recapitalizaciones no debían superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, ni exceder del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario a la situación anterior al brote de COVID-19. Las grandes empresas debían informar de cómo apoya sus actividades la ayuda recibida, en consonancia con los objetivos de la UE y las obligaciones nacionales vinculadas a la transformación ecológica y digital, incluido el objetivo de la UE de neutralidad climática para 2050. Así, la Comisión destacó que solo debía contemplarse aportar apoyo público nacional en forma de instrumentos de capital y/o de instrumentos híbridos de capital como parte de regímenes, o en casos individuales específicos, si no podía encontrarse otra solución adecuada. Por otra parte, la emisión de tales instrumentos

[442] STJUE Salomon/Comisión de 6 de octubre de 1999, T-123/97, EU: T:1999/245.

debía estar sujeta a condiciones estrictas, ya que se entendía que falseaban considerablemente la competencia entre empresas. Estas intervenciones debían, por tanto, estar supeditadas a unas condiciones claras respecto a la entrada, la remuneración y la salida del Estado del capital de las empresas afectadas, a unas disposiciones en materia de gobernanza y a la adopción de unas medidas adecuadas para limitar falseamientos de la competencia[443].

2.2. Análisis particular de las medidas de recapitalización de empresas.

Las siguientes condiciones se aplicarán a los regímenes de recapitalización y a las medidas individuales de recapitalización de los Estados miembros para las empresas no financieras que no entran en el ámbito de aplicación de la sección 3.1 de la presente Comunicación. Se aplican a las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 para grandes empresas y pymes. Las condiciones también se aplicarán a los instrumentos de deuda subordinada que superen los dos límites máximos contemplados en el punto 27 bis, incisos i) y ii), de la sección 3.3 de la presente Comunicación.

A) Condiciones de elegibilidad y entrada

Las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 debían cumplir las siguientes condiciones:

- sin la intervención estatal, el beneficiario cesaría en su actividad o tendría graves dificultades para mantenerse en funcionamiento. Estas dificultades podrán demostrarse por el deterioro, en particular, del coeficiente deuda/capital del beneficiario o por indicadores similares;

- la intervención responde al interés común. Este interés común puede referirse a evitar problemas sociales y deficiencias del mercado debido a una pérdida significativa de empleo, la salida de una empresa innovadora, la salida de una empresa de importancia sistémica, el riesgo de perturbación de un servicio importante, o situaciones similares debidamente fundamentadas por el Estado miembro en cuestión;

- el beneficiario no puede conseguir financiación en los mercados en condiciones asequibles y las medidas horizontales existentes en el Estado miembro en cuestión para cubrir las necesidades de liquidez son insuficientes para garantizar su viabilidad; y

[443] Puntos 44 y 45 del Marco Temporal.

- el beneficiario no es una empresa que ya estaba en crisis el 31 de diciembre de 2019 (a tenor del Reglamento General de Exención por Categorías);

Como excepción a lo anterior, se podrían conceder ayudas a microempresas o pequeñas empresas (en el sentido del anexo I del Reglamento General de Exención por Categorías) que ya estuvieran en crisis el 31 de diciembre de 2019 siempre y cuando no se encontrasen inmersas en un procedimiento concursal con arreglo a su Derecho nacional y no hubieran recibido una ayuda de salvamento o de reestructuración[444].

Los Estados miembros solo concederían medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 en virtud de un régimen de ayudas aprobado por la Comisión después de que las futuras empresas beneficiarias hubieran presentado una solicitud por escrito de dicha ayuda. En cuanto a las ayudas notificables individualmente, los Estados miembros presentarían pruebas de esta solicitud por escrito como parte de la notificación a la Comisión de la medida de ayuda individual[445]. Al aprobar un régimen, la Comisión solicita una notificación separada de las ayudas individuales que superen el umbral de 250 millones EUR. En relación con estas notificaciones, la Comisión debía evaluar si la financiación en el mercado o las medidas horizontales existentes para cubrir las necesidades de liquidez son insuficientes para garantizar la viabilidad del beneficiario; que los instrumentos de recapitalización elegidos y las condiciones a las que están supeditados son adecuados para resolver las graves dificultades del beneficiario; que la ayuda es proporcionada; y que se cumplen las restantes condiciones establecidas en el Marco Temporal[446].

Las exigencias citadas estaban orientadas a limitar las ayudas de recapitalización a aquellos casos en que es realmente necesario, siempre que la empresa lo solicitase expresamente y a pesar de los inconvenientes que ello pudiera generar al órgano de administración o a los socios (limitación de la remuneración, prohibición de reparto de dividendos y dilución de la participación de los socios existentes por razón de la participación estatal), teniendo en cuenta los efectos distorsionadores de estas medidas sobre la competencia.

[444] Punto 49 del Marco Temporal.
[445] Punto 50 del Marco Temporal.
[446] Punto 51 del Marco Temporal.

B) Tipos de medidas y cuantía de la recapitalización.

Los Estados miembros podían tomar medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 utilizando dos conjuntos distintos de instrumentos de recapitalización:

a. instrumentos de capital, en particular la emisión de nuevas acciones ordinarias o preferentes; y/o

b. instrumentos con un componente de capital (denominados «instrumentos híbridos de capital»[447]), en particular los derechos de participación en beneficios, las participaciones sin voto y las obligaciones convertibles garantizadas o no garantizadas.

La intervención estatal podía adoptar la forma de cualquier variación de los instrumentos antes citados o de una combinación de instrumentos de capital e instrumentos híbridos de capital. Asimismo, los Estados miembros podían suscribir los instrumentos mencionados en el contexto de una oferta de mercado, a condición de que cualquier intervención estatal en un beneficiario resultante cumpliese las condiciones establecidas. El Estado miembro debía garantizar que los instrumentos de recapitalización seleccionados y las condiciones impuestas fuesen adecuados para satisfacer las necesidades de recapitalización del beneficiario y, al mismo tiempo, fuesen los que menos falsean la competencia[448].

A fin de garantizar la proporcionalidad de la ayuda, el importe de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 no podía superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, y no debía ir más allá del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario previa a la pandemia de COVID-19, es decir, de la situación a 31 de diciembre de 2019. Al evaluar la proporcionalidad de la ayuda, se tendría en cuenta la ayuda estatal recibida o prevista en el contexto de la pandemia COVID-19[449]. Esto es relevante en la medida en que cualquier otra ayuda vinculada al COVID-19 obtenida por

[447] Los instrumentos híbridos de capital son instrumentos que presentan características propias tanto de la deuda como del capital. Por ejemplo, las obligaciones convertibles son remuneradas como obligaciones hasta que se convierten en acciones. Así, la evaluación de la remuneración global de los instrumentos híbridos de capital depende, por una parte, de su remuneración mientras son instrumentos asimilables a la deuda y, por otra, de las condiciones para su conversión en instrumentos asimilables a las acciones. A efectos de la subsección 3.11.4, los instrumentos híbridos concedidos por el Estado deben contabilizarse como capital.

[448] Puntos 52 y 53 del Marco Temporal.

[449] Considerandos 19 y 102 COVID-19 – Decisión de la Recapitalización de SAS AB (SA.57543 (2020/N), SA.58342 (2020/N).

el beneficiario habrá de tenerse en cuenta en las proyecciones de negocio en las que se basará la proporcionalidad de la medida.

C) Remuneración y salida del Estado.

El Estado recibiría una remuneración adecuada por su inversión. Cuanto más se aproxime su remuneración a lo que habría sido posible obtener en condiciones de mercado, menor será el falseamiento potencial de la competencia causado por la intervención estatal. La recapitalización en el contexto de la COVID-19 debía amortizarse cuando la economía se estabilizase. La Comisión considera apropiado conceder al beneficiario tiempo suficiente para amortizar la recapitalización, y el Estado miembro debía instaurar un mecanismo para incentivar la amortización gradual. La remuneración de la medida de recapitalización en el contexto de la COVID-19 debía incrementarse a fin de converger con los precios de mercado y dé incentivos al beneficiario y a los demás accionistas para amortizar la medida de recapitalización estatal, minimizando el riesgo de falseamiento de la competencia.

Las medidas estatales de recapitalización en el contexto de la COVID-19 debían incluir incentivos adecuados para que las empresas amortizasen la recapitalización y buscaran capital alternativo cuando las condiciones de mercado lo permitiesen, y para ello debían exigir una remuneración lo suficientemente elevada por la recapitalización. Como alternativa a las metodologías de remuneración, los Estados miembros podían notificar regímenes o medidas individuales en los que el método de remuneración se adaptase en función de las características y la prelación del instrumento de capital, siempre y cuando estos dieran lugar, en términos globales, a un resultado similar en lo que se refiere a los efectos incentivadores para la salida del Estado y tuvieran una incidencia global similar en la remuneración del Estado[450].

El Estado podía vender en cualquier momento su participación en el capital a precios de mercado a compradores distintos del beneficiario. Tal venta requiere, en principio, según el Marco Temporal, una consulta abierta y no discriminatoria de los compradores potenciales o una venta en bolsa. El Estado podría conceder a los accionistas existentes, es decir, los accionistas anteriores a la recapitalización en el contexto de la COVID-19, derechos de adquisición preferente al precio que resulte de la consulta pública. Si el Estado vendiera su participación en el capital a un precio inferior al precio mínimo

[450] Puntos 55 a 59 del Marco Temporal.

establecido en el punto 63, seguirían aplicándose las normas de gobernanza establecidas en el Marco Temporal al menos cuatro años después de la concesión de la medida de aportación de capital en el contexto de la COVID-19[451]. Cuando el Estado sea el único accionista existente, la amortización de la recapitalización en el contexto de la COVID-19, cuando hayan transcurrido dos años desde la concesión de la recapitalización en el contexto de la COVID-19, puede no exigirse el proceso de venta y la consulta abierta y no discriminatoria prevista en el Marco Temporal puede sustituirse por una valoración del beneficiario llevada a cabo por una entidad independiente tanto del beneficiario como del Estado. Si dicha valoración independiente arroja un valor de mercado positivo, se considerará que el Estado ha salido de la recapitalización en el contexto de la COVID-19, aun cuando el beneficiario siga siendo propiedad del Estado.

No obstante, cuando el valor de mercado positivo sea inferior al precio mínimo establecido, seguirán aplicándose las normas de gobernanza establecidas hasta que hayan transcurrido cuatro años desde la concesión de la medida de recapitalización en el contexto de la COVID-19. En el caso de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 que superen los 250 millones EUR, el Estado miembro debe presentar dicha valoración independiente a la Comisión. En cualquier caso, la Comisión podría solicitar por iniciativa propia la presentación de la valoración independiente y puede evaluarla para asegurarse de que respeta las normas establecidas para garantizar que las transacciones estén en consonancia con la conducta de mercado.

Se regulan igualmente las condiciones en que tiene lugar la salida cuando el Estado sea uno de varios accionistas existentes, mediante la amortización de la recapitalización en el contexto de la COVID-19, a condición de que hayan transcurrido dos años desde la concesión de la recapitalización. Si el Estado vende una parte significativa de las acciones de la empresa beneficiaria a inversores privados a través de un proceso competitivo, dicho proceso podría considerarse una valoración independiente a efectos del Marco Temporal. En lo que respecta al resto del capital relacionado con la COVID-19, se establecía la necesidad de llevar a cabo un proceso competitivo.

En lo que se refiere a la remuneración de los instrumentos híbridos de capital, ésta debe tener en cuenta adecuadamente:

[451] Puntos 63 y 64 del Marco Temporal.

- las características del instrumento elegido, incluido su nivel de subordinación, riesgo y todas las modalidades de pago;

- incentivos de salida incorporados (como cláusulas de ajuste al alza y reembolso); y

- un tipo de interés de referencia adecuado[452].

En todo caso, el régimen debía fijarse de manera que incentive la finalización temprana del apoyo estatal a la recapitalización del beneficiario. Dado que la naturaleza de los instrumentos híbridos varía considerablemente, la Comisión no ofrece orientaciones para todos los tipos de instrumentos. Los instrumentos híbridos se regirían en cualquier caso por los principios antes mencionados, con una remuneración que refleje el riesgo inherente a cada instrumento[453].

D) Gobernanza y prevención de las distorsiones indebidas de la competencia.

A fin de evitar falseamientos indebidos de la competencia, no se permite a los beneficiarios ni practicar una expansión comercial agresiva financiada por las ayudas estatales ni asumir riesgos excesivos. Como principio general, cuanto menor sea la participación en el capital del Estado miembro y cuanto mayor sea la remuneración, menor será la necesidad de salvaguardias.

Si el beneficiario de una medida de recapitalización en el contexto de la COVID-19 de más de 250 millones EUR es una empresa con poder de mercado significativo en al menos uno de los mercados de referencia en los que opera, los Estados miembros debían proponer medidas adicionales para proteger la competencia efectiva en dichos mercados. Al proponer tales medidas, los Estados miembros podían, en particular, ofrecer compromisos estructurales o de comportamiento previstos en la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión. Entre otras medidas, se estableció que mientras las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 no hubieran sido amortizadas íntegramente, los beneficiarios no podían ni distribuir dividendos, ni efectuar pagos de cupones no obligatorios, ni recomprar acciones, salvo en relación con el Estado. Asimismo, mientras no se hubiera amortizado al menos el 75 % de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19, la

[452] Punto 65 del Marco Temporal.
[453] Puntos 69 y 70.

remuneración de cada miembro de la dirección de los beneficiarios no podría exceder de la parte fija de su remuneración a 31 de diciembre de 2019. Bajo ningún concepto se permite el abono de primas u otros elementos de remuneración variables o comparables.

E) Estrategia de salida del Estado y notificaciones a la Comisión Europea.

Los beneficiarios que no sean pymes y que hubieran recibido una recapitalización en el contexto de la COVID-19 de más del 25 % del capital en el momento de la intervención habían de acreditar que cuentan con una estrategia de salida creíble para la participación del Estado miembro, a no ser que la intervención del Estado miembro se redujese a un nivel inferior al 25 % del capital en un plazo de doce meses desde la fecha de concesión de la ayuda, la cual comprende:

- El plan del beneficiario para la continuación de su actividad y la utilización de los fondos invertidos por el Estado, incluyendo un calendario de pago de la remuneración y de amortización de la inversión estatal (denominados, de forma conjunta, «el calendario de reembolsos»); y

- Las medidas que adoptarán el beneficiario y el Estado para respetar el calendario de reembolsos.

La estrategia de salida debía ser preparada y presentada al Estado miembro en un plazo de doce meses desde la concesión de la ayuda y debe ser aprobada por el Estado miembro. Además, los beneficiarios debían informar al Estado miembro sobre sus avances en la aplicación del calendario de reembolsos y sobre el cumplimiento de las condiciones fijadas en un plazo de doce meses desde la presentación del calendario y, posteriormente, de forma periódica, cada doce meses.

Mientras las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 no hubieran sido amortizadas íntegramente, los beneficiarios de dichas medidas de recapitalización que no fuesen pymes publicarían información sobre la utilización de la ayuda recibida en un plazo de doce meses desde la fecha de concesión de la ayuda y, posteriormente, de forma periódica, cada doce meses. En particular, se debía incluir información sobre la forma en que la utilización de la ayuda recibida apoya sus actividades en consonancia con los objetivos de la UE y las obligaciones nacionales relacionadas con la transformación ecológica y digital.

El Estado miembro debe informar anualmente a la Comisión sobre la aplicación del calendario de reembolsos y el cumplimiento de las condiciones establecidas. Cuando el beneficiario haya recibido una recapitalización en el contexto de la COVID-19 superior a 250 millones EUR, el informe incluirá información sobre el cumplimiento de las condiciones fijadas.

En caso de que, transcurridos seis años desde la recapitalización en el contexto de la COVID-19, la intervención del Estado no se haya reducido a menos del 15 % del capital del beneficiario, deberá notificarse a la Comisión para su aprobación un plan de reestructuración con arreglo a las Directrices de salvamento y reestructuración. La Comisión evaluará si las medidas previstas en el plan de reestructuración garantizan la viabilidad del beneficiario —teniendo también en cuenta los objetivos de la UE y las obligaciones nacionales relacionadas con la transformación ecológica y digital— y la salida del Estado sin afectar negativamente al comercio en una medida contraria al interés común. Cuando el beneficiario no sea una sociedad cotizada, o cuando sea una pyme, los Estados miembros podrán optar por notificar un plan de reestructuración únicamente si la intervención del Estado no ha sido reducida a menos del 15 % del capital siete años después de la recapitalización en el contexto de la COVID-19[454].

F) Ayuda de Estado mediante inyecciones de capital en los mismos términos que los inversores privados.

Los artículos 78bis y 78ter establecen las condiciones en que puede tener lugar la inyección de capital en los mismos términos que los inversores privados, lo que a priori excluiría la existencia de una ayuda de Estado. Sin embargo, a estos efectos, debe traerse a colación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la Sentencia recaída en el caso *BP Chemicals v Commission* (T-11/95) (EU:T:1998:199, párrafos 170-171) [455], que considera que tales medidas pueden excepcionalmente

[454] Puntos 79 a 85 del Marco Temporal.

[455] "*Por lo que respecta al primer punto, es cierto que el mero hecho de que una empresa pública haya realizado ya aportaciones de capital calificadas como «ayudas» a su filial no excluye, a priori, la posibilidad de que una aportación de capital posterior pueda calificarse como inversión que se ajusta al criterio del inversor privado en una economía de mercado. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en un caso como el de autos, que se refiere a tres aportaciones de capital efectuadas por el mismo inversor durante un período de dos años, de las que las dos primeras no producían rentabilidad alguna, correspondía a la Comisión comprobar si la tercera podía razonablemente disociarse de las dos primeras y ser considerada, a los efectos del criterio del inversor privado, una inversión autónoma.*

constituir ayuda de Estado si se entremezclan con otras medidas que están vinculadas estrechamente con las anteriores por razón de su cronología, su finalidad y las circunstancias de la empresa al tiempo de dichas intervenciones[456].

En algunos de estos supuestos, el incremento de ayuda consistente en la inyección de capital realizada en términos idénticos a los inversores privados es menor que si hubiera sido realizada en condiciones más favorables para el beneficiario. La participación de los inversores privados limita la cuantía de la ayuda de Estado requerida. Por ello, podría considerarse que las condiciones para autorizar la ayuda de recapitalización deberían ser menos severas que las condiciones fijadas en la sección 3.11 del Marco Temporal[457].

Por último, conviene destacar que tanto en el caso de que el Estado ya tuviera participación en la empresa en la que se hace la inyección de capital como si no, las previsiones contenidas en el Marco Temporal[458] establecen que los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada, que se supone que son una forma de capital más senior que el *equity*, se pagan con preferencia a los dividendos de la compañía.

3. Marco Ucrania y Marco temporal de Crisis y Transición.

El Marco Temporal de Crisis y Transición fue adoptado por la Comisión Europea el 9 de marzo de 2023, con la finalidad de fomentar medidas de apoyo en sectores clave para la transición hacia una economía con cero emisiones netas, en consonancia con el Plan Industrial del Pacto Verde. Este Marco modifica y prorroga en parte el marco temporal de crisis que se había adoptado el 23 de marzo de 2022 para permitir a los Estados miembros respaldar la economía en el contexto de la guerra de Rusia contra Ucrania, el cual se había modificado previamente el 20 de julio de 2022 y el 28 de octubre de 2022.

El Tribunal de Primera Instancia considera que, entre los elementos pertinentes para apreciar si, en el presente asunto, la tercera aportación podía razonablemente disociarse de las dos primeras y ser considerada, a la luz del criterio del inversor privado, una inversión autónoma, figuran, en particular, la cronología de las aportaciones de que se trata, su finalidad y la situación de la empresa filial en el momento en que se tomaron las decisiones de efectuar cada una de las aportaciones de que se trata."

[456] Por ejemplo, la Comisión Europea apreció una sola intervención estatal en la decisión de recapitalización de Finnair, integrada por la recapitalización y la concesión de una garantía previa estatal concedida a la aerolínea (Decisión de la Comisión de 9 Junio de 2020, Finlandia: COVID-19 – Recapitalisation of Finnair (SA.57410 (2020/N)).

[457] BOUCHAGIAR, A. "*State aid in the context of the COVID-19 outbreak, including the Temporary Framework 2020"* RSC 2021/03, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Regulation (Pág. 44).

[458] Puntos 78 bis y 78 ter del Marco Temporal.

Este Marco Temporal se complementa con modificación del Reglamento General de Exención por Categorías (GBER), aprobada también el 9 de marzo de 2023, para acelerar la inversión y la financiación destinadas a la producción de tecnologías limpias en Europa.

De este modo, las principales medidas introducidas por el nuevo Marco Temporal de Crisis y Transición son las siguientes:

- Prorroga la posibilidad de que los Estados miembros sigan apoyando las medidas necesarias para la transición hacia una industria con cero emisiones netas. Ello afecta especialmente a los sistemas diseñados para acelerar el despliegue de las energías renovables y el almacenamiento de energía, y para la descarbonización de los procesos de producción industrial. Estas medidas pueden ser desplegadas por los Estados miembros hasta el 31 de diciembre de 2025.
- Modifica el alcance de dichas medidas para que los sistemas de apoyo a las energías renovables, el almacenamiento de energía y la descarbonización de los procesos de producción industrial sean aún más fáciles de diseñar.
- Introduce nuevas medidas, aplicables hasta el 31 de diciembre de 2025, para seguir acelerando las inversiones en sectores clave para la transición hacia una economía con cero emisiones netas, que permiten prestar asistencia financiera para la fabricación de equipos estratégicos, así como para la producción de componentes clave y para la producción y el reciclado de materias primas fundamentales conexas. Se prevé que los Estados miembros puedan conceder porcentajes aún más elevados de los costes de inversión si la ayuda se presta a través de ventajas fiscales, préstamos o garantías. No obstante, antes de conceder la ayuda, las autoridades nacionales deben verificar los riesgos concretos de que la inversión productiva no se lleve a cabo dentro del Espacio Económico Europeo y comprobar que no exista riesgo de provocar una deslocalización dentro del mercado único. Estos cambios podrían también ayudar a los Estados miembros a llevar a cabo proyectos específicos en el marco de los planes nacionales de recuperación que correspondan a su ámbito de actuación.
- Las restantes disposiciones del marco temporal de crisis (importes limitados de ayuda, apoyo a la liquidez en forma de garantías estatales y préstamos bonificados, ayudas para compensar los elevados precios de la energía, medidas destinadas a apoyar la reducción de la demanda de electricidad), más vinculadas

con la situación de una crisis inmediata, fueron prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 2023.

El 20 de noviembre de 2023 la Comisión Europea acordó una modificación del marco temporal de crisis y transición relativo a las ayudas estatales por la que se prorrogaron seis meses algunas secciones del marco destinadas a aportar una respuesta a las crisis tras la agresión de Rusia contra Ucrania y la subida sin precedentes de los precios de la energía. En particular, la modificación aplazó la eliminación progresiva de las disposiciones que permitían a los Estados miembros conceder importes limitados de ayuda (sección 2.1 del marco) y ayudas para compensar los elevados precios de la energía (sección 2.4 del marco). De este modo, los Estados miembros podrían mantener sus regímenes de ayudas de forma que cubran la próxima temporada invernal de uso de la calefacción como red de seguridad en caso de que determinadas empresas sigan viéndose afectadas por las perturbaciones económicas causadas por la guerra de Rusia contra Ucrania.

En su virtud, las modificaciones de las disposiciones del marco temporal de crisis y transición autorizan a los Estados miembros a que puedan conceder:

- Importes limitados de ayuda (sección 2.1 del marco): Esta sección se prorrogará seis meses, hasta el 30 de junio de 2024. Además, los topes fijados a los importes limitados de ayuda se incrementan para cubrir la temporada invernal de uso de la calefacción: de 250 000 euros a 280 000 euros en el sector de la agricultura, de 300 000 euros a 335 000 euros en los sectores de la pesca y acuicultura, y de 2 millones de euros a 2,25 millones de euros en los demás sectores.
- Ayudas para compensar los elevados precios de la energía (sección 2.4 del marco): Esta sección se prorrogará seis meses y se seguirá aplicando hasta el 30 de junio de 2024. Con arreglo a esta sección, los Estados miembros podrían seguir concediendo ayudas para sufragar parte de los costes adicionales de la energía únicamente en la medida en que los precios de aquella superen considerablemente los niveles anteriores a la crisis.

Cabe destacar otras modificaciones:

- Las demás secciones del marco relacionadas con la crisis (las secciones 2.2. y 2.3. sobre el apoyo a la liquidez en forma de garantías estatales y préstamos bonificados, y la sección 2.7 sobre medidas destinadas a apoyar la reducción de

la demanda de electricidad) no se prorrogarán más allá de su fecha de expiración actual, es decir, el 31 de diciembre de 2023 (se prorroga, por tanto, solamente la sección 2.1).

- Las secciones del marco que se refieren a la transición hacia una economía de cero emisiones netas, que son necesarias para seguir descarbonizando la economía europea y acelerar su independencia de los combustibles fósiles (secciones 2.5, 2.6 y 2.8), no se verán afectadas por la modificación actual y seguirán estando disponibles hasta el 31 de diciembre de 2025.

Sin embargo, la Comisión a este respecto no tiene previsto consultar de nuevo a los Estados miembros sobre los instrumentos específicos relacionados con la crisis del marco temporal de crisis y transición, y las medidas prevé que se eliminen gradualmente hasta el 30 de junio de 2024.

CAPÍTULO TERCERO: PARACONCURSALIDAD NORMATIVA: MEDIDAS DE APOYO A LA SOLVENCIA.

1. RÉGIMEN JURÍDICO PRECONCURSAL Y CONCURSAL DE LA FINANCIACIÓN CON AVAL PÚBLICO.

1. Contexto y Marco Normativo.

Como ya se ha expuesto, en situaciones de crisis económica los Estados suelen a diferentes mecanismos para mitigar sus efectos en la economía real, determinando que se replantee el debate sobre cuál ha de ser el papel que los mismos han de desempeñar en el marco de un Estado social del bienestar[459]. En este contexto, la crisis financiera del 2008 constituyó el presupuesto habilitante para la puesta en marcha de una serie de medidas que han sido calificadas genéricamente por la doctrina de "*paraconcursalidad normativa*", entendiendo por tales normas o instituciones de naturaleza jurídico-administrativa, que tienen por objeto evitar la declaración de concurso a través de procedimientos administrativos de actuación preventiva temprana, reestructuración y

[459] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "La renegociación de la financiación con aval público (Covid-19)". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 163. Julio-Septiembre 2021. Págs.11-90.

resolución bancaria[460]. En aquel momento, se adoptaron medidas de reestructuración respecto al sector financiero mediante la utilización de figuras nacidas en el Derecho Societario, mediante la imposición forzosa de tales medidas a socios, accionistas y determinados acreedores[461].

Sin embargo, la crisis económica derivada de la pandemia provocada por el virus Covid-19 ha presentado perfiles propios, que la distinguen de la crisis financiera del 2008 en varios aspectos. En primer lugar, como consecuencia de las medidas de confinamiento aplicadas, la afectación de la economía ha sido general, no limitándose al sector financiero e inmobiliario, si bien es cierto que determinados sectores se han visto más perjudicados que otros (turístico, aeronáutico, etc.). En segundo lugar, la incertidumbre en cuanto a su duración, pues la continuidad o no de las medidas restrictivas de la movilidad dependían en gran medida de su posible flexibilización ante la coyuntura sanitaria. En tercer lugar, el sector financiero ha sido clave a la hora de abordar los posibles problemas de liquidez derivados de una eventual restricción del crédito. Y es en este último aspecto en el que se ha producido una colaboración público-privada sin precedentes, inspirado en una forma novedosa de entender las relaciones entre el sector público y privado, de forma que la intervención meramente pública daría paso a una relación simbiótica entre ambos[462].

Como se ha expuesto, la Comisión Europea habilitó a los Estados miembros a acordar medidas de flexibilización del régimen europeo de ayudas de Estado, denominadas como "*Temporary framework for state aid measures to support theeconomy in the current COVID- 2019 outbreak*" [Brussels 19- 3- 2020. C (2020) 1863 Final], adoptando la primera comunicación el13 de marzo de 2020, seguida de sus sucesivas modificaciones

[460] GARCÍA VILLAVERDE, R. "Instituciones concursales y paraconcursales", RFDUC núm. ext. 8/1985, pp. 189-210; VICENT CHULIÁ, V. en "Introducción al Derecho Mercantil", 23ªed. Valencia, 2012, pp. 2066-2074; DEL GUAYO, I. "Sector público empresarial e instituciones paraconcursales", Madrid, 2004.
[461] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.:" Resolución bancaria vs liquidación concursal: recapitalización interna y valoración de la diferencia en el trato", Revista de Derecho Mercantil, 314/2019, pp. 11-66.

[462] Vid. Rethinking Economics. New weather Institute 10/ 01/ 2018, *https:// www.newweather.org* ; *http://www.rethinkeconomics.org*. En este sentido, también hay que citar los trabajos de la economista Mariana Mazzucato, entre los que destaca «The entrepreneurial state: debunking public vs private sector myths». Asimismo, debe citarse también a este respecto MAZZUCATO/JACOBS, M. «Rethinking capitalism: economics and policy for sustainable and inclusive growth», 2016. En el contexto del Covid-19, "Mission Economy. A moonshot guide to changing capitalism" 2021.

y ampliaciones, hasta seis, habiendo expirado dicho Marco Temporal el 30 de junio de 2022[463].

Con base en lo dispuesto en la Comunicación citada, se aprobó el Real Decreto Ley 8/2020, en cuya virtud se acuerda la apertura de una línea de avales por cuenta del Estado para empresas y autónomos de hasta 100.000 millones de euros, que cubría tanto la renovación de préstamos como nueva financiación por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos, para atender sus necesidades derivadas, entre otras, de la gestión de facturas, necesidad de circulante u otras necesidades de liquidez, incluyendo las derivadas de vencimientos de obligaciones financieras o tributarias, para facilitar el mantenimiento del empleo y paliar los efectos económicos de Covid-19.

Por su parte, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020 instruyó al Instituto de Crédito Oficial[464] a poner en marcha el primer tramo de la línea de avales aprobada por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y se estableció que sus beneficiarios fuesen las pequeñas y medianas empresas y autónomos afectados por las consecuencias económicas del COVID-19 (seguido de otros posteriores), fijando las condiciones y requisitos aplicables a estos avales. Los avales se otorgaban en nombre y por cuenta del Estado, actuando el Instituto como Agencia Financiera del Estado, elemento éste relevante a los efectos de determinar el régimen jurídico de los créditos derivados de la ejecución de los avales. En los Acuerdos de Consejo de Ministros se mandataba al Instituto de Crédito Oficial para que con carácter inmediato (en los 10 días siguientes a la adopción del Acuerdo) dispusiera lo necesario para la puesta en marcha de forma efectiva de la línea de avales. Al tiempo, autorizaba al Instituto de Crédito Oficial a cargar en el Fondo de Provisión creado por el Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de octubre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, los quebrantos por ejecución de los avales, así como los costes financieros y gastos de gestión

[463] SIGNES DE MESA, I. «El marco temporal de la Comisión relativo al régimen Europeo de ayudas de estado en el contexto de la crisis sanitaria» RcP 33/ 2020 pp. 151/ 167); FILPO, M. «State aid control during the COVID- 19 pandemic» en Revista General de insolvencias & reestructuraciones (I&R) Iustel. 2/ 2021, pp. 391- 407.

[464] El Instituto de Crédito Oficial es una entidad pública empresarial de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, adscrita actualmente al Ministerio de Economía, Comercio y Empresa a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, que tiene naturaleza jurídica de entidad de crédito, y la consideración de Agencia Financiera del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines.

y administración que para el Instituto de Crédito Oficial supusiera la instrumentación de esta línea de avales por cuenta del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Asimismo, como complemento a la medida anterior, se permitió ampliar la capacidad de endeudamiento neto del Instituto de Crédito Oficial en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en 10.000 millones de euros, con la finalidad de facilitar inmediatamente liquidez adicional a las empresas, especialmente a las pymes y a los autónomos, a través de las Líneas ICO de financiación ya existentes. De este modo, el Instituto de Crédito Oficial debía adoptar todas las medidas precisas para ampliar la financiación disponible y mejorar el acceso al crédito de las empresas, sin poner en riesgo el necesario equilibrio financiero del Instituto de Crédito Oficial.

En cuanto a la finalidad, se procedió a la apertura de la línea con el objetivo de cubrir los nuevos préstamos y otras modalidades de financiación y las renovaciones concedidos por entidades financieras a empresas y autónomos para atender las necesidades de financiación derivadas, entre otros, de pagos de salarios, facturas, necesidad de circulante u otras necesidades de liquidez, incluyendo las derivadas de vencimientos de obligaciones financieras o tributarias.

El funcionamiento de las Líneas de Avales se basó en la esencial colaboración con las entidades financieras, las cuales suscribieron con el ICO un contrato marco que regularía las relaciones entre ambas, previendo la utilización de una herramienta informática denominada "Banc@ico", a través de la cual se articularon las comunicaciones con las entidades financieras[465].

Las características de los préstamos y operaciones elegibles eran las siguientes[466]:

[465] Esta herramienta era la tradicionalmente utilizada por ICO para canalizar las Líneas de Mediación al objeto de que las entidades pudieran comenzar la comercialización de los avales en tiempo récord, de forma que autónomos y pymes pudieran disponer de financiación con aval público de manera cuasi inmediata a la aprobación y puesta en marca de las Líneas de Avales, sin que fueran necesarias actualizaciones/adaptaciones tecnológicas relevantes.

[466] Se fijó como importe máximo del préstamo por cliente 1,5 millones de euros, en una o varias operaciones de préstamo a autónomos y empresas, resultando de aplicación las disposiciones específicas del Reglamento (UE) n ° 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis. Para préstamos por encima de 1,5 millones de euros, el límite máximo es el establecido en el Marco Temporal de Ayudas de Estado de la Comisión Europea tanto para autónomos y empresas que reúnan la condición de pyme como para empresas que no reúnan la condición de pyme. Estas condiciones son relevantes, pues se dispone que la línea está sujeta a la normativa sobre ayudas de Estado de la Unión Europea, condicionando el régimen jurídico aplicable.

- Los clientes debían ser empresas y autónomos que tuvieran su domicilio social en España y se hubieran visto afectados por los efectos económicos del COVID-19;
- Debían haber sido formalizados o renovados con posterioridad al 17 de marzo de 2020;
- Los acreditados no figurasen en situación de morosidad en la consulta a los ficheros de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) a 31 de diciembre de 2019;
- Los acreditados no debían estar sujetos a un procedimiento concursal a fecha de 17 de marzo de 2020, bien por haber presentado solicitud de declaración de concurso, o por darse las circunstancias a que se refiere el artículo 2.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para que el concurso sea solicitado por sus acreedores.

Por otro lado, se dispuso que la entidad financiera decidiría sobre la concesión de la correspondiente financiación al cliente de acuerdo con sus procedimientos internos y políticas de concesión y riesgos, pudiendo, a estos efectos, requerir la constitución de garantías personales o reales que fueran procedentes, tras su análisis de riesgos, debiendo dichas garantías asegurar la totalidad de la operación, no siendo susceptibles de cubrir únicamente el riesgo que asume la entidad financiera. Asimismo, el importe de las recuperaciones derivadas de la ejecución de las garantías se compartirá pari passu entre la entidad financiera y el Estado, en proporción al porcentaje de cobertura del aval.

También se fijaron una serie de obligaciones adicionales, como el compromiso de mantener abiertos los límites de las líneas de circulante concedidas a todos los clientes y en particular, a aquellos clientes cuyos préstamos resulten avalados, prorrogándose dicha obligación en los sucesivos Acuerdos de Consejo de Ministros de desarrollo de las líneas y tramos de avales.

Como complemento a lo anterior, Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, estableció que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (actual Ministerio de Economía, Comercio y Empresa) otorgaría avales a la financiación concedida por entidades financieras supervisadas a empresas y autónomos para atender, principalmente, sus necesidades financieras derivadas de la realización de nuevas inversiones, pudiendo también destinar los avales a pagarés incorporados al Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF). De este modo, dicho Ministerio quedaba habilitado legalmente para conceder

avales por un importe máximo de 40.000 millones de euros, hasta el 30 de junio de 2022. Las condiciones aplicables y requisitos a cumplir, incluyendo el plazo máximo para la solicitud del aval, se establecerían por Acuerdo de Consejo de Ministros, sin que se requiriese desarrollo normativo posterior para su aplicación.

El Real Decreto- ley 34/2020, de 17 de noviembre de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial, al sector energético y en materia tributaria, en el marco de la cuarta enmienda del Marco Temporal, dispuso la ampliación de la disponibilidad de los avales liberados hasta el 30 de junio de 2021, ampliados de nuevo mediante Acuerdo del Consejo de Ministros desde 11 de mayo de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2021, previendo expresamente (como medida de flexibilización) la posibilidad de novaciones de las operaciones avaladas, consistente en la extensión del plazo de vencimiento de las operaciones por un plazo adicional máximo de tres años y de ampliación del período de carencia. Esta flexibilización de la financiación con aval público se completó posteriormente con el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, ampliando las posibilidades de renegociación de la deuda avalada mediante diversas medidas, entre las cuales destaca la regulación del código de buenas prácticas para el marco de renegociación para clientes con financiación avalada, el cual fue posteriormente aprobado mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021.

Estas medidas, obviamente, se encontraban orientadas a evitar posibles problemas de solvencia con impacto macroeconómico, constituyendo medidas adicionales de refuerzo de la solvencia de aquellas empresas viables que estaban sufriendo una intensa caída de sus ingresos debido a la larga duración de la reducción de actividad en determinados sectores y ámbitos geográficos más afectados por la pandemia. Con ello, al tiempo, se evitaba también el impacto que un deterioro de la solvencia de los acreditados pudiera presentar en las cuentas de resultados y provisiones de las entidades bancarias, de acuerdo con la normativa prudencial aplicable a estas entidades[467].

En la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2021 ya se explicitaba que la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, contiene un régimen jurídico, de carácter supletorio, aplicable a los avales otorgados por el Estado salvo que la ley

[467] Vid. Entre otros, MUÑOZ GARCÍA, A. «Cobertura del riesgo de crédito por insolvencia del deudor en las entidades de crédito» RcP 29/ 2018 pp. 293- 299. MÍNGUEZ PRIETO, R. «Acuerdos de refinanciación y regulación bancaria» en Revista general de insolvencias & reestructuraciones) Iustel (I&R 2/ 2021), pp. 277- 307.

autorizante de los avales contemple expresamente otro régimen distinto. En particular, señala, el 116 bis, en conexión con el 10.1 de la citada ley, consagran un régimen de autotutela administrativa para la cobranza de las cantidades a que tenga derecho la Administración General del Estado, atribuyendo el sistema de prerrogativas establecido para los tributos.

De dicho régimen habría de concluirse, según la Exposición de Motivos, que, en caso de ejecución del impago, el Estado debería iniciar las acciones de recuperación del importe avalado y satisfecho a la entidad financiera. Ello se traduciría en la asunción por los servicios del Estado de los procedimientos tendentes a dicha recuperación, siguiendo el procedimiento administrativo. Al mismo tiempo, la entidad financiera seguiría sus propios procedimientos, previstos en los ordenamientos jurídicos civil y mercantil.

El Título II del Real Decreto-ley 5/2021 fijó las líneas generales del procedimiento de recuperación de los avales liberados al amparo de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 de julio, y que eventualmente pasasen a ser ejecutados. Además, los Acuerdos del Consejo de Ministros que han ido autorizando la puesta en marcha de los diferentes tramos de las respectivas líneas de avales han determinado el porcentaje máximo de aval concedido en cada operación. Asimismo, estos Acuerdos incorporaron la cláusula *pari passu*, que determina que, en caso de que se produzcan pérdidas como consecuencia del impago de las operaciones avaladas, dando lugar a una ejecución del aval, el Estado y las entidades financieras las asumirán de manera proporcional al nivel de cobertura del aval.

De conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, en caso de ejecución de los avales otorgados, por aplicación de los Reales decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 de julio, se seguiría para el conjunto del principal de la operación avalada el mismo régimen jurídico de recuperación y cobranza que corresponda a la parte del principal del crédito no avalada por el Estado, de acuerdo con la normativa y prácticas de las entidades financiera. Además, se declaró que no serían de aplicación los procedimientos y las prerrogativas de cobranza previstos en el artículo 116 bis y 10.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, lo que implica que, a pesar de la naturaleza jurídico-pública de los avales, la cobranza no se efectuaría conforme a los procedimientos administrativos establecidos en la Ley General Tributaria y en el Reglamento General de Recaudación, sino de acuerdo con las reglas establecidas en dicha disposición.

Como especialidad, se indicaba que correspondería a las entidades financieras la formulación de reclamaciones extrajudiciales o ejercicio de acciones judiciales por cuenta y en nombre del Estado para la recuperación de los importes impagados de créditos de la Hacienda Pública derivados de la ejecución de estos avales. No obstante, las entidades de crédito no podrían conceder aplazamientos, fraccionamientos y quitas de las cantidades reclamadas por cuenta y en nombre del Estado sin recabar previamente su aprobación por parte del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Esta autorización supone un elemento expresivo del carácter jurídico-público del aval, similar a la prevista en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que dispone que para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios en sede concursal se requerirá autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

En segundo lugar, se señalaba que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros se podrían otorgar autorizaciones generales en determinados supuestos para conceder a dichas operaciones aplazamientos y fraccionamientos y que mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, se fijarían las condiciones en que estas entidades podrán proceder a las operaciones de quita generales. Estas previsiones son a su vez traslación de la regla contenida en el apartado 3 del artículo 7 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que proclama que no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno. Estas previsiones han sido introducidas para facilitar procesos de reestructuración de forma masiva, para atender un gran número de posibles situaciones de insolvencia de empresas y autónomos.

En lo que se refería a las actuaciones de las entidades financieras en nombre y representación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital titular de los avales e ICO, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de mayo de 2021 establecía que no era necesario el otorgamiento de poderes por parte de ICO ante fedatario público a las entidades financieras en la formulación de reclamaciones extrajudiciales o el ejercicio de acciones judiciales para el recobro y reintegro de los créditos de la Hacienda Pública derivados de la ejecución de estos avales del Ministerio referido.

En segundo lugar, añadió que, con carácter previo al inicio de acciones judiciales para la reclamación de la deuda avalada y con impagos y avales ejecutados por parte de las entidades financieras, éstas podrían conceder aplazamientos y fraccionamientos, hasta un máximo de doce meses. La periodicidad de los pagos sería, en todo caso, mensual. En estos casos, no sería necesario solicitar autorización de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Asimismo, una vez iniciada la reclamación judicial y producida, en su caso, la anotación de embargos, a criterio de la entidad y cuando las circunstancias lo permitiesen, se podría establecer un acuerdo o sistema de pago del principal avalado exigible, independientemente de si se han ejecutado o no los avales. El plazo y la periodicidad de los pagos serían los estipulados por la entidad, según sus políticas internas. Dicho acuerdo y calendario de pago deberá cumplir en todo caso con las condiciones y plazos de vencimiento establecidos en la normativa europea y el resto de normativa aplicable.

Una tercera modalidad de avales fue habilitada en virtud del artículo 29 del Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, con la finalidad de paliar las tensiones de liquidez generadas por el incremento de los precios de la energía y de otras materias primas como consecuencia de la guerra de Ucrania. En dicho precepto se autorizaba al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a otorgar avales a la financiación concedida por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico, y entidades de pagos a empresas y autónomos para atender necesidades de liquidez o de inversión. También se podrían destinar los avales a la Compañía Española de Reafianzamiento, Sociedad Anónima (CERSA).

Se dispuso que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital podría conceder avales por un importe máximo de 10.000 millones de euros, hasta el 31 de diciembre de 2022. Las condiciones aplicables y requisitos a cumplir, incluyendo el plazo máximo para la solicitud del aval, se establecerían igualmente por Acuerdo de Consejo de Ministros, sin que se requiriese desarrollo normativo posterior para su aplicación.

Por su parte, el artículo 30 del citado Real Decreto-Ley dispuso que a los avales otorgados en virtud de esta norma les sería aplicable el régimen jurídico de recuperación y cobranza previsto en el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 y en el Anexo II del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de

2021, por el que se extiende el plazo de solicitud y se adaptan las condiciones de los avales regulados por los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 de julio, y se desarrolla el régimen de cobranza de los avales ejecutados, establecido en el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo publicado mediante Resolución de 12 de mayo de 2021, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. Las condiciones y términos de los avales se desarrollaron en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2022[468]. Como especialidad respecto a los avales anteriores, se especifica, en las condiciones de elegibilidad, que los acreditados no debían estar sujetos a sanciones que la Unión Europea hubiera podido establecer a raíz de la agresión contra Ucrania por parte de Rusia, extendiéndose la limitación a empresas controladas por personas, entidades u organismos afectados por sanciones que la Unión Europea haya podido establecer a raíz de la agresión contra Ucrania por parte de Rusia, así como a empresas que estén activas en sectores afectados por sanciones que la Unión Europea hubiera podido establecer a raíz de la agresión contra Ucrania por parte de Rusia, en la medida en que el otorgamiento del aval menoscabe los objetivos de las sanciones correspondientes.

Posteriormente, por razones de sistemática legal y ante la extraordinaria importancia alcanzada por esta modalidad de financiación en el contexto de la transposición de la Directiva 2019/1023 mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal[469], se sistematizó en su Disposición Adicional Octava el régimen preconcursal

[468] Interesa destacar que, conforme a dichas condiciones, se avalarían las operaciones de hasta 50 millones de euros que hubieran sido aprobadas por la entidad conforme a sus políticas de riesgos, sin perjuicio de comprobaciones posteriores sobre sus condiciones de elegibilidad. Asimismo, se avalarían las operaciones por encima de 50 millones de euros una vez que el ICO haya analizado el cumplimiento de las condiciones de elegibilidad de manera complementaria al análisis de la entidad financiera. A estos efectos no se considerará el importe acumulado de operaciones de financiación del cliente que hayan recibido aval dentro de las líneas de aval gestionadas por ICO sujetas al artículo 29 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo y al artículo 1 del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio.

[469] La importancia cuantitativa de esta financiación se refleja en los datos publicados por ICO en su Informe de Cierre de las Líneas ICO Covid-19 (datos a 30 de junio de 2022), los autónomos y empresas españolas han recibido 140.737 millones de euros de financiación para hacer frente a sus necesidades de liquidez y llevar a cabo sus proyectos de inversión a través de las Líneas de Avales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital para mitigar el impacto económico generado por la crisis sanitaria. Con estos programas gestionados por el ICO se han aprobado 107.187 millones de euros en avales para garantizar la financiación a 674.922 empresas españolas en 1.192.484 operaciones. Vid. https://www.ico.es/web/guest/ico/informes-seguimiento-linea-avales . En lo que hace a la Línea de Avales Ucrania, de acuerdo con el Informe de Seguimiento Mensual de la Línea, hasta el 31 de mayo de 2024 se habían formalizado 37.276 operaciones, que habían sido solicitadas por 29.670 empresas y autónomos. El importe de avales solicitados asciende a 6.081,2 millones de euros que han permitido movilizar recursos a través de nuevos préstamos y otras modalidades de financiación por 7.818,9 millones de euros. Vid. https://www.ico.es/web/guest/informes-de-seguimiento-linea-avales-ucrania

y concursal de la misma. Esta norma se remite a lo establecido en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, así como al Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 que lo desarrolla, los cuales fijan el régimen de cobranza aplicado a estas líneas de avales[470]. La Disposición Adicional Octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal, fue modificada poco tiempo después de su aprobación, modificada por el artículo 105 del Real Decreto-Ley 20/2022, de 27 de diciembre, en los términos que veremos posteriormente.

Finalmente, debemos hacer referencia a una última modalidad de avales establecida por el artículo 29 del Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de respuesta ante los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, habilitando al Ministerio de Economía Comercio y Empresa para conceder avales por un importe máximo de 5.000 millones de euros, hasta el 31 diciembre 2025, quedando dichos avales sometidos igualmente a la normativa de la Unión Europea en materia de Ayudas de Estado. El artículo 30 de dicha norma declara que a los citados avales les resultará aplicable el régimen jurídico de recuperación y cobranza previsto en la Disposición Adicional Octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, ya citado[471].

---

[470] Los Acuerdos de Consejo de Ministros de desarrollo de las líneas incorporan la cláusula *pari passu*, que determina que en caso de que se produzcan pérdidas como consecuencia del impago de las operaciones avaladas, dando lugar a una ejecución del aval, el Estado y las entidades financieras las asumirán de manera proporcional al nivel de cobertura del aval, en aplicación de las Decisiones de la Comisión Europea que autorizan el libramiento de las líneas de avales.

[471] Como especialidad, se dispone que tendrá la consideración de garantía financiera la pignoración o cesión de los derechos de crédito que puedan resultar de las indemnizaciones del Consorcio de Compensación de Seguros o de las ayudas que por cualquier Administración se concedan por razón de la DANA, aun cuando el deudor sea un consumidor, una pequeña empresa o una microempresa. Asimismo, dichas garantías financieras serán válidas una vez que consten por escrito o de forma jurídicamente equivalente, sin que pueda exigirse ninguna otra formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba, siendo de aplicación lo dispuesto en el Real decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de medidas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública en todo aquello que no esté expresamente previsto.

2. Naturaleza jurídica y clasificación del crédito derivado de la financiación con aval público.

Una de las cuestiones que ha resultado debatida ha sido la naturaleza jurídica de la financiación con aval público[472], habiéndose suscitado si estamos ante créditos de derecho público o si por el contrario se trataría de un crédito de carácter privado[473], asimilable a cualquier otra financiación bancaria. Debe recordarse a este respecto que la titularidad del aval público corresponde al actual Ministerio de Economía, Comercio y Empresa (entonces Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital), atribuyéndose a ICO únicamente su gestión, en su condición de Agencia Financiera del Estado.

Por su parte, el artículo 16.3 del Real Decreto-Ley 5/2021 y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 abordaron la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los créditos derivados de la ejecución de los avales haciendo decaer la aplicación de determinadas disposiciones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En efecto, ya el Título II del Real Decreto-ley 5/2021 contempló el procedimiento de recuperación de los avales liberados al amparo de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 de julio, y que eventualmente pudieran ser ejecutados.

El Real Decreto-Ley 5/2021 recuerda que la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, contiene un régimen jurídico, de carácter supletorio, aplicable a los avales otorgados por el Estado. Tal régimen es de aplicación salvo que la ley autorizante de los avales contemple expresamente otro régimen distinto. En particular, el 116 bis, en conexión con el 10.1 de la citada ley, consagran un régimen de autotutela administrativa

[472] Vid. GAYO GONZÁLEZ, L. /SÁNCHEZ MORÁN, M.J. "*Refinanciación e insolvencia de deudores titulares de operaciones con aval al amparo de las líneas de avales ICO Covid-19 (liquidez e inversión*)", en Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones (I&R) 2/2021, pp. 324-368.

[473] En este sentido, vid. DE LA FUENTE, A. y ARRUÑADA, B. (coordinadores) (2021) *¿Cómo ayudar a las empresas en la crisis del Covid?*, en Fedea Policy Papers —2021/05, p. 22. Señalan que los derechos de crédito que puedan derivarse del ejercicio de actividades por parte de ICO (financiación) no pueden constituir créditos de derecho público, pues no son titulados por un organismo autónomo y además no nacen del "*ejercicio de potestades administrativas*". A ello añaden que el derecho de crédito de ICO nace principalmente de su condición de avalista o garante de la financiación concedida al deudor, de modo que solo en caso de incumplimiento por parte del deudor principal estará ICO obligado a hacer frente al pago. A nuestro juicio, no debe perderse de vista que no se trata de un aval prestado por ICO, sino por la Administración General del Estado, de modo que no es atendible el argumento relativo a la naturaleza jurídica de ICO como organismo público que no puede ser titular de créditos de derecho público.

para la cobranza de las cantidades a que tenga derecho la Administración General del Estado, atribuyendo el sistema de prerrogativas establecido para los tributos.

De dicho régimen se deduce que, en caso de ejecución del impago, el Estado debería iniciar las acciones de recuperación del importe avalado y satisfecho a la entidad financiera. Ello se traduciría en la asunción por los servicios del Estado de los procedimientos tendentes a dicha recuperación, con aplicación del procedimiento administrativo de apremio previsto en la normativa tributaria. Por su parte, las entidades financieras aplicarían sus propios procedimientos, de naturaleza civil y mercantil.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2021 señala que la superposición de ambos procedimientos podría llegar a resultar disfuncional, especialmente cuando el importe recuperado debe compartirse entre ambos acreedores en función de la mencionada cláusula *pari passu*. Por ello, se dice que "*en el marco de la excepcionalidad de la situación, se dispone que se considera conveniente hacer decaer la aplicación del régimen y procedimientos de recuperación y cobranza de los avales ejecutados previstos con carácter supletorio en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y encomendar los procedimientos de recuperación a las entidades financieras concedentes. Todo ello sin perjuicio de los procedimientos de control y gestión que puedan implementarse para prevenir la existencia de conflictos de interés*". Estas previsiones parten, por lo tanto, del presupuesto de que la naturaleza jurídica primigenia de este tipo de créditos derivados de la ejecución de los avales es de carácter público, estableciendo al tiempo una serie de excepciones a su aplicación, dada su peculiar configuración y finalidad.

Asimismo, a efectos de lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal para las subrogaciones del fiador en la posición del acreedor afianzado, también se clarifica el rango de prelación y privilegio de los créditos que pudiera ostentar el Estado en el caso de ejecuciones de

avales otorgados[474]. Se ha considerado[475], en atención a lo expuesto, que se trata en puridad de un crédito de naturaleza pública, si bien calificable como "sui generis" al verse privado del privilegio de autotutela. Por esta razón, ha sido necesario matizar aquellos aspectos que lo distinguen de los créditos de derecho público. Entre ellos, cabe citar precisamente uno, relevante, previsto en el art. 16.3, párrafo 2.º, que proclamaba que los créditos derivados de la ejecución de estos avales «*se considerarán pasivo financiero a efectos de la homologación de los acuerdos de refinanciación*». Además, podían ser objeto de exoneración, a diferencia también de los créditos de derecho público. Este extremo supuso una novedad sustancial respecto a los créditos de derecho público, que en ningún caso eran considerados (a tenor de la normativa entonces vigente) como susceptibles de ser afectados por los acuerdos de refinanciación ni tampoco susceptibles de exoneración. Actualmente, los acuerdos de refinanciación han sido sustituidos por los planes de reestructuración, en los que sí se permite la afectación, si bien de forma extraordinariamente restrictiva.

En segundo lugar, el art. 16 del Real Decreto- ley 5/ 2021 dispone igualmente que se aplican a este tipo de créditos ciertas limitaciones para acordar aplazamientos, fraccionamientos y quitas de las cantidades reclamadas por cuenta y en nombre del

[474] Con ello se pretendió clarificar el rango de prelación y privilegio de los créditos que pudiera ostentar el Estado en el caso de ejecuciones de avales otorgados, a la luz de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en la Sentencia núm. 296/2018, de 23 de mayo, Sala de lo Civil (Roj: STS 1872/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1872), en relación a la clasificación de los avales titularidad del Gobierno Vasco a la vista de lo establecido en el derogado art. 91.4º LC (actual art. 280.4º TRLC) y la regla especial contenida en el art. 87.6 LC. Explica el Tribunal Supremo que el precepto contiene dos reglas aplicables a los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero. El primer inciso se refiere a cómo debe reconocerse el crédito y el segundo a cómo ha de clasificarse. De este modo, se establece que los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En segundo lugar, siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador. Pues bien: destaca el Tribunal que la actual redacción del precepto es fruto de la reforma operada por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, para salir al paso de la polémica generada por la primitiva redacción. La reforma deja claro que la regla de clasificación que contiene opera cuando se produzca la subrogación por pago. Y, aclara, que es en estos casos, no antes, cuando la administración concursal puede optar por la clasificación del crédito que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador. De este modo, aun cuando la clasificación del crédito avalado era, en el caso analizado por la Sentencia, la de privilegiado general, la subrogación por pago producida constante concurso determina que la opción legal sea la de crédito ordinario. Siguiendo este precedente, se consideró que, por razones de seguridad jurídica, se debía consagrar a nivel legislativo la clasificación de crédito ordinario, evitando posibles dudas interpretativas en función de si se ha producido o no la ejecución del aval y si ha tenido lugar el efectivo pago, habida cuenta de la ejecución progresiva del aval.

[475] PULGAR EZQUERRA, J.: "La renegociación de la financiación con aval público (Covid-19)". Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 163. Julio-Septiembre 2021. Págs.42-45.

Estado, similares a las propias de los créditos de naturaleza de derecho público, indicando que se requiere la aprobación de determinados actos de disposición por parte del órgano competente del Departamento de Recaudación de la AEAT.

Posteriormente, la Disposición Adicional Octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal, reproduce esencialmente lo establecido en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 5/2021 y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021, si bien con un desarrollo ajustado a las figuras y sistemática prevista en la Ley de Reforma de la Ley Concursal.

Como hemos visto, el apartado 3 del artículo 16 del Real Decreto-Ley 5/2021 ya establecía que los créditos derivados de la ejecución de estos avales podrían quedar afectados por los acuerdos extrajudiciales de pagos y se considerarían pasivo financiero a efectos de la homologación de los acuerdos de refinanciación. Asimismo, si el deudor reuniera los requisitos legales para ello, el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho se extendería igualmente a los citados créditos. La novedad esencial respecto a dicho precepto consiste en la mención de la "*formación de las clases*", pues este elemento constituye uno de los ejes de la regulación de los planes de reestructuración que no estaba presente en la regulación anterior de los acuerdos de refinanciación.

Esta regla era imprescindible, en la medida en que, en ausencia de la misma, los créditos derivados de la ejecución de los avales podrían considerarse como créditos de derecho público -sin perjuicio de las particularidades vistas en cuanto a su ejecución, derivadas de la inaplicación de las prerrogativas de derecho público contenidas en los artículos 116 bis y 10.1 de la Ley General Presupuestaria-, lo que conllevaría que no se cumpliera el requisito sine qua non para poder ser incluidos en un acuerdo de refinanciación homologado, previsto en el artículo 606.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, relativo a su consideración como pasivo financiero.

No considerándose como créditos de derecho público sino créditos ordinarios, la norma también aclara que podrían verse afectados por los acuerdos extrajudiciales de pagos, no resultando de aplicación las previsiones contenidas en los artículos 655 y siguientes. Era igualmente imprescindible tal mención, en la medida en que el artículo 683 establecía que en ningún caso los créditos públicos, gocen o no de garantía real, podrían verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos. En la Disposición Adicional Octava ya no se mencionan, pues tales figuras han sido derogadas con la reforma.

Lo mismo cabe decir con relación a la exoneración de pasivo insatisfecho, dada la exclusión del crédito público del ámbito objetivo de la exoneración en la Ley Concursal (artículo 491 TRLC) y las reglas especiales contenidas en el artículo 489.5º, que excluyen igualmente los créditos de derecho público del ámbito de la exoneración.

En consecuencia, estos créditos no podrán ser clasificados como créditos con privilegio general, sino que tendrían el rango de crédito ordinario, sin perjuicio de la existencia de otras garantías otorgadas al crédito principal avalado, en cuyo caso ostentaría al menos el mismo rango en orden de prelación a los derechos correspondientes a la parte del principal no avalado. En todo caso, se deja a salvo la posibilidad de que cuando la operación avalada cuente con una garantía de naturaleza real se clasifique como crédito con privilegio especial, hasta donde alcance el valor del bien dado en garantía, de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley Concursal.

En otro orden de cosas, han de mencionarse otras condiciones de la financiación con aval público que presentan implicaciones prácticas relevantes para las entidades financieras en sede de reestructuración. En primer lugar, los créditos con aval público no son, en principio, susceptibles de ser cedidos a terceros, salvo autorización expresa, puesto que las condiciones de elegibilidad de las entidades acreedoras que pueden resultar beneficiarias de este tipo de avales están tasadas legalmente. En concreto, está vedada además su venta como cartera de préstamos morosos (*NPLs, non performing loans*), así como vía sub-participaciones o titulizaciones, salvo que la entidad renuncie al aval público del Estado. En segundo lugar, la existencia del aval público puede interferir en las posibilidades de nueva financiación o refinanciación que concedan las entidades financieras, dado que el carácter pari passu ínsito en su regulación ha sido interpretado de forma que las garantías que se aporten en otras financiaciones o refinanciaciones, cuando el deudor tenga operaciones avaladas, han ser compartidas con ICO cuando se cumplan determinados requisitos.

3. Medidas para la renegociación de la financiación con aval público.

Conviene hacer una somera referencia a una serie de medidas que, si bien ya no se encuentran vigentes, sí fueron relevantes en su momento, pues tenían por objeto el reforzamiento de la solvencia en un momento especialmente delicado para la economía, integrando el concepto de "*medidas de paraconcursalidad normativa*" que analizamos.

En efecto, el art. 5 del Real Decreto- ley 5/ 2021 de 12 de marzo, dispuso que la renegociación de la deuda financiera con aval público en el contexto COVID- 19, perseguía reforzar la solvencia de las empresas y autónomos que atravesasen un *«desequilibrio patrimonial temporal en los términos establecidos por Consejo de Ministros, como consecuencia de la caída significativa de sus ingresos derivada de la pandemia COVID- 19»*. Ello permite reforzar la solvencia de entidades en las que efectivamente concurra el elemento de la viabilidad, que es lo que legitimaría la intervención pública, de forma compatible con el derecho de la competencia y el marco europeo de ayudas de Estado [476] . El examen de este elemento, a nuestro juicio, se encuentra implícito en el análisis que ha de realizar cada entidad financiera, aplicando sus políticas y procedimientos de riesgos y control financiero.

Entre estas medidas, destaca la prevista en el art. 11 del Real Decreto- ley 5/ 2021, un Código de buenas prácticas, el cual fue finalmente aprobado mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021, teniendo por objeto la renegociación de la financiación avalada. El Código de Buenas Prácticas era de adhesión voluntaria para las entidades financieras supervisadas por el Banco de España, las cuales deberían comunicar su adhesión al mismo en el plazo de un mes, siendo objeto de publicación por parte de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional en su página web los nombres de las entidades adheridas al Código, incluyendo también las entidades que hubieran decidido no adherirse. La adhesión implicaba la asunción de una serie de compromisos por parte de las entidades, como el compromiso de mantener abiertas las líneas de circulante concedidas al deudor beneficiario, fijándose como plazo mínimo, hasta el 31 de diciembre de 2022; tampoco podían condicionar la concesión de las medidas previstas a la comercialización de otros productos, debiendo adoptar las decisiones aplicando sus procedimientos internos y sus políticas de concesión de riesgos. En todo caso, las entidades financieras deberán señalar estas operaciones en la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) y en sus sistemas de contabilidad y de riesgo con

[476] PULGAR EZQUERRA, J.: "La renegociación de la financiación con aval público (Covid-19)". Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 163. Julio-Septiembre 2021. Págs. 49-50. Entiende que constituiría una injustificada distorsión a la competencia si se prestase un apoyo público a empresas en las que no concurra el elemento de la viabilidad, permitiendo el crecimiento de empresas no rentables a costa de las rentables con apoyo público y el riesgo de crecimiento de las denominadas empresas zombies, citando al efecto el Informe OCDE Economic Policy Paper «*Confronting the zombies: policies for productivity revival*» December 2017, n.º 21.

el fin de facilitar su trazabilidad. Se añade el compromiso de colaborar entre sí de buena fe, no pudiendo constituir las medidas causa de vencimiento anticipado de las operaciones, estableciendo además que las entidades han de informar adecuadamente a sus clientes sobre la adhesión al Código y la posibilidad de acogerse al mismo.

En lo referente a las condiciones de elegibilidad de empresas y autónomos, la disposición adicional cuarta del Real Decreto- ley 5/ 2021, establece que los destinatarios de la línea para la reestructuración de deuda financiera Covid regulada en el título II de dicho Real Decreto, debían cumplir en el momento de presentación de la solicitud una serie de requisitos (comunes a las medidas del Título I y del Título III), adaptándose a cada una de las medidas en concreto.

Nos centraremos ahora en las medidas concretas cuya adopción podía ser solicitada por los clientes de las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas[477]:

- La extensión del plazo de vencimiento de los avales[478]. La extensión del plazo de vencimiento se contempla en el art. 7 del Real Decreto- ley 5/ 2021, de 12 de

[477] El Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 precisa que en caso de que se fuera a producir alguna modificación en los términos de las operaciones de financiación avaladas, las entidades tratarán de flexibilizar los términos de las operaciones de financiación no avaladas, con el fin de que la restauración de la posición de solvencia del deudor no descanse exclusivamente en las operaciones de financiación que cuentan con aval público. Con ello se pretende soslayar el riesgo de que se vulnere el denominado "test del acreedor privado" por razón de la participación preponderante del acreedor público en la renegociación.

[478] Las ampliaciones máximas de plazos vienen determinadas por la normativa de Ayudas de Estado de la Unión Europea y tienen en cuenta el volumen de ayuda pública que haya recibido el autónomo o la empresa en el momento de solicitar esta medida, estableciéndose dos categorías:

a) Empresas o autónomos que reciban un volumen de ayuda pública igual o inferior a 2.300.000 euros (sujetas al apartado 3.1 del Marco Temporal de Exención Europea) o los límites específicos que marca la UE para pesca, acuicultura y agricultura:
    - Si ya se acogieron a las extensiones reguladas en el Real Decreto-ley 34/2020 (que se podían solicitar hasta el 15 de mayo de 2021), podrán pedir una extensión por un período adicional de 2 años, siempre que el plazo final de la operación avalada (contando desde la fecha de formalización) no supere los 10 años.
    - Para el resto de operaciones se podrá pedir una extensión de 5 años, siempre que el vencimiento de la operación avalada (contando desde la fecha de formalización) no supere los 10 años.
b) Empresas o autónomos que reciban un volumen de ayuda pública superior a 2.300.000 euros (sujetas al apartado 3.2 del Marco Temporal de Exención Europea) o los límites específicos que marca la UE para pesca, acuicultura y agricultura:
    - Si ya se acogieron a las extensiones reguladas en el Real Decreto-ley 34/2020 (que se podían solicitar hasta el 15 de mayo de 2021), podrán pedir una extensión por un período adicional de 2 años, siempre que el plazo final de la operación avalada (contando desde la fecha de formalización) no supere los 8 años.
    - Para el resto de operaciones se podrá pedir una extensión de 5 años, siempre que el vencimiento de la operación avalada (contando desde la fecha de formalización) no supere los 8 años.

marzo, con remisión al desarrollo efectuado en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021. La medida constituye ayuda de estado y en consecuencia ha de ajustarse a la normativa correspondiente, resultando de aplicación los límites establecidos en los puntos 3.1 y 3.2 del Marco Temporal[479].

- Conversión en préstamo participativo[480]. Podían solicitar esta conversión de operaciones avaladas en préstamos participativos no convertibles en capital, los titulares de financiación avalada que tengan condición de persona jurídica. La entidad financiera aplicaría esta medida de acuerdo con sus procedimientos internos y sus políticas de concesión y de riesgos. De conformidad con el artículo 8 del Real Decreto-Ley 5/2021, se mantendría el aval público de aquellas operaciones de financiación que contasen con aval otorgado por la Administración General del Estado o por cuenta del Estado y que se conviertan en préstamos participativos en los términos del artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio.
- La realización de transferencias para la reducción del capital pendiente[481]. El Acuerdo del Consejo de Ministros estableció que la entidad financiera debería

Las entidades y las empresas y autónomos podrán acordar en todo caso la ampliación de los plazos de carencia de la operación. La comunicación debía en todo caso efectuarse como máximo el 1 de junio de 2022.

[479] Así, según el anexo II del Acuerdo de Consejo de Ministros, se distinguen deudores que reciban un importe de ayuda pública igual o inferior a 1.800.000 euros o a 270.000 euros si la empresa pertenece al sector de la pesca o agricultura o a 225.000 si la empresa pertenece al sector de producción primaria de productos agrícolas y de otro lado, deudores que hayan percibido unas ayudas públicas superiores a las señaladas. Posteriormente, dichos límites fueron elevados en la Sexta Modificación del Marco Temporal.

[480] En cuanto a los clientes destinatarios de las medidas, se dispone que son las empresas, personas jurídicas, deudores con operaciones de financiación con aval público -formalizado a partir del 17 de marzo de 2020 y con anterioridad a 13 de marzo de 2021- que tengan un importe de ayudas públicas (sujetas al 3.1 del Marco Temporal) igual o inferior a 2.300.000 euros o limites sectoriales aplicables. Las operaciones avaladas más las ayudas previamente recibidas en ningún caso podrá superar el límite de 2.300.000 euros o limite sectorial aplicable. El plazo para la presentación de la solicitud y comunicación a ICO finalizó el 1 de junio de 2022.

[481] En cuanto a los clientes destinatarios de las medidas, se establece que serán las empresas, y autónomos deudores con operaciones de financiación con aval público que tengan un importe de ayudas públicas (sujetas al 3.1 del Marco Temporal) igual o inferior a 2.300.000 euros o limites sectoriales aplicables. Las trasferencias recibidas más las ayudas previamente recibidas por el deudor en ningún caso podrá superar el límite de 2.300.000 euros o limite sectorial aplicable.

Por otro lado, también se dispone como condición que, con carácter general, las transferencias no podrán superar el 50% de la parte del principal avalado pendiente de cada operación siempre y cuando el banco asuma la reducción proporcional de la parte no avalada. La transferencia podrá llegar hasta el 75% del principal avalado para aquellos casos en los que la caída de la facturación en 2020 fue superior al 70% con respecto a 2019. El plazo máximo para la ejecución de los acuerdos y comunicación de las transferencias expiró el 1 de junio de 2023. El abono de las transferencias se realizará por orden de comunicación, estando

asumir una reducción del principal pendiente del préstamo equivalente al menos al porcentaje que supone la parte del préstamo no cubierta por el aval por el importe en que se vea reducido el principal pendiente del préstamo. Esta previsión suponía una quita (obligada) para la entidad financiera y ello en la práctica, como tal reducción del capital pendiente, implicaba una ayuda de Estado, eso sí, autorizada por la Comisión Europea[482].

Finalmente, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 también regulaba los términos de la renegociación cuando hubiera varias entidades financieras titulares de financiación con aval público respecto a un solo deudor. Se indicaba que, en tal caso, el deudor debía dirigir siempre su solicitud a la entidad financiera adherida al Código de Buenas Prácticas con la que tenga una mayor posición global de deuda con aval público, considerando el importe de financiación pendiente avalada. La entidad financiera que tuviera la mayor posición acreedora con aval público respecto al deudor asumiría la labor de coordinación e información al resto de entidades acreedoras, que tomarían una decisión conjunta y vinculante sobre las medidas que aplicarán a las operaciones de la empresa o autónomo, de forma que las posibles pérdidas que se asuman se repartan entre las entidades acreedoras de forma equilibrada y proporcional a las exposiciones de cada una de las entidades. Para ello, la entidad financiera con mayor posición acreedora con aval público debía informar de la petición al resto de acreedores adheridos y realizar una propuesta sobre las medidas que se podrían aplicar a las operaciones de financiación, tanto avaladas como no avaladas, contraídas por el deudor entre el 17 de marzo de 2020 y la fecha de publicación del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo. Para que la decisión fuese vinculante para los acreedores adheridos se dispuso que debía alcanzarse un acuerdo con acreedores que representen más del 50 % del importe pendiente de las operaciones avaladas del deudor, para las medidas recogidas en el anexo III del Acuerdo y del 66 % para las medidas del anexo IV del Acuerdo[483]. Finalmente, se aclaraba que de

limitado al agotamiento de los fondos establecidos para cada uno de los organismos que han concedido préstamos avalados, correspondiendo 2.750 millones de euros para avales gestionados por el ICO.

[482] A este respecto, en relación con las quitas como ayuda de estado indirecta en conexión con el convenio concursal, vid. PULGAR EZQUERRA, J. "El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas de estado", RcP, 1/2004. Pp. 131ss.

[483] Se aclara que, si el deudor fuera una PYME o un autónomo y no se alcanzaran los porcentajes anteriores, bastaría para que el Acuerdo de renegociación relativo a las medidas de los anexos III y IV de este Acuerdo fuera vinculante para el conjunto de las entidades con que la decisión se adopte, por los dos acreedores, en

estas reglas de coordinación debían excluirse las operaciones avaladas que contasen con garantía real.

4. Ejercicio de derecho de voto y financiación con aval público.

En el apartado 3 de la Disposición Adicional Octava se establecieron una serie de reglas especiales relativas a la actuación de las entidades financieras y el ejercicio del derecho de voto en sede en los procedimientos previstos en la Ley Concursal.

En primer lugar, como regla general, corresponde a las entidades financieras la representación de los créditos derivados de los avales públicos en los términos previstos en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 y posteriores. Precisa el precepto que compete a las entidades financieras titulares del crédito principal avalado el ejercicio por cuenta y en nombre del Estado de las comunicaciones y reclamaciones que fueran oportunas para el reconocimiento y pago de los créditos derivados de estos avales.

Por excepción, los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado asumirán la representación y defensa de los créditos derivados de los avales públicos regulados en esta disposición cuando el juez aprecie la existencia de conflicto de intereses o cuando por dicho motivo la Abogacía General del Estado, previa propuesta del Instituto de Crédito Oficial, entienda que la representación y defensa debe asumirse separadamente de la de los créditos de la entidad financiera.

Se añade que, además, los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado también podrían intervenir en los procedimientos previstos en la Ley Concursal en defensa del crédito derivado de estos avales públicos conforme al régimen establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. Esta intervención podrá tener lugar, sin necesidad de especial pronunciamiento del tribunal, cuando así se solicite motivadamente por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y, en todo caso y sin necesidad de que medie dicha solicitud, en los siguientes supuestos:

---

el caso del anexo III, o los tres acreedores, en el caso del anexo IV, adheridos que cuenten con la mayor participación en la deuda pendiente avalada del deudor.

- En la tramitación de la aprobación del convenio, en particular, para oponerse a la aprobación judicial del convenio.

- En la tramitación de la aprobación y homologación del procedimiento especial de continuación, en particular, para oponerse a la formación de clases y para la impugnación del auto de homologación del plan de continuación.

- En la tramitación del plan de reestructuración, en particular, para oponerse a la formación de clases y para impugnar u oponerse a la homologación del plan de reestructuración.

- Para el ejercicio de las acciones que fueran procedentes en los procedimientos de la ley concursal, cuando existan indicios de presunto fraude o irregularidades respecto a alguno de los intervinientes en la operación de financiación, sin perjuicio de otras actuaciones que pudieran llevarse a cabo en otros procedimientos judiciales fuera del ámbito de la Ley Concursal.

Se prevén una serie de limitaciones en relación con el contenido de los planes de reestructuración, de continuación o propuestas de convenios (similares a las de los créditos de derecho público), indicando que no pueden imponerse a estos créditos ninguno de los contenidos siguientes: el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario. Ello implica que no cabe arrastre en virtud del plan de reestructuración con respecto de tales medidas.

Se mantienen los efectos de la subrogación ex lege, elevando el rango de la disposición, declarando que el auto de declaración de concurso y el auto de apertura del procedimiento especial para microempresas del deudor avalado, independientemente de que se haya iniciado o no la ejecución del aval o se haya producido pago al acreedor principal, producirán la subrogación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital por la parte del crédito principal avalado, en particular, para que se ejercite la adhesión u oposición a las propuestas de convenio o el derecho de voto en los planes de continuación. Con independencia de la subrogación, la entidad financiera seguiría en todo caso representando el conjunto de los créditos derivados de la operación financiera,

incluyendo la parte del principal subrogado, en los términos previstos en los Acuerdos del Consejo de Ministros dictados en aplicación del artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo[484].

En cuanto a las reglas del ejercicio del derecho de voto, se distingue:

- En el caso de los planes de continuación o propuestas de convenio, el ejercicio del derecho a voto o la adhesión u oposición a la propuesta de convenio corresponderá al órgano de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que resulte competente para autorizar la suscripción y celebración de los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal conforme lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- En los planes de reestructuración corresponderá en todo caso el derecho de voto a la entidad financiera titular del crédito principal avalado. Este derecho de voto se emitirá de forma separada por la parte del crédito avalado respecto de la parte

[484] El desarrollo de esta previsión se contempla en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022. De acuerdo con su Exposición de Motivos, la finalidad última de los avales otorgados es contribuir a la supervivencia de empresas viables, de modo que se considera importante que éstos no sean un obstáculo para la extensión del plazo de vencimiento de aquellas operaciones de financiación en las que concurre la voluntad del intermediario financiero y el deudor, siempre que se garantice el cumplimiento con el Marco Temporal Europeo a este respecto. Por esa razón, continúa señalando la Exposición de Motivos, se solicitó autorización a la Comisión Europea para permitir la extensión de las garantías otorgadas por las administraciones concedentes de garantías públicas al amparo del Marco Nacional Temporal relativo a las medidas de ayuda destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y de los avales autorizados a través de la Decisión SA.56803 (2020/N), de 24 de marzo de 2020, y de su modificación, de forma que puedan alinearse a las extensiones de vencimiento que lleven a cabo los intermediarios financieros otorgantes de los préstamos u operaciones de financiación subyacentes en determinadas condiciones contenidas en el propio Acuerdo.

Estas medidas de flexibilización tienen su origen en la sexta enmienda del Marco Temporal Europeo, de 18 de noviembre, la cual, ante esta práctica habitual de los intermediarios financieros, declara en su considerando 12 que *«los Estados miembros pueden ampliar también la duración de las garantías concedidas en virtud de la sección 3.1, sección 3.2, y sección 3.12 del Marco temporal tras la expiración de dicho Marco, siempre que se respeten las condiciones establecidas en dichas secciones y de la sección 3.4. Las condiciones de dicha prórroga deben estipularse en los contratos de garantía iniciales entre el Estado y las entidades de crédito o financieras. Estas condiciones no deben dejar ningún margen de apreciación a las autoridades del Estado miembro cuando se amplíe la duración de la garantía. Los beneficiarios finales deberán ser informados en el momento de la concesión inicial de la financiación de que pueden solicitar una prórroga del vencimiento de dicha financiación, sin perjuicio de que las entidades de crédito o financie ras puedan aceptar o rechazar dicha solicitud de conformidad con sus políticas y procedimientos habituales»*.

En la nota explicativa publicada por la Comisión Europea el12 de mayo de 2022 con ocasión del anuncio de su intención de no prorrogar el Marco Temporal Europeo, la Comisión aclaró que, cuando se cumpliesen estas condiciones, no se dejaba capacidad de decisión al Estado acerca de la extensión de la garantía, la extensión no sería considerada nueva ayuda y podía, por tanto, ser implementada después de las fechas especificadas en el Marco Temporal Europeo.

restante del crédito no avalado que corresponde a la entidad financiera[485]. Para que las entidades financieras puedan votar favorablemente por la parte del crédito principal avalado en los planes de reestructuración deberán ser autorizadas previamente por la persona titular del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. No obstante, se aclara que las entidades financieras podrán votar favorablemente las propuestas de planes de reestructuración sin necesidad de recabar autorización de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando concurran las circunstancias previstas en los correspondientes Reales Decretos y Acuerdos de Consejo de Ministros adoptados al amparo del Marco Temporal Europeo y el artículo 16.2 del Real Decreto Ley 5/2021[486]. El desarrollo de estas previsiones se contiene para las Líneas de avales Covid en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022 y la Decisión de la Comisión Europea de 30 de junio de 2022[487]. De acuerdo con ello, se podrá extender el vencimiento de los avales otorgados por el ICO que cumplan las

[485] Vid. SÁNCHEZ VELO, L.: "La reestructuración de los créditos ICO Covid. ¿más cerca de la solución?", Diario la Ley, Sección Hoy es noticia, 22 de febrero de 2023. Este artículo se hizo eco de la nota aclaratoria publicada en Banc@ico el 15 de febrero de 2023, por la que se permitía el voto separado de las entidades financieras, también cuando se hubiera producido el "arrastre" del crédito ICO, considerando que ello suponía una flexibilización del tratamiento preconcursal permitiendo en mayor medida las reestructuraciones.

[486] El precepto indica también que, en el momento de presentar la solicitud de autorización, las entidades financieras deberán presentar informe motivado que justifique su propuesta y certificar que la solicitud no cumple las condiciones previstas para poder beneficiarse de las autorizaciones generales recogidas en los reales decretos y Acuerdos mencionados, siendo la solicitud objeto de inadmisión en caso de que no se certifique dicha circunstancia.

[487] En el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022 se dispone que el intermediario financiero decidirá, en aplicación de sus políticas y procedimientos estándar, extender el vencimiento del préstamo u operación de financiación subyacente, previa solicitud del beneficiario final.

El plazo máximo del aval desde la fecha de formalización de la operación avalada en ningún caso podrá exceder de diez años en el caso de los avales que cumplan las condiciones para los importes limitados de ayuda del apartado 3.1 del Marco Temporal Europeo ni de ocho años para los avales que cumplan las condiciones establecidas para las garantías de préstamos de conformidad con el apartado 3.2 del Marco Temporal Europeo.

Para los avales que cumplan las condiciones establecidas para los importes limitados de ayudas de conformidad con el apartado 3.1 del Marco Temporal Europeo, el coste de la garantía no variará con la extensión del plazo de la misma y la operación pasará a sujetarse, con efectos desde la fecha inicial de su formalización, al apartado 3.1 del Marco Temporal en caso de operaciones sujetas antes de la extensión a Reglamentos *de minimis* o al apartado 3.2 del Marco Temporal.

En todo caso, se aclara que la extensión del plazo de la financiación y del aval no determinará un incremento del tipo de interés aplicable a la operación subyacente ni en las comisiones u otros costes aplicables al beneficiario final, aun cuando tal incremento fuese conforme a las políticas y procedimientos estándar del intermediario financiero.

condiciones establecidas para los importes limitados de ayudas en apartado 2.1 del Marco Temporal Europeo y de los que cumplan con las condiciones establecidas en el apartado 2.2 del Marco Temporal de Crisis y de Transición, que regula las garantías sobre préstamos, incluso tras la finalización de la vigencia de estos apartados del Marco Temporal de Crisis y de Transición, siempre que se cumplan las circunstancias establecidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2023.

También se precisan las consecuencias de la falta de autorización previa de la AEAT, cuando sea preceptiva, indicando que ello dará lugar al perjuicio del aval, en la parte que no hubiera sido ejecutada y, en su caso, la conservación de los derechos de recuperación y cobranza por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, sin que el contenido del plan de reestructuración produzca efectos frente al mismo.

Se contiene una ulterior precisión, relevante en la práctica, en cuanto que las autorizaciones previas y los votos y adhesiones u oposiciones realizadas por la AEAT se entienden emitidos exclusivamente respecto de los créditos derivados de los avales públicos previstos en esta disposición y no afectará ni vinculará al derecho de voto derivado de los restantes créditos públicos calificados como ordinarios cuya gestión corresponda a la AEAT. En todo caso, las autorizaciones, votos, adhesiones u oposiciones realizadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria tendrán los exclusivos efectos previstos en esta disposición, sin perjuicio de las ulteriores responsabilidades que pudieran resultar de procedimientos administrativos o judiciales.

En resumen, la situación quedaría como sigue:

- Acuerdos extraconcursales o preconcursales (Libro II): se autoriza a la entidad financiera para que actúe en nombre y por cuenta del Estado (art. 16.2 RD Ley 5/2021 y apartado 3.b de la DA8 Ley 16/2022);

- Convenios o planes de continuación concursales (Libro I y Libro III): en virtud del art. 10.3 de la Ley General Presupuestaria el voto corresponde a la Ministra de Hacienda o quién ejerza la competencia por delegación, actualmente Directora del Departamento o los Delegados Especiales o Delegado Central de Grandes Contribuyentes según cuantía de la deuda. En todo caso, de conformidad con el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021, las entidades financieras han de analizar las propuestas de convenio realizadas dentro del concurso. Ello complementa, en sede de convenio, el informe que

ha de emitir la Administración Concursal, al amparo del artículo 348 del Texto Refundido de la Ley Concursal, relativo a la evaluación del contenido de la propuesta de convenio, en relación con el plan de pagos y en su caso plan de viabilidad que ha de acompañar. En el ámbito del procedimiento especial de microempresas, el artículo 697 quinquies, apartado 2, también prevé que sea el experto en reestructuración el que pudiera hacer alegaciones. Estos análisis serán tenidos en cuenta por la AEAT para la valoración de las propuestas de convenio y planes de continuación a los efectos de la emisión del voto[488].

5. La subrogación ex lege en el concurso del deudor avalado.

El contenido del apartado 4 de la Disposición reproduce el contenido del apartado Tercero del Anexo II del Acuerdo de Consejo de Ministros, que lleva por rúbrica "*Concurso del deudor avalado y subrogación del Ministerio titular del aval gestionado por ICO*". Se establecía así una especie de "*subrogación sintética*", en virtud de la cual el auto de declaración de concurso, independientemente de que se hubiera iniciado o no la ejecución del aval o se hubiera producido pago al acreedor principal, produciría, a los solos efectos de su intervención en el concurso, la subrogación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital por la parte del principal avalado conforme a lo previsto en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Esta previsión ha sido cuestionada por algunas resoluciones judiciales[489], con fundamento en la aplicación del principio de jerarquía normativa. Esta interpretación jurisprudencial considera que la subrogación tiene su origen única y exclusivamente en un acto administrativo, la Resolución de 12 de mayo de 2021 de la Secretaría de Estado y apoyo a la empresa, siendo que las normas legales no prevén dicha subrogación, a su juicio, porque ello sería contrario a lo previsto en el artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que solamente la establece para el caso en que el fiador efectúe el pago.

[488] En la práctica, el análisis se basa en las extensiones que se hubieran previsto en la propuesta de convenio y plan de continuación, de modo que si no hay quitas y los plazos de las extensiones se ajustan a las previsiones del Marco Temporal y los Acuerdos de Consejo de Ministros, la AEAT podría emitir voto favorable.

[489] Entre ellas, cabe citar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Pontevedra, de 18 de octubre de 2021, y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de A Coruña, de 7 de marzo de 2022. En contra, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 4 de marzo de 2022.

En contra de esta postura se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, núm. 347/2023, de 19 de mayo [490] . La Sentencia de apelación considera que la Resolución de 12 de mayo de 2021 no se opone al art. 263.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, constituyendo desarrollo de una norma de rango legal (el Real Decreto-Ley 5/2021). El precepto legal no agota ni excluye otras posibilidades de subrogación por cambio de acreedor. Argumenta la sentencia que las partes pueden convenir la subrogación del avalista automáticamente por efecto de la declaración de concurso siempre que con ello no se altere la regla de la eventual degradación del crédito de la garante establecida en el art. 263.2, ni se persiga cualquier otra finalidad fraudulenta o perjudicial para los demás acreedores.

En puridad, debe señalarse que la subrogación no tiene su origen únicamente en dicha Resolución, sino que se encuentra amparada por el contrato marco suscrito entre las entidades financieras y el ICO. En el contrato marco firmado con las entidades financieras se indicaba expresamente que ICO podría optar en cualquier momento por subrogarse por la totalidad del importe avalado, con independencia del pago efectivamente realizado hasta ese momento, en cuyo caso la Entidad se obligaba a formalizar con ICO cuantos documentos fueran necesarios para articular dicha subrogación total, incluyendo la aceptación por parte de la Entidad de un pago aplazado por un plazo máximo equivalente al de los pagos inicialmente previstos del aval. Esta posibilidad es compatible con que el banco siga obligado a realizar las labores de recuperación salvo que ICO comunique lo contrario.

Además, estamos ante un aval (que no un contrato de fianza) de ejecución progresiva, no inmediata. Esta ejecución progresiva conllevaría que trimestralmente (periodicidad de pago de los avales) se tendría que producir, ante el impago, la comunicación de la subrogación a la Administración Concursal para cada una de las financiaciones avaladas al concursado, lo que haría la gestión de los concursos, especialmente en aquellos con

[490] En cuanto a los antecedentes, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (MAETD) impugna la lista de acreedores del concurso de Servicios Gallegos Autónomos, S.A. para que, de un crédito de 51.911,60€, comunicado por CaixaBank, S.A. y avalado por el ICO le sea reconocido al MAETD en la cantidad de 41.146,44€. Ese importe corresponde al 80% del principal del crédito concedido por Caixabank, S.A. que era la cantidad que el ICO había avalado por cuenta del MAETD al amparo de la línea de avales regulada por los reales decretos leyes 8/2020 y 25/2020. El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña desestima la demanda al considerar que el crédito debía permanecer en su totalidad como titularidad de CaixaBank, S.A. y reconocerse en favor del MAETD un crédito contingente por el 80% en aplicación del art. 263.2 TRLC.

más de una operación avalada, excesivamente compleja. Esta previsión ha permitido facilitar la gestión de los concursos a través de un mecanismo que no perjudica en modo alguno al concursado, puesto que no modifica ni el importe ni la calificación del crédito, ya que además la normativa de los avales recoge que el crédito reconocido al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital ostenta la misma clasificación que el crédito correspondiente a la entidad financiera por la parte no avalada.

Partimos de que la subrogación es la operación jurídica en virtud de la cual una persona o cosa sustituye a otra, en el marco del cumplimiento de derechos y obligaciones, que puede tener lugar en la persona del deudor o del acreedor y que puede tener su origen en un acuerdo entre las partes, en el pago o en lo dispuesto en la ley. Pues bien, en este caso la subrogación supone un cambio en la persona del acreedor que tiene su origen en el propio régimen jurídico de los avales ICO (en este caso, en el contrato marco con las entidades financieras, incluyéndose posteriormente en el Acuerdo de Consejo de Ministros citado).

No debe confundirse la causa de la subrogación (ley o voluntad de las partes) con sus efectos, sustitución de la persona del deudor o del acreedor. En efecto, la subrogación incide sobre la titularidad del crédito, pero no altera su naturaleza ni sus características. Todo ello ocurre, además, sin necesidad de consentimiento del deudor, que nada puede oponer a la subrogación y sin necesidad de que el aval se haya ejecutado (ni se haya operado, en esa medida, pago alguno en favor del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital/ICO).

Por otro lado, conforme a doctrina y práctica mercantil bancaria las normas del Código Civil (vid. contrato de fianza, arts. 1822 CC) no agotan la regulación de las garantías personales (como el aval a primer requerimiento), pues al amparo de la libertad de pactos pueden establecerse válidamente cláusulas para adaptarse a las necesidades concretas de las partes intervinientes, que se apartan sustancialmente de las normas tradicionales de derecho civil en esta materia por tratarse de un negocio jurídico sustancialmente atípico.

En cualquier caso, la argumentación expuesta quedaría neutralizada por la regulación legal ahora comentada, pues la subrogación ya se recoge en una norma de rango suficiente, como especialidad de la regla general establecida en el artículo 263 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Debe tenerse en cuenta que la subrogación carece de relevancia a efectos del pago del crédito comunicado en el concurso, pues en todo caso la entidad financiera seguirá en todo caso representando el conjunto de los créditos derivados de la operación financiera, incluyendo la parte del principal subrogado, en los términos previstos en la normativa referida, debiendo compartir *pari passu* el importe de las recuperaciones obtenidas en sede concursal.

5. Afectación y formación de clases en planes de reestructuración.

En este punto, se ha producido una evolución, pasando de la posición adoptada inicialmente en el plan de reestructuración de Xeldist,[491], sobre el que la Audiencia Provincial de Pontevedra realizó una serie consideraciones en torno precisamente a la exclusión de determinados créditos del perímetro de afectación, hasta la actualidad, en que los planes de reestructuración han optado por afectar a créditos derivados de la financiación con aval público, imponiendo medidas equivalentes a las aplicables a otros créditos, si bien tomando en consideración y respetando las limitaciones previstas en la Disposición Adicional Octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal[492].

Una problemática que se ha suscitado en esta sede ha sido la relativa a la formación de clases y la inclusión del crédito ICO en una u otra. En este punto, ha de tenerse presente que la Disposición Adicional Octava prevé que se emita un voto separado por la entidad financiera: uno por la parte avalada por el Estado y otro por la parte no avalada. Pero ello no predetermina la clase en la que ha de encuadrarse el crédito ICO, pues el legislador no

[491] Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de abril de 2023, sobre el plan de reestructuración homologado por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Pontevedra. No quedaron afectados por el plan y, en consecuencia, estaban fuera de su perímetro los acreedores con créditos inferiores a mil euros, los créditos públicos y los créditos ICO y análogos, siendo éstos objeto de impugnación en cuanto a la bondad de dicha exclusión.

[492] Vid. Sobre el particular, SÁNCHEZ CAMPO, J. y RUIZ MEDRANO, G.: "Cuestiones actuales sobre la financiación ICO: protección en concurso, afectación y clasificación en planes de reestructuración", en *Análisis práctico de cuestiones relevantes en el derecho de reestructuraciones español*, Junio 2024, Cuatrecasas. Pág. 71. En dicho trabajo se contiene una recopilación de resoluciones judiciales relevantes en este ámbito: : Xeldist (Auto 189/22, dictado por el Juzgado de lo Mercantil N.3 de Pontevedra el 2 de diciembre de 2022), Alimentos El Arco (Auto 180/24, dictado por el Juzgado de lo Mercantil N.1 de Oviedo el 6 de mayo de 2024), Reverté (Auto 154/2023, dictado por el Juzgado de lo Mercantil N.11 de Barcelona el 12 de abril de 2023), Frime (Auto 358/2024, dictado por el Juzgado de lo Mercantil N.9 de Barcelona el 17 de abril de 2024), Transbiaga (Sentencia 71/2023, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Donostia-San Sebastián N.1 el 23 de noviembre de 2023), Haciendas Bio (Auto de 23 de octubre de 2023 dictado por el Juzgado de lo Mercantil N.2 de Badajoz), Telepizza (Auto 357/2023, dictado por el Juzgado de lo Mercantil N.5 de Madrid el 28 de septiembre de 2023) y Ezentis (Auto 366/2023, dictado por el Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla (Sección 1ª) el 23 de mayo de 2023).

ha impuesto una clase concreta a tal efecto. En este marco, la cuestión que se ha suscitado en la práctica es si era factible jurídicamente la separación del crédito ICO respecto a los restantes créditos financieros. De un lado, el artículo 623 del Texto Refundido de la Ley Concursal considera el interés común como criterio determinante para la formación de clases, atendiendo al rango concursal, de modo que podría pensarse en agruparlos con los restantes créditos financieros, dada su similar naturaleza. Pero, por otro lado, podría suscitarse la posibilidad de que se acordara su separación, sobre la base del artículo 623.3, habida cuenta del posible conflicto de interés entre la entidad financiera e ICO (mencionado en la propia Disposición Adicional Octava).

En este punto, interesa destacar la doctrina contenida en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Almería, de 30 de julio de 2024 (Caso SAT Naturchar), al hilo precisamente de la separación de dos clases distintas de la parte avalada y la parte no avalada de los créditos ICO-Covid. En efecto, la Sentencia afirma que "*el TRLC permite agrupar en clases los créditos pero no se contempla la posibilidad de segregar un mismo en dos clases. El crédito avalado por el ICO es un crédito financiero de ahí que la propia disposición adicional octava de la Ley 16/2022 se refiera a estos créditos de forma unitaria a los efectos de formación de clases, lo que confirma en el apartado 4 al regular las prohibiciones de los planes de reestructuración respecto de los créditos derivados de estos avales públicos*". Así, señala que "*las clases se han de formar por créditos no por acreedores… no resulta procedente dividir un solo crédito en dos clases, no se separan créditos de un mismo rango sino un solo crédito en dos clases*". La doctrina de la sentencia creemos que no es del todo correcta, pues el Texto Refundido de la Ley Concursal sí permite segregar un crédito en clases distintas. De hecho, así se dispone para los créditos de derecho público ex lege, en el artículo 624 bis, en función de su rango concursal. Podría argüirse que ello es una excepción legal, frente a la regla general opuesta. Pero sucede que en los créditos con privilegio especial ello sí tiene lugar respecto de la parte que está cubierta con el valor de la garantía, que goza de tal calificación, mientras que la parte no cubierta no tendría este rango concursal, siendo ordinario, por lo que se podría encuadrar en otra clase (art. 624 TRLC).

Además, concretamente respecto de los créditos con aval ICO lo que prevé la norma legal no es tanto la segregación del crédito en dos clases sino más bien permitir que las entidades financieras puedan emitir el voto de forma separada respecto de la parte avalada y no avalada, dado que, como además reconoce la propia sentencia "*sus intereses pueden*

diferir". Se ha planteado, en este contexto, si es posible a la luz de la norma legal acordar la separación del crédito en distintas clases. A priori, se aprecia que ambos créditos tienen la misma naturaleza (financiera) (art. 623.3 TRLC) así como un interés común (art. 623.2 TRLC, con un mismo rango concursal). No obstante, como se ha indicado, es cierto que, existiendo un conflicto de intereses, patentizado precisamente en la necesidad de emitir un voto separado, se podría argumentar que deben ser separadas ambas partes, avalada y no avalada, de acuerdo con el artículo 623.3. El problema que se suscita es la necesidad de respetar el principio de paridad de trato respecto a otros acreedores de su misma clase (art. 654.5º TRLC), dadas las limitaciones impuestas por la Disposición Adicional Octava en cuanto al contenido del plan[493].

En todo caso, lo que se está observando es que, en aras de la aprobación y homologación de los planes, y para evitar el perjuicio del aval, las entidades den prevalencia a los créditos derivados de las operaciones avaladas sobre las no avaladas, respetando el mínimo del pari passu. A este respecto, la doctrina se ha mostrado partidaria de una mayor flexibilidad a la hora de admitir quitas sobre los créditos avalados, recayendo esta decisión en la AEAT[494].

---

[493] Así, la Sentencia núm. 106/2023, de 13 de julio, del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, al hilo del plan de reestructuración de la sociedad Alimentos El Arco S.A. y en el marco de un procedimiento previo de confirmación de clases examina la cuestión de la separación. El plan de reestructuración partió de la división de los créditos derivados de operaciones de arrendamiento financiero en dos clases: la clase "leasing ICO" y la clase "leasing no ICO", atendiendo a estaban o no avaladas por el Estado. También se acudió al mismo criterio en relación a los créditos financieros ordinarios (distinguiendo entre "financieros ordinarios ICO" y "financieros ordinarios no ICO"). El Juzgado concluyó confirmando las clases propuestas habida cuenta de la ausencia de oposición de los acreedores. En esencia, afirmó que estaba justificada la división así configurada por diversas razones: la ausencia de interés común y el conflicto de intereses entre los créditos avalados y los no avalados; la imperatividad legal de solicitar la autorización de la AEAT ; el juego de la cláusula pari passu en cuanto a las quitas; la posible representación y postulación diferente en caso de ser asumida por la Abogacía del Estado en cuanto a la parte avalada; la subrogación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital desde el auto de declaración de concurso; el cambio de normas e instrucciones internas sobre la gestión de los créditos ICO, la falta de claridad para los deudores, etc. Un marco similar, pero sin contradicción previa, fue también homologado por el Juzgado de lo Mercantil N.11 de Barcelona en el plan de reestructuración del Grupo Reverté, Auto 154/2023, de 12 de abril.

[494] Procede aquí hacer una breve referencia a la virtualidad práctica de las medidas de flexibilización acordadas como consecuencia del Código de Buenas Prácticas, lo que contrasta con la pretendida demanda de una mayor flexibilización en el repago de la financiación con aval público en sede preconcursal, a los efectos de extraer las conclusiones correspondientes.

Para las empresas que se encontraban con más dificultades, las medidas mencionadas han permitido diluir la carga financiera entre un 35 y un 40% anual (en función del importe del préstamo y el plazo inicial de las operaciones) al ampliarse los plazos inicialmente establecidos para devolver los préstamos avalados. En particular, en el informe de cierre de las Líneas ICO-Covid, se destaca que tras la apertura del plazo para que empresas con personalidad jurídica (sociedad anónima, sociedad limitada, etc) pudieran solicitar la conversión de financiación avalada en préstamos participativos no convertibles en capital, no se registró

En la práctica, como hemos adelantado, se aprecia una evolución relevante en los planes de reestructuración que afectan al crédito ICO, habiendo aumentado su número desde las dudas iniciales en cuanto a su afectación[495]. En aplicación del régimen de autorización de los planes de reestructuración atribuido a la AEAT, se ha autorizado un aplazamiento de pago hasta 2034, superior al previsto legalmente, en algún supuesto (Caobar), lo que supone un precedente positivo en aras a posibilitar la continuidad de la actividad de los deudores, siempre que concurra el elemento de la viabilidad empresarial.

7.Referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la rescisión concursal y sobre la responsabilidad de fiadores de operaciones avaladas.

En materia de rescisión de pagos efectuados en el marco de las Líneas ICO-Covid, debe destacarse la publicación de cuatro sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Pontevedra (1, 2, 3 de julio de 2023), en el seno del mismo concurso de acreedores[496] se acordó la estimación de determinadas acciones de reintegración presentadas por el

demanda alguna, de forma que no se formalizó ni una sola operación de conversión. Por otro lado, el balance de los procesos de reducción del principal pendiente mediante transferencias ha supuesto desembolsos únicamente por importe de 1,3 millones de euros hasta junio de 2023 (fecha en la que concluía el periodo para solicitar estas medidas), siendo que el importe puesto a disposición ascendía en el caso de ICO a 2.750 millones de euros.

Como se puede observar, las medidas de refuerzo de la solvencia más efectivas han sido precisamente las extensiones del plazo de vencimiento de las operaciones, contrastando con la efectividad mucho más reducida de las otras dos medidas, lo que pudiera deberse al mayor impacto de la normativa prudencial aplicable a las provisiones bancarias en estas últimas (conversión en préstamos participativos y reducción del principal pendiente). Con todo, la recuperación de la actividad económica y la mejora de los niveles de venta y facturación desde 2021 han permitido también a las empresas hacer frente a dichas obligaciones de pago respetando el calendario de amortización inicial de las operaciones.

[495] Así, pueden citarse los casos de planes de reestructuración de ACTEMSA (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de A Coruña de 27 de septiembre de 2024), Alimentos El Arco (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, núm. 180/2024, de 6 de mayo), Aries Industrias del Plástico (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Madrid, núm.167/2024), Busining (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 15 Madrid núm. 548/2024, 18 de julio), Caobar (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 Guadalajara núm. 384/2024, de 30 de julio), Casa Botas (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 Pontevedra núm. 198/2024, de 6 de junio), Comercial Pernas (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 Pontevedra núm. 95/2024, 16 de octubre, si bien es denegatoria de la homologación), Daorje (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo núm. 246/2024, de 5 de julio), Fandicosta (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 Pontevedra, de 20 de mayo de 2024), García Faura (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 Barcelona, de 13 de mayo de 2024), Grupo Ecolumber (Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 6 Barcelona núm. 130/2024, de 16 de febrero (Ecolumber), núm. 129/2024, de 16 de febrero (Frutos Secos de la Vega) núm. 127/2024, de 16 de febrero (Uriarte Iturrate); Naviera Armas (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 Las Palmas núm. 779/2023, de 21 de diciembre); Outlet Andalucía (Auto del Tribunal de lo Mercantil nº 2 Sevilla núm. 81/2024, de 6 de marzo), Outlet Andalucía 2 (Auto del Tribunal de lo Mercantil nº 2 Sevilla núm. 146/2024, de 13 de mayo), Peixemar (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 Pontevedra núm.197/2024, de 6 de junio), Turner Publicaciones (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 16 Madrid núm.272/2023, de 15 de diciembre).

[496] Se trataba del concurso ordinario nº 270/2020, de Almacenes Celso Míguez, S.A.

administrador concursal respecto a una serie de pagos realizados por la sociedad meses antes de la declaración del concurso, vinculados a la financiación con aval público prevista en el art. 29 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Estos pagos, se decía, tenían por objeto la cancelación de deudas financieras de la sociedad para con dichas entidades. Como consecuencia de la estimación de las acciones de reintegración, las entidades venían obligadas a restituir a la masa activa los importes aplicados al pago de dichas deudas financieras, renaciendo los créditos que habían sido extinguidos con dichos pagos, los cuales debían ser reconocidos en el concurso como créditos concursales[497]. En punto a los antecedentes, las sentencias parten del presupuesto de que la concursada se encontraba en insolvencia inminente, a tenor de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra nº 6/2023, desde de enero/febrero de 2020. El fundamento de la estimación de las sentencias es la existencia de un perjuicio contra la masa, por cuanto que consideran que los pagos cuestionados infringieron la *par conditio creditorum* porque favorecieron a un acreedor, esto es, la entidad de crédito que concedió la financiación, perjudicando la posición de otros acreedores que ostentaban un rango concursal igual o incluso superior a la entidad[498].

En todo caso, debe tenerse presente que, tal y como ha destacado la jurisprudencia[499], para determinar la existencia o no de perjuicio es preciso tomar en consideración los los hechos y circunstancias que rodean el acto u operación concreto, así como el contexto en que se produjeron, para evitar errores de apreciación y, en particular, el denominado

[497] Con posterioridad, se tuvo también conocimiento de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Castellón, de 30 de junio de 2023, en que ejercitándose una pretensión sustancialmente idéntica, se llegó a la conclusión contraria, pues se desestimó la acción de reintegración al no considerar acreditado perjuicio alguno para la masa activa.

[498] Las sentencias se basan en la doctrina contenida en la STS nº 170/2021, con la siguiente cita literal: *"como afirmamos en las sentencias 629/2012, de 26 de octubre, y 487/2013, de 10 de julio, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, como precisábamos entonces, «ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum".*

[499] STS de 8 de noviembre de 2012, entre otras.

"*sesgo retrospectivo*" [500] . La problemática que se plantea aquí es que los fondos concedidos por la entidad se utilizan para la cancelación de posiciones deudoras, lo que equivale en realidad a una refinanciación[501]. En todo caso, la mera cancelación de la deuda preexistente o sustitución por otra nueva con el mismo acreedor no implica *per se* ni presunción ni prueba de perjuicio alguno[502]. Aun cuando efectivamente no se trate de operaciones que no estén protegidas por la irrescindiblidad, resulta cuestionable que se presuma el perjuicio por esta sola causa.

A mayor abundamiento, las sentencias parten de una concepción errónea de la regla pari passu contenida en la normativa aplicable a los avales Covid. En efecto, el Acuerdo de Ministros de 24 de marzo de 2023 señaló que "*se trata de avales en rango «pari passu», en los que se comparte riesgo con las entidades financieras*", es decir, donde la entidad de crédito comparte con el Estado las pérdidas y el importe obtenido de las recuperaciones en proporción al porcentaje de cobertura del aval. La normativa exige la compartición de las garantías personales o reales anejas a la operación, sin que pueda la entidad financiera constituir garantías para asegurar exclusivamente la parte no avalada de la operación. En último término, la eventual infracción de esta regla ha de desplegar sus efectos inter partes, siendo ello ajeno al examen de la posible rescisión de los pagos realizados en sede concursal e irrelevante para determinar la existencia o no de la vulneración de la pars conditio creditorum.

Finalmente, las sentencias fueron revocadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra, (Sección 1ª, Sentencia 121/2024, de 8 marzo de 2024)[503]. Los argumentos esenciales para

[500] FACHAL NOGUER, N., "La rescindibilidad concursal de los pagos de deudas financieras preexistentes mediante financiación con avales ICO-COVID", en ACTUM (Francis Lefebvre), Comentario de Autor.

[501] Nótese que la financiación, de acuerdo con el contrato marco suscrito con las entidades financieras, no podía aplicarse a la cancelación o amortización anticipada de deudas preexistentes, salvo las refinanciaciones de las líneas de circulante por mayor plazo y/o importe.

[502] De hecho, el art. 71 bis de la derogada Ley Concursal declaraba irrescindibles las refinanciaciones en las que "*se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad*".

[503] En la doctrina, se han mostrado a favor del carácter rescindible de los pagos sostenido por las sentencias de instancia: FACHAL NOGUER, N., "Rescisión concursal de la cancelación de deudas avaladas por el ICO", Almacén de Derecho, 6/7/2023 y "Algunas reflexiones acerca de la financiación ICO-Covid cuando la acreditada entra en concurso", Almacén de Derecho, 10/10/2023; FERNÁNDEZ MAESTRE, J., ""El abuso de la operativa ICO: rescindibilidad concursal", La Ley Insolvencia, n.º 19, abril-junio 2023, La Ley 9085, 9086/2023.

la revocación de la sentencia son esencialmente la inexistencia de un sacrificio patrimonial injustificado pues se obtiene nueva financiación (dinero nuevo) a través de la operación. En segundo lugar, no considera que se hayan producido pagos que hayan disminuido la masa activa del concurso, pues se enmarcan en una operación más amplia y compleja que ha permitido un mayor plazo y financiación adicional. En este sentido, entiende que el aplazamiento en el vencimiento de los créditos permite liberar recursos de tesorería y atender a pagos inmediatamente exigibles. Tampoco se observa que la situación de la entidad financiera que concede la financiación mejore con respecto al resto de los acreedores, puesto que sus créditos no se modifican en cuanto a su clasificación concursal. Finalmente, considera que no hay vulneración de la pars conditio creditorum, pues lo que se observa es una operación más global, no debiendo solamente atender a la existencia de pagos concretos, sin que sea identificable la regla pari passu con la pars conditio creditorum.

Por otro lado, se han planteado supuestos en que el fiador de una operación de financiación con aval público opone a la reclamación formulada por la entidad financiera la nulidad del aval por error vicio del consentimiento. Los pronunciamientos jurisprudenciales han sido dispares. Al respecto, puede citarse, en primer lugar, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº29 de Barcelona, de 2 de octubre de 2023, que resuelve la acción declarativa interpuesta contra la entidad financiera por considerar que concurre nulidad por error vicio del consentimiento del contrato de fianza del préstamo ICO concertado; subsidiariamente, se solicita la reducción de la fianza al 20% del capital concedido. La sentencia en este caso considera probado que el administrador fue quien negoció con la entidad, no los fiadores, sin que constara acreditado que se hubiera hecho entrega a los fiadores de la documentación correspondiente con carácter previo a la firma de la póliza. Por otro lado, se destacaba que el Estado al publicitar las

---

En contra del criterio de las sentencias de instancia puede citarse: VILLORIA RIVERA, I., "Rescisión concursal de pago efectuados con fondos procedentes de créditos con garantía ICO (Comentario a las sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra de 1, 2 y 3 de julio de 2023), Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones, n.º 11, 2023, págs. 329-343.; MARTÍNEZ SANZ, F., "Algunas reflexiones acerca de la financiación ICO-Covid cuando la acreditada entra en concurso", Almacén de Derecho (ver), 10/10/2023; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., "Sobre la rescindibilidad de los pagos efectuados con las líneas ICO-Covid y el perjuicio para la masa", Almacén de Derecho, 29/8/2023; y GONZÁLEZ CORTADE, JORGE, "Acciones rescisorias concursales y avales concedidos por el Instituto de Crédito Oficial en el marco de la pandemia Covid-19. Comentario de las sentencias del Juzgado de l Mercantil n.º 1 de Pontevedra, números 48/49/51/2023, de 1, 2 y 3 de julio", La Ley Mercantil, n.º 110, Sección Empresa y Empresario, febrero de 2024, La Ley 8067/2024.

condiciones de los préstamos indicaba que se avalaría hasta el 80% del capital, de modo que había que reducir el aval hasta el porcentaje del 20%. La sentencia concluye que ha habido error esencial, en atención a las circunstancias concurrentes, y reduce el porcentaje del afianzamiento al 20%[504].

En contra de esta posición, se han pronunciado otros Juzgados, como el de Primera Instancia e Instrucción nº2 de Getafe, señalando que los términos de la fianza son claros, con un epígrafe breve e inequívoco ("Fiadores") que aparece destacado en línea propia; y su contenido no se limita a referirse a la renuncia de los reiterados beneficios de excusión, orden y división, sino que incorpora una explicación breve y clara sobre sus consecuencias jurídicas y económicas al afirmar que *"[...] garantiza solidariamente …con el prestatario, todas las obligaciones que éste contrae por el presente contrato".* En este sentido, recientemente, el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, en la Sentencia núm. 274/2024, de 17 de julio, declara que el contrato había previsto claramente que la fianza abarcaba la totalidad de la obligación asumida por el prestatario principal, siendo que las cláusulas relevantes son claras, de modo que de su lectura se deduce que no hay duda alguna en términos de control de incorporación.

En relación con esta cuestión, debe recordarse que contractualmente, en cumplimiento de lo establecido en las Decisiones de la Comisión Europea que autorizaron el libramiento de los avales[505], las pérdidas se comparten de forma proporcional entre el Estado y la entidad financiera. En consecuencia, por razón de la aplicación de la cláusula pari passu, las garantías que se establezcan deben asegurar la totalidad de la operación y no solamente la parte del riesgo que asume la entidad, la parte no avalada. A nuestro entender, ello supone la subordinación de la posición del Estado frente a la de la entidad financiera, siendo este resultado contrario a la literalidad y al régimen de ayudas de Estado aplicable.

[504] En este mismo sentido, cabe citar igualmente, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de A Estrada, núm. 23/2024, de 23 de febrero y la del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona, núm. 1596/2023, de 2 de octubre.

[505] Vid. a este respecto, la primera de las Decisiones de la Comisión Europea, State Aid SA.56851 (2020/N), que establecía, entre otras condiciones: "*Losses are sustained proportionally and under the same conditions by the financial intermediary and the competent granting authority".* Esta previsión se reiteraba en las posteriores Decisiones de la Comisión Europea, en idénticos términos que ésta, constituyendo el principio pari passu, recogido en los Acuerdos de Consejo de Ministrros que implementaban los avales públicos.

II. MEDIDAS DE RECAPITALIZACIÓN DE EMPRESAS: EL FONDO DE SOLVENCIA DE EMPRESAS ESTRATÉGICAS RECAPITALIZACIÓN DE EMPRESAS AFECTADAS POR EL COVID.

1. Marco normativo.

Junto a las medidas ya analizadas, se desplegaron diversas medidas al amparo de la normativa extraordinaria para facilitar la supervivencia empresarial durante la crisis del COVID-19[506]. Tras la aprobación por la Comisión Europea de la segunda y tercera modificación del Marco Temporal COVID-19, el Reino de España notificó un esquema de ayudas que sería implementado a través del Fondo de Solvencia de Empresas Estratégicas, el cual amparado en la habilitación contenida en el Marco Temporal. Por medio de la Decisión SA.57659 (2020/N) de 31 de julio de 2020 la Comisión Europea manifestó la compatibilidad de dicho mecanismo con el mercado interior, de acuerdo con el artículo 107 (3) del TFUE.

El Fondo de Apoyo para la Solvencia de Empresas Estratégicas (en adelante, FASEE) fue creado por el artículo 2 del Real Decreto-Ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, que determina que forma parte del sector público estatal como fondo sin personalidad jurídica y será gestionado, a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), por el Consejo Gestor del FASEE, órgano colegiado interministerial adscrito al Ministerio de Hacienda. La Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del FASEE, reguló su

[506] Vid. a este respecto, la distinción realizada por TAPIA HERMIDA, A. "El Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas (FASEE), como instrumento de salvamento contra la pandemia del COVID-19", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre 2020, págs. 217-240. En efecto, dentro de los instrumentos que integran dicha normativa extraordinaria, hace la siguiente clasificación: en primer lugar, normativa extraordinaria funcional, que presenta dos tipos de manifestaciones: las reformas de la normativa concursal dirigidas a flexibilizar el deber del empresario de solicitar el concurso de acreedores y gestionar el eventual convenio alcanzado en liquidación; y las reformas de la legislación societaria que establecen que, a los efectos de la causa legal de la disolución por pérdidas, no computen las pérdidas del ejercicio 2020. Una muestra de dicha normativa se encuentra precisamente en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19, en el ámbito de la Administración de Justicia, estableciendo una serie de medidas concursales y societarias. En segundo lugar, normativa extraordinaria estructural o institucional, dentro de la que incluye el Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas (FASEE) y puede igualmente englobarse el Fondo de Recapitalización de Empresas. En ese mismo número de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil, vid. sobre este tema, OLMEDO PERALTA, E.: "Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas afectadas por la pandemia del COVID-19". Págs. 265-272.

funcionamiento, las condiciones aplicables a las operaciones financiadas con cargo al mismo, determinando, entre otros aspectos, las condiciones generales y los criterios de elegibilidad de las empresas beneficiarias y la composición y funciones del Consejo Gestor. Posteriormente, se ha producido el desarrollo de las normas de funcionamiento del Fondo por medio de la Disposición Adicional Novena del Real Decreto-Ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales.

El Fondo se rige por lo establecido en el artículo 137 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, como fondo carente de personalidad jurídica, adscrito a la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Hacienda. El Fondo sería gestionado, a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), por el Consejo Gestor, órgano colegiado interministerial adscrito al Ministerio de Hacienda a través de la Subsecretaría de Hacienda. Supletoriamente, se rige por lo previsto en el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le resulten de aplicación. El Fondo forma parte del sector público estatal como fondo sin personalidad jurídica a los efectos del artículo 2.2.f) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, estando sujeto al régimen de presupuestación, contabilidad y control previsto en la misma. A los efectos de rendición de cuentas ante el Tribunal de Cuentas tendrá la condición de cuentadante el Presidente del Consejo Gestor.

Por su parte, el Fondo de Recapitalización de empresas afectadas por COVID (en adelante, FONREC) gestionado por COFIDES fue autorizado por la Decisión de la Comisión Europea SA.56851 (2020/N), de 2 de abril de 2020, como complemento al Fondo anterior y con un esquema de funcionamiento similar pero no idéntico. El Fondo se crea en el artículo 17 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, tomando como base jurídico-administrativa el artículo 137 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto que fondo carente de personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a través de la Secretaría de Estado de Comercio (actualmente adscrito al Ministerio de Economía, Comercio y Empresa). El Fondo, según la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2021, está enfocado en complementar el Fondo gestionado por SEPI para la recapitalización de empresas estratégicas, de mayor tamaño, "*mediante el fortalecimiento y recuperación ágil y eficaz de la solvencia de aquellas empresas de mediano tamaño que, siendo viables*

a medio y largo plazo, se están viendo afectadas por los efectos de la pandemia en sus balances y en sus mercados." Conforme a lo previsto en el artículo 17 del Real Decreto-Ley 5/2021, el Consejo de Ministros, en su reunión de 15 de junio de 2021, adoptó el Acuerdo por el que se establece el funcionamiento del Fondo de recapitalización de empresas afectadas por la COVID-19, F.C.P.J., el cual fue modificado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2021[507].

El Fondo forma parte del sector público estatal como fondo sin personalidad jurídica a los efectos del artículo 2.2.f) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, estando sujeto al régimen de presupuestación, contabilidad y control previsto en la misma. Se rige por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en el presente real decreto-ley y en el resto de las

[507] Las modificaciones afectan a los siguientes aspectos:

- Eliminación del requisito de reducción del importe neto de la cifra de negocio en más de un 20% de 2020 con respecto a 2019: se suprime este requisito pues en la práctica se había observado la existencia de numerosos casos en los que se ha producido un deterioro relevante de los niveles de solvencia de la empresa beneficiaria a nivel individual y, en su caso, consolidado, como consecuencia de la COVID-19, sin que se haya producido un descenso del importe neto de su cifra de negocios superior al 20%.
- Deterioro en la estructura de capital: se permitirá que el deterioro en la estructura de capital, entendida como la ratio de patrimonio neto respecto de deuda financiera neta, pueda calcularse comparando el ejercicio 2019 con el 2020 o, de manera alternativa, con datos de cierre o intermedios auditados del ejercicio 2021.
- Posibilidad de reversión de la situación de empresa en crisis: una empresa o grupo de empresas viables que tuvieran la consideración de empresa en crisis a 31 de diciembre de 2019 podrán ser ahora elegibles siempre que hayan revertido dicha situación financiera a fecha de solicitud del apoyo temporal del FONREC.
- Reducción del umbral mínimo del importe neto de la cifra de negocio anual: se modifica el umbral mínimo del importe neto de la cifra de negocio de las compañías que pueden acceder a la financiación del FONREC, que queda situado a nivel consolidado entre 10 y 400 millones de euros (anteriormente se fijaba entre 15 y 400 millones de euros) al cierre de 2019. Además, aquellas compañías que sobrepasen los 400 millones de euros de facturación a nivel consolidado y justifiquen no haber podido acceder al Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionadas por SEPI, por no alcanzar el importe mínimo de apoyo previsto en este fondo, también podrán solicitar y ser beneficiarias del FONREC.
- Importe mínimo de operación por beneficiario: disminuye el importe mínimo por beneficiario de las operaciones financiadas desde los 3 millones de euros a 2,5 millones de euros en el caso de las pymes, quedando la horquilla de posible financiación de FONREC entre 2,5 y 25 millones de euros (antes: 3 y 25 millones de euros).
- Destino de los fondos: se amplía el criterio por el cual no se podía destinar la financiación concedida a la amortización de intereses ordinarios siempre y cuando ello esté previsto en el plan de viabilidad presentado por la empresa solicitante. En ningún caso podrá destinarse el importe solicitado a amortizar anticipadamente las deudas de terceros acreedores.
- Límite del apoyo temporal en instrumentos de deuda: se ajusta el criterio por el que el importe máximo del apoyo público temporal por beneficiario en instrumentos de deuda no podía superar ni el doble de los costes salariales anuales del beneficiario a 2019 o el último año disponible, ni el 25% del volumen de negocios total de 2019. Este importe máximo no podrá superar el mayor de estos dos límites, según la modificación.

normas de derecho administrativo general y especial que le resulten de aplicación. Corresponde al presidente de la Gestora ostentar la condición de cuentadante a efectos de rendición de cuentas ante el Tribunal de Cuentas.

2. La doctrina del TJUE: la Sentencia de 19 de mayo de 2021 en el Asunto Ryan Air vs Comisión Europea.

Debemos comenzar haciendo referencia a la impugnación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Decisión SA.57659 (2020/N) de 31 de julio de 2020, base jurídica de la constitución del Fondo de Solvencia de Empresas Estratégicas, por su relevancia. En efecto, la impugnación dio lugar al asunto T 628/20 (RYAN AIR vs Comisión Europea) y fue resuelta a través de la Sentencia de 19 de mayo de 2021[508]. La Sentencia concluye que el Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas españolas que atraviesen dificultades temporales debidas a la pandemia de Covid-19 es conforme con el Derecho de la Unión, y que la medida en cuestión, destinada a la realización de operaciones de recapitalización y dotada con un presupuesto de 10.000 millones de euros,

[508] En el recurso interpuesto el 16 de octubre de 2020, la parte demandante invocó cinco motivos de anulación de la Decisión (UE) de la CE de 31 de julio de 2020 relativa a la ayuda estatal SA 57659 (España-Recapitalisation Fund):

- Primer motivo, basado en que la Comisión Europea infringió determinadas disposiciones del TFUE y violó los principios generales del Derecho europeo relativos a la prohibición de discriminación, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, en que se asienta la liberalización del transporte aéreo en la Unión desde finales de la década de los 80 del siglo XX. La liberalización del mercado del transporte aéreo en la Unión ha permitido el crecimiento de genuinas aerolíneas paneuropeas de bajo coste. Al autorizar a España a reservar las ayudas a las empresas establecidas en España, la Comisión Europea ignoró el perjuicio ocasionado por la crisis de la COVID-19 a las compañías aéreas paneuropeas y su función en la conectividad aérea de España. El artículo 107 TFUE, apartado 3, letra b), prevé una excepción a la prohibición de conceder ayudas de Estado consagrada en el artículo 107 TFUE, apartado 1, pero no contempla una excepción a las demás normas y principios del TFUE.
- Segundo motivo, basado en que la Comisión Europea aplicó erróneamente el artículo 107 TFUE, apartado 3, letra b), puesto que incumplió su obligación de ponderar los efectos benéficos de la ayuda con sus efectos adversos sobre las condiciones de los intercambios y el mantenimiento de una competencia no falseada (esto es, el «examen de ponderación»).
- Tercer motivo, basado en que la Comisión Europea no ejerció su facultad de apreciación al examinar la ayuda estatal e incurrió en error de Derecho al permitir a España actuar discrecionalmente al seleccionar a los beneficiarios del régimen de ayudas.
- Cuarto motivo, basado en que la Comisión Europea no emprendió un procedimiento de investigación formal pese a existir graves dificultades y violó las garantías de procedimiento de la parte demandante.
- Quinto motivo, basado en que la Comisión incumplió su deber de motivar la decisión.

constituye un régimen de ayudas de Estado, pero de carácter proporcionado y no discriminatorio[509].

Recuerda la Sentencia que el presupuesto del citado régimen de ayudas, financiado con cargo a los presupuestos del Estado, se fijó en 10. 000 millones de euros hasta el 30 de junio de 2021. La Comisión Europea consideró que el régimen notificado constituía una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, de modo que procedió a su análisis de conformidad con la Comunicación de 19 de marzo de 2020, titulada «*Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19*»[510]. Mediante la Decisión de 31 de julio de 2020, la Comisión declaró el régimen notificado compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra b)[511]. De acuerdo con dicha Decisión, las ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro podrían considerarse, en ciertas condiciones, compatibles con el mercado interior.

El Tribunal General de la Unión Europea procedió a examinar la compatibilidad con el mercado interior del régimen de ayudas de Estado adoptado en respuesta a las consecuencias de la pandemia de Covid-19 a la vista del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra b)[512]. El Tribunal explica en la sentencia el modo en que se combinan las normas

[509] Vid. el análisis de la sentencia realizado por KORNEZOV, A. Medidas de recapitalización en apoyo de las empresas sistémicas y estratégicas para la economía española frente a la pandemia de Covid- 19TG, Sala Décima ampliada, S 19 May. 2021. Asunto T-628/20: Ryanair/Comisión (Espagne; Covid-19) La Ley Unión Europea, ISSN-e 2255-551X, número 93, 2021; y por DI COMITE, V. "La legitimidad del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas para la economía española en tiempos de COVID-19: La sentencia del Tribunal General "Ryanair DAC/Comisión", Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, Año nº 26, Nº 71, 2022, págs. 107-124. PETIT LAVALL, M.V.: Normas covid-19 de ayudas temporales a compañías aéreas y su aplicación a través del fondo de apoyo a la solvencia (1) Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), ISSN-e 2697-0953, Nº. 8, 2022, págs. 49-70.

[510] Comunicación C-2020/1863 (DO 2020, C 91 I, p. 1), modificada el 3 de abril de 2020 (DO 2020, C 112 I, p. 1), el 13 de mayo de 2020 (DO 2020, C 164, p. 3) y el 29 de junio de 2020 (DO 2020, C 218, p. 3).

[511] Decisión C (2020) 5414 final sobre la ayuda de Estado SA.57659 (2020/N) — España — COVID-19 — Fondo de recapitalización.

[512] En su sentencia de 17 de febrero de 2021, Ryanair/Comisión (T-238/20, EU:T:2021:91), el Tribunal General realizó un examen análogo de la legalidad de un régimen de ayudas de Estado adoptado por Suecia en respuesta a las consecuencias de la pandemia de Covid-19 sobre el mercado sueco del transporte aéreo (véase el CP 16/21). En su sentencia de 14 de abril de 2021, Ryanair/Comisión (Finnair; Covid-19) (T-388/20, EU:T:2021:196), el Tribunal General procedió a examinar también, sobre la base del artículo

relativas a las ayudas de Estado con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el artículo 18 TFUE, párrafo primero, así como el concepto de «*régimen de ayudas*» en el sentido del artículo 1, letra d), del Reglamento 2015/1589[513].

El Tribunal llevó a cabo, en primer lugar, un control de legalidad de la Decisión de la Comisión a la luz del principio de no discriminación, a los efectos de determinar si la diferencia de trato instituida mediante el régimen de ayudas referido, en la medida en que solo pueden acceder a él las empresas con domicilio social en España y que tengan sus principales centros de trabajo en España, estaba justificada por un objetivo legítimo y si era necesaria, adecuada y proporcionada para alcanzarlo. El Tribunal procedió también a examinar la incidencia del artículo 18 TFUE, párrafo primero, que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados, sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos.

El Tribunal confirmó, por un lado, que el objetivo del régimen controvertido satisface los requisitos del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra b), en la medida en que se trataba efectivamente de poner remedio a la grave perturbación ocasionada en la economía española provocada por la pandemia de Covid-19. El Tribunal añade además que el criterio de la importancia estratégica y sistémica de los beneficiarios de la ayuda refleja claramente el objetivo de la ayuda en cuestión.

El Tribunal declaró, además, que la limitación del régimen controvertido exclusivamente a las empresas no financieras que revistan una importancia sistémica o estratégica para la economía española y que tengan su domicilio social y sus principales centros de trabajo en territorio español era adecuada y, a la vez, necesaria para alcanzar el objetivo de poner remedio a la grave perturbación causada a la economía de España. Según el Tribunal,

---

107 TFUE, apartado 3, letra b), una medida de ayuda individual adoptada por Finlandia en el marco de la pandemia de Covid-19 (véase el CP 53/21).

513 De conformidad con el artículo 1, letra d), del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 [TFUE] (DO 2015, L 248, p. 9), constituye un régimen de ayudas «*el dispositivo con arreglo al cual se pueden conceder ayudas individuales a las empresas definidas en el mismo de forma genérica y abstracta, sin necesidad de medidas de aplicación adicionales, así como todo dispositivo con arreglo al cual pueda concederse ayuda, no vinculada a un proyecto específico, a una o varias empresas por un período indefinido o por un importe ilimitado*».

tanto los criterios de elegibilidad de los beneficiarios del régimen como las modalidades de concesión de las ayudas, consistentes en la entrada temporal del Estado español en el capital de las empresas afectadas, como las restricciones *ex post* establecidas por dicho régimen frente a los beneficiarios de las ayudas[514] reflejan la voluntad de España de apoyar a las empresas que estén verdadera y permanentemente implantadas en la economía española. Esta solución se consideró coherente con el objetivo del régimen, dirigido a poner remedio a la grave perturbación de la economía española desde una perspectiva de desarrollo económico a medio y largo plazo.

En cuanto al carácter proporcionado de régimen de ayudas, el Tribunal concluyó que, al establecer modalidades de acceso a la ayuda de alcance general y de carácter multisectorial, sin distinción del sector económico de que se trate, España podía legítimamente basarse en criterios de elegibilidad dirigidos a identificar a las empresas que presentan una importancia sistémica o estratégica para su economía y a la vez un nexo duradero y estable con esta última. En efecto, un criterio de elegibilidad diferente, que incluyera a las empresas que operen en territorio español como meros prestadores de servicios, no habría podido garantizar la necesidad de una implantación estable y duradera de los beneficiarios de la ayuda en la economía española, subyacente al régimen de ayudas controvertido.

Como corolario a lo anterior, el Tribunal confirma que el objetivo del régimen controvertido satisface los requisitos de la excepción del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra b), y que las modalidades de concesión de esta ayuda no van más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo. De esta manera, se concluye que el referido régimen no vulnera el principio de no discriminación ni infringe el artículo 18 TFUE, párrafo primero.

En segundo lugar, el Tribunal examina la Decisión de la Comisión a la luz de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento proclamadas en el artículo 56 TFUE y en el artículo 49 TFUE, respectivamente. A este respecto, el Tribunal recuerda

[514] Aquí se mencionan las obligaciones de transparencia y de rendición de cuentas a las autoridades nacionales sobre la utilización de la ayuda en cuestión y de la prohibición, mientras no se haya reembolsado total o parcialmente la ayuda, de asumir riesgos excesivos o practicar una expansión comercial agresiva con cargo a la ayuda, efectuar determinadas concentraciones o adquisiciones o distribuir dividendos.

que la libre prestación de servicios no se aplica como tal en el sector de los transportes, pues está sujeto a un régimen jurídico particular, en el que se enmarca el Reglamento n.º 1008/2008[515]. El Reglamento tiene por objeto definir las condiciones de aplicación del principio de libre prestación de servicios en el sector del transporte aéreo. En tal contexto, destaca el Tribunal que Ryanair no había demostrado, en cualquier caso, de qué modo la exclusión del acceso a las medidas de recapitalización establecidas mediante el régimen controvertido podía disuadirla de establecerse en España o de efectuar prestaciones de servicios desde España y con destino a este país.

En tercer lugar, el Tribunal desestima el motivo según el cual la Comisión incumplió su obligación de ponderar los efectos positivos de la ayuda con sus efectos negativos sobre las condiciones de los intercambios y sobre el mantenimiento de una competencia no falseada. A este respecto, el Tribunal señala que tal ponderación no viene exigida por el artículo 107 TFUE, apartado 3, letra b), a diferencia de lo que preceptúa el artículo 107 TFUE, apartado 3, letra c), y que, en las circunstancias del presente asunto, tal ponderación no tendría razón de ser, al presumirse que su resultado sería positivo.

En cuarto lugar, por lo que se refiere a la calificación supuestamente errónea de la medida controvertida como «*régimen de ayudas*», el Tribunal declara que las disposiciones del Derecho español, base jurídica de la medida controvertida, constituyen actos de alcance general que regulan todas las características de la ayuda en cuestión. Dichas disposiciones permiten de hecho, por sí solas, sin necesidad de medidas de aplicación adicionales, tanto otorgar ayudas individuales a empresas que lo soliciten como definir, de forma genérica y abstracta, a los beneficiarios de la ayuda. Por consiguiente, el Tribunal concluye que la Comisión pudo calificar la ayuda en cuestión de régimen de ayudas sin incurrir en error de Derecho, con arreglo al artículo 1, letra d), del Reglamento 2015/1589. Finalmente, la Sentencia desestima el recurso interpuesto considerando los motivos de impugnación infundados, en lo relativo a la falta de motivación de la decisión, sin considerar necesario examinar la concurrencia de violación de derechos procedimentales derivados del artículo 108 TFUE, apartado 2. A continuación, se analizan las características y las condiciones de las medidas articuladas por los Fondos de recapitalización referidos.

[515] Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (DO 2008, L 293, p. 3).

3. Estructura.

La estructura en ambos fondos es sustancialmente similar. La gestión del FASEE se atribuye a su Consejo Gestor, que es un órgano colegiado interministerial adscrito al Ministerio de Hacienda a través de su Subsecretaría. El Anexo III del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020 desarrolla la composición y funciones del Consejo Gestor, el cual ostenta la condición de "*órgano gestor*" a los efectos previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Corresponde al Consejo Gestor, entre otras competencias, las relativas a la resolución de las solicitudes de ayuda de las empresas, previo análisis realizado por SEPI; la elevación al Consejo de Ministros de la autorización de la aprobación de las operaciones de solicitud en que el Fondo aportará apoyo público temporal, así como determinar la posición de la Administración General del Estado en el ejercicio de los derechos y facultades que le correspondan por la participación que ostenten en las compañías beneficiarias de las medidas de reforzamiento de la solvencia con cargo al fondo, así como cualesquiera otras derivadas de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 25/2020[516].

En lo que se refiere a su composición, el Consejo Gestor está formado por el Presidente de la SEPI, que es al tiempo su Presidente, y por cuatro vocales: la persona titular de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, de la Subsecretaría de Hacienda, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, así como Secretaría de Estado de Energía.

En cuanto a la custodia del FASEE, se dispone que, en todas las operaciones y acciones relativas al Fondo, SEPI actuará en nombre y representación de la Administración General del Estado, ejerciendo de depositario de los títulos y contratos representativos de las operaciones de activo realizadas, así como ejercitando los derechos que como administrador pudiera corresponder a la participación de la Administración General del Estado. SEPI, en su condición de depositario de los títulos y derechos económicos del

[516] En todo caso, debe destacarse que las competencias no se ejercen por el Consejo Gestor de forma exclusiva, pues se atribuyen determinadas funciones de administración a la SEPI, tales como el análisis y valoración de las operaciones, la disposición de los recursos del Fondo, la imputación al Fondo de los gastos incurridos como consecuencia de la contratación de asesores externos, o la llevanza de la contabilidad de las operaciones realizadas con cargo al fondo.

Fondo, inscribirá los mismos cuando proceda en el libro registro de sociedades de capital o en los registros contables de anotaciones en cuenta, a nombre de la Administración General del Estado, debiendo integrar en el Tesoro Público el saldo del Fondo cuando tenga lugar su extinción.

Por lo que hace al FONREC, de acuerdo con lo establecido en el apartado 5 del artículo 17 del Real Decreto-Ley 5/2021, COFIDES será la Gestora del Fondo. En todas sus acciones relativas al Fondo, la Gestora actuará en nombre propio, por cuenta de la Administración General del Estado y con cargo al Fondo. En todas las operaciones y acciones relativas al Fondo, su gestora actuará en nombre propio y por cuenta de la Administración General del Estado, ejerciendo de depositaria de los títulos y contratos representativos de las operaciones de activo realizadas, así como ejerciendo, si así se considerara oportuno, los derechos que como administrador pudiera corresponder a la participación de la Administración General del Estado. La Gestora llevará a cabo todas las acciones relativas a la gestión del Fondo y, en particular, tendrá las competencias que se detallan en el anexo III[517]. A efectos de llevar a cabo las operaciones cuya ejecución por la Gestora apruebe el Comité Técnico de Inversiones, con cargo al Fondo, la Gestora podrá disponer de los recursos del Fondo, en las cuantías y condiciones establecidas en los actos correspondientes. Asimismo, la Gestora podrá cargar al Fondo los gastos incurridos en la contratación de servicios de apoyo externo, así como la retribución que por el desarrollo y ejecución de sus funciones le corresponda, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 7 y 8 del artículo 17 del Real Decreto-Ley.

Se prevé igualmente la intervención de un Comité Técnico de Inversiones, que constituye un órgano colegiado interministerial de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a través de la Secretaría de Estado de Comercio (actualmente adscrita al Ministerio de Economía, Comercio y Empresa). El Comité

[517] En su calidad de Gestora del Fondo, COFIDES llevará a cabo en general todas las acciones relativas a la gestión de este y, en particular, le corresponderá recibir, estudiar y evaluar las solicitudes de financiación con cargo al Fondo; una vez realizado el estudio de viabilidad y la evaluación de riesgos de las solicitudes de financiación recibidas, solicitar del Comité Técnico de Inversiones la aprobación para realizar las operaciones que la Gestora haya considerado viables; suscribir y ejecutar, en nombre propio, por cuenta de la Administración General del Estado y con cargo al Fondo, los contratos que formalicen las operaciones que previamente le hubiera aprobado el Comité Técnico de Inversiones; efectuar el seguimiento de las operaciones realizadas con cargo al Fondo e informar al Comité Técnico periódicamente y en todo caso a través de un informe de seguimiento de toda su actividad en relación con el Fondo, que tendrá carácter trimestral, etc. En general, le corresponde llevar a cabo todas aquellas acciones e iniciativas que resulten precisas para el buen funcionamiento del Fondo y suministrar al Comité Técnico de Inversiones cuanta información y documentación éste le solicite.

Técnico de Inversiones está formado por nueve miembros, correspondiendo la Presidencia a la persona titular de la Secretaría de Estado de Comercio[518].

En cuanto a las competencias del Comité Técnico, se fijan, entre otras, las relativas a evaluar y, en su caso, otorgar su aprobación a la Gestora para realizar las operaciones que aquella haya considerado viables; analizar y valorar la evolución de las operaciones realizadas con cargo al Fondo, tomando, a propuesta de la Gestora, las medidas que se consideraran más adecuadas para asegurar la buena marcha del Fondo y el cumplimiento de los objetivos para los que el mismo fue creado; evaluar y, en su caso, otorgar su aprobación para la ejecución de determinadas actuaciones en relación con operaciones ya formalizadas que la Gestora considere oportuno acometer, entre otras y a título enunciativo y no limitativo, desinversiones, quitas y esperas, adhesiones a convenios de acreedores, refinanciaciones, reestructuraciones, renegociaciones, reconocimientos de deuda o transacciones judiciales o extrajudiciales; evaluar, y, en su caso, otorgar su aprobación para el sometimiento a arbitraje u otro medio de resolución de conflictos las contiendas que se suscitaran respecto de las operaciones financiadas con cargo al Fondo, el desistimiento de acciones legales ya iniciadas o la renuncia temporal al ejercicio de acciones legales; proponer al Gobierno, a través de la Dirección General de Política Comercial, cualesquiera acciones que se consideraren necesarias a efectos de asegurar el correcto funcionamiento del Fondo; en general, realizar el control y seguimiento de las operaciones que realice la Gestora con cargo al Fondo, así como ejercer cualquier otra competencia que se derive de lo dispuesto en la normativa aplicable.

[518] Serán vocales en el Comité Técnico de Inversiones los siguientes:
a) La persona titular de la Dirección General de Política Comercial, de la Secretaría de Estado de Comercio, que será el Vicepresidente Primero del Comité Técnico de Inversiones. En caso de vacante, ausencia o enfermedad, el Vicepresidente Primero será sustituido por la Vicepresidenta Segunda del Comité Técnico de Inversiones.
b) La persona titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, de la Secretaría de Estado de Comercio, que será la Vicepresidenta Segunda del Comité Técnico de Inversiones.
c) El Director General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa.
d) Dos representantes de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa.
e) Un representante de la Secretaría de Estado de Turismo.
f) Un representante de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.
g) El Presidente de la Gestora.

4. Patrimonio.

El patrimonio del FASEE incluyó una dotación inicial de 10.000 millones de euros para la toma de instrumentos financieros, instrumentos híbridos o participaciones en el capital social de las empresas que atraviesan severas dificultades de carácter temporal a consecuencia de la pandemia del COVID-19. El patrimonio del FASEE estaría integrado, por tanto, por la dotación inicial más los ingresos, que se integrarían en el Tesoro Público, en forma de rendimientos de los valores de renta variable o de renta fija (importe de los dividendos de las acciones o de los intereses de la deuda subordinada), así como de las plusvalías y remuneraciones que resulten de las operaciones realizadas, de la participación en los órganos de administración de las entidades solicitantes, resultados de desinversiones y reembolsos, etc, minorándose por las minusvalías y gastos. Las cantidades a ingresar en el Tesoro Público tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza la Ley General Presupuestaria[519].

Por su parte, el patrimonio del FONREC se integra por su dotación inicial, que ascendió a 1.000 millones de euros, así como, al igual que en el FASEE, el importe de los dividendos, intereses, plusvalías y cualesquiera otras remuneraciones que resulten de las inversiones u operaciones que se realicen; las remuneraciones que eventualmente perciban los consejeros, ya sean empleados públicos ya empleados de la gestora, nombrados para participar, en su caso, en los órganos de administración de las empresas solicitantes, así como los resultados de las desinversiones y reembolsos efectuados, minorándose por las minusvalías y gastos. Se integran en el Tesoro Público igualmente las cantidades a ingresar en el Tesoro Público, pero, a diferencia del FASEE, no se establece que dichas cantidades a ingresar en el Tesoro Público tengan la consideración de ingresos de derecho público ni que resulte de aplicación para su cobranza la Ley General Presupuestaria.

Como elementos comunes a ambos fondos, se dispuso que no formarían parte del Patrimonio de la Administración General del Estado las participaciones, acciones, títulos y demás instrumentos que se pudieran adquirir por aquella con cargo al Fondo no

[519] Esta previsión resulta crucial a los efectos de su consideración (o no) como créditos de derecho público y por tanto con privilegio general en sede preconcursal y concursal, ex art. 280.4º del Texto Refundido de la Ley Concursal.

resultándoles de aplicación lo previsto en el título VII de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Asimismo, todas las operaciones efectuadas con cargo a dichos Fondos serían registradas en contabilidad específica, separada e independiente de la de la gestora. Los acreedores que pudieran surgir de obligaciones contraídas por la gestora del Fondo con cargo al mismo y por cuenta de la Administración General del Estado no podrán hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio de aquella ni contra el de la Administración General del Estado, cuya responsabilidad se limita al importe de su aportación a dichos Fondos. Igualmente, con el patrimonio de los Fondos únicamente se responderá por las obligaciones contraídas por su gestora con cargo a aquel y por cuenta de la Administración General del Estado.

5. Empresas beneficiarias de las ayudas del Fondo.

5.1. Criterios de elegibilidad de las empresas beneficiarias.

En cuanto a los sujetos beneficiarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 25/2020, ha de tratarse de empresas no financieras que atraviesen severas dificultades de carácter temporal a consecuencia de la pandemia del COVID-19 y que sean consideradas estratégicas para el tejido productivo nacional o regional, entre otros motivos, por su sensible impacto social y económico, su relevancia para la seguridad, la salud de las personas, las infraestructuras, las comunicaciones o su contribución al buen funcionamiento de los mercados. Estas condiciones fueron posteriormente detalladas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020[520].

[520] A tenor del Anexo II de la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas, para poder resultar beneficiaria de alguno de los instrumentos financieros de apoyo a la solvencia del Fondo, la empresa tendría que reunir las siguientes condiciones:

a) Constituir una empresa no financiera con domicilio social y principales centros de trabajo situados en España.
b) No constituir una empresa en crisis a 31 de diciembre de 2019, en los términos establecidos por el artículo 2 (18) del Reglamento de la Comisión (UE) n.º 651/2014, de 17 de junio, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior por aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.
c) No haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso. No obstante, se podrá intervenir en supuestos debidamente justificados con cargo al fondo, valorándose en particular que la declaración en concurso no se hubiera producido antes del 31 de diciembre de 2019.

Por su parte, para poder resultar beneficiaria de alguno de los instrumentos financieros del FONREC, la empresa debería cumplir en el momento de presentación de la solicitud (o fecha anterior si así se señala expresamente) los requisitos previstos en el Anexo II de la Resolución de 15 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Comercio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2021. Con carácter general, ha de tratarse de una empresa no financiera, con domicilio social y principales centros de trabajo situados en España, que atraviese dificultades de carácter temporal a consecuencia de la pandemia de la COVID-19 [521] . Es importante destacar que la financiación otorgada con cargo a este Fondo será incompatible con la otorgada por el Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas, previsto en el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para la reactivación económica y el empleo. El resto de los requisitos aplicables a las empresas beneficiarias son sustancialmente

d) En ausencia de apoyo público temporal recibido con cargo al Fondo, el beneficiario cesaría en su actividad o tendría graves dificultades para mantenerse en funcionamiento. Estas dificultades podrán demostrarse por el deterioro, en particular, del coeficiente deuda/capital del beneficiario o por indicadores similares.

e) Justificar que un cese forzoso de actividad tendría un elevado impacto negativo sobre la actividad económica o el empleo, a nivel nacional o regional. La apreciación del impacto económico y sobre el empleo, directo e indirecto, se medirá en relación con la situación de la empresa al cierre del ejercicio 2019.

f) Demostrar su viabilidad a medio y largo plazo, presentando a tal efecto en su solicitud un Plan de Viabilidad para superar su situación de crisis, describiendo la utilización proyectada del apoyo público solicitado con cargo al Fondo, los riesgos medioambientales, las previsiones para afrontarlos y su estrategia energética.

g) Presentar una previsión de reembolso del apoyo estatal con un calendario de amortización de la inversión nominal del Estado y de abono de las remuneraciones y las medidas que se adoptarían para garantizar el cumplimiento del plan de reembolso del apoyo estatal.

h) Informar del conjunto de medidas de apoyo público de las que se haya beneficiado en los últimos diez años, con indicación de la cuantía, concepto y órgano otorgante de la subvención pública o ayuda bajo cualquier modalidad.

i) No haber sido condenada mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o por delitos de prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos.

j) No haber dado lugar, por causa de la que hubiese sido declarada culpable, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

k) Hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones o ayudas públicas.

l) Hallarse al corriente a 31 de diciembre de 2019 en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

m) Adicionalmente, la decisión de utilización del Fondo atenderá, entre otros elementos, a la importancia sistémica o estratégica del sector de actividad o de la empresa, por su relación con la salud y la seguridad pública o su carácter tractor sobre el conjunto de la economía, su naturaleza innovadora, el carácter esencial de los servicios que presta o su papel en la consecución de los objetivos de medio plazo en el ámbito de la transición ecológica, la digitalización, el aumento de la productividad y el capital humano.

[521]Se entenderá a los efectos del Acuerdo de Consejo de Ministros que la beneficiaria, a nivel individual y consolidado en caso de pertenecer a un grupo de empresas, atraviesa dificultades cuando se hubiera producido, un deterioro en la estructura de capital, entendida como la ratio de patrimonio neto respecto de deuda financiera neta, entre 2019 y 2020 o de manera alternativa, entre 2019 y datos de cierre o intermedios auditados del ejercicio 2021.

similares (con algunas diferencias), no siendo de aplicación al FASEE (y sí al FONREC) el requisito relativo a tener un importe neto de la cifra de negocios anual a nivel consolidado a 31 de diciembre de 2019 entre 15 y 400 millones de euros, según informe de auditoría de sus cuentas anuales a 31 de diciembre de 2019.

5.2. Limitaciones a la actuación de la empresa beneficiaria.

Como contrapartida al apoyo público, se imponen a la empresa beneficiaria de ambos Fondos una serie de limitaciones a su actuación, debiendo adoptar los acuerdos sociales o modificaciones estatutarias que procedan, para asegurar el cumplimiento de éstas, debiendo destacarse las siguientes:

- Restricciones competenciales: Mientras no se haya amortizado al menos el 75 % de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19, se impedirá a la empresa beneficiaria adquirir participaciones superiores al 10% de empresas activas en el mismo sector o en mercados ascendentes o descendentes, salvo que el beneficiario no ostente la condición de gran empresa, según el anexo I del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión Europea, o cuente con la preceptiva autorización de la Comisión Europea, a solicitud del órgano gestor del Fondo.
- Restricciones a la percepción de dividendos: Prohibición de distribuir dividendos, abonar cupones no obligatorios o adquirir participaciones propias hasta el reembolso definitivo, salvo las de titularidad estatal por cuenta del Fondo.
- Restricciones a la remuneración de administradores: Hasta el reembolso del 75 % del apoyo público temporal con cargo al Fondo, y en todo caso y con carácter mínimo durante un periodo de dos años desde su concesión, aunque se haya alcanzado dicho porcentaje de reembolso, la remuneración de los miembros del Consejo de Administración, de los Administradores, o de quienes ostenten la máxima responsabilidad social en la empresa, no podrá exceder de la parte fija de su remuneración vigente al cierre del ejercicio 2019. Las personas que adquieran las condiciones reseñadas en el momento de la recapitalización o con posterioridad a la misma, serán remuneradas en términos equiparables a los que ostentan similar nivel de responsabilidad. Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variable o equivalentes.

5.3. **Gobernanza de las empresas beneficiarias del fondo**.

Este aspecto es de suma importancia, abarcando los siguientes aspectos:

- El ejercicio de derechos políticos. En supuestos de participación en el capital social de las empresas elegibles, la gestora ejercerá por cuenta de la Administración General del Estado los derechos de voto y demás derechos políticos que le correspondan sin necesidad de autorización previa por parte del órgano gestor del Fondo. Asimismo, decidirá caso por caso sobre la oportunidad de proponer o no el nombramiento de consejeros en los órganos de administración de las sociedades participadas, pudiendo, con sujeción a lo previsto en la normativa mercantil vigente en cada momento, proponer el nombramiento de empleados públicos, de empleados de la propia gestora o de otras personas físicas o jurídicas, según convenga a la mejor defensa de los intereses públicos.

- Responsabilidad. La responsabilidad que en los casos previstos en las leyes le pudiera corresponder, en su caso, tanto a los empleados públicos como a los empleados de la gestora, miembros de los consejos de administración de las empresas objeto de participación en su capital social nombrados a propuesta de la gestora será directamente asumida por la Administración General del Estado, quien podrá exigir de oficio al consejero nombrado la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia grave, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial. Esta previsión no se aplicará a la responsabilidad en que eventualmente pudieran incurrir, en los casos previstos en las leyes, los miembros de los consejos de administración de las empresas participadas con cargo al Fondo que no tengan la condición de empleado público ni sean empleados de la gestora.

5.4. Funcionamiento.

A) Ayudas y operaciones de los Fondos.

Las operaciones de apoyo público temporal para reforzar la solvencia empresarial, financiadas con cargo al FASEE, podrán revestir la forma de cualesquiera instrumentos de capital y/o de instrumentos híbridos de capital. En particular, podrán consistir en la

concesión de préstamos participativos, deuda convertible, la suscripción de acciones o participaciones sociales o en cualquier otro instrumento de capital. De manera complementaria, también podrá materializarse el apoyo con cargo al fondo a través de cualesquiera otras facilidades crediticias, tales como el otorgamiento de préstamos o la suscripción de deuda privilegiada, ordinaria o subordinada, asegurada o sin garantías[522].

Las operaciones de apoyo público temporal financiadas con cargo al FONREC, por su parte, podrán, al igual que en el FASEE, revestir la forma de cualesquiera instrumentos de capital y/o híbridos de capital, debiendo ajustarse a la normativa de ayudas de Estado, según lo establecido en el Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote del COVID-19, aprobado el 19 de marzo de 2020, y sus sucesivas modificaciones. Como especialidad, se dispone que los préstamos participativos no tendrán una duración superior a ocho años, a contar desde la creación del Fondo.

En segundo lugar, y como complemento a los instrumentos de capital y/o híbridos de capital recogidos en el apartado anterior, se podrán otorgar cualesquiera otras facilidades crediticias, tales como el otorgamiento de préstamos o la suscripción de deuda, ordinaria o subordinada, asegurada o sin garantías, debiendo ajustarse a la normativa de ayudas de Estado citada. La duración máxima de estas facilidades de crédito será en el caso del FONREC de seis años desde el primer desembolso y podrán cubrir necesidades de inversión o de capital circulante.

En ambos casos, se dispone que los instrumentos utilizados se elegirán de forma que sean los más adecuados para atender las necesidades de financiación del beneficiario al mismo tiempo que sean los que menos distorsionen la competencia, y en el caso del FONREC

[522] Las condiciones de estas facilidades se atendrán a lo establecido por la Decisión de la Comisión Europea de 2 de abril de 2020 SA.56851 (2020/N), sin resultar de aplicación los apartados 4, 5 y 6 del Acuerdo de Consejo de Ministros. No obstante, en caso de que estos créditos acabasen siendo capitalizados al amparo de este Acuerdo, les resultarán de aplicación las disposiciones relativas a los instrumentos híbridos a partir del momento en que adquieran tal cualidad. En caso de suscripción de deuda subordinada su remuneración mínima será igual en valor neto presente a los niveles previstos para los préstamos subvencionados en la referida Decisión de la Comisión Europea más 200 puntos básicos en el caso de grandes empresas y 150 puntos básicos en el caso de pequeñas y medianas empresas según la definición del anexo I del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión Europea. Si dicha deuda subordinada supera dos tercios de la masa salarial anual del beneficiario y el 8,4 % del volumen de negocios del beneficiario en 2019, se aplicarán a la misma las disposiciones relativas a los instrumentos híbridos.

se especifica que en ningún caso pueden destinarse a la amortización anticipada de cuotas de principal de deudas contraídas con terceros financiadores.

B) Estructura contractual.

El inicio del procedimiento para la utilización del FASEE exige una previa solicitud expresa por escrito de los representantes legales de la empresa, en los plazos y con los requisitos fijados su normativa específica.

La concesión y/o desembolso de los apoyos públicos correspondientes estará condicionada a la aprobación por los órganos competentes del Acuerdo de Apoyo Financiero Público Temporal y del Acuerdo de Accionistas o el Acuerdo de Gestión con la Compañía, según corresponda, los cuales serán establecidos en cada caso en la resolución del Consejo Gestor. El Acuerdo de Accionistas o el Acuerdo de Gestión con la Compañía determinará las decisiones estratégicas de la empresa que quedan supeditadas a autorización previa del Consejo Gestor, en la forma más apropiada según la modalidad de intervención, con la finalidad de asegurar el buen fin y adecuada asignación de los recursos públicos, así como el cumplimiento de las condiciones establecidas.

Asimismo, se añade que todos los créditos a favor del Fondo, derivados de las operaciones financiadas con cargo al mismo, deberán satisfacerse por los beneficiarios en los plazos y condiciones que sean fijados por el Consejo Gestor en el Acuerdo de Apoyo Financiero Público Temporal, si bien el beneficiario podrá anticipar dicho reembolso o abono en todo momento sin necesidad de autorización previa. Se reitera que, de acuerdo con la naturaleza de ingresos de derecho público de estas cantidades, resultará de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Por su parte, en el caso del FONREC, cabe distinguir igualmente dos fases:

- El inicio del procedimiento para la utilización del fondo queda condicionado a que haya existido previamente solicitud expresa por escrito de la empresa dirigida a la gestora[523], sin perjuicio de lo previsto en la disposición transitoria primera del

[523] La Guía para la solicitud de apoyo público temporal con cargo al Fondo de Recapitalización de Empresas afectadas por el COVID establece los requisitos y condiciones detallados que deben contener la documentación que se presente por la empresa solicitante:
- Formulario de solicitud de apoyo público temporal
- Declaración responsable del solicitante relativa a la concurrencia de determinadas condiciones de elegibilidad para ser empresa beneficiaria del Fondo.

Real Decreto-ley en relación con los expedientes trasladados por SEPI[524]. A esta solicitud se adjuntará una declaración responsable firmada por el representante legal de la empresa solicitante que asevere que no se ha solicitado financiación del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionado por SEPI,

- Declaración responsable de no hallarse incurso el solicitante en ninguna de las prohibiciones para obtener la condición de beneficiario, previstas en el apartado 1 de la Disposición Adicional 4º del Real Decreto-ley 5/2021.
- Plan de Viabilidad que recoja las previsiones de negocio y situación patrimonial y financiera de la empresa, cuantificando las ayudas de carácter temporal que permitirían garantizar su viabilidad en el medio y largo plazo, especificando los instrumentos de capital, préstamo participativo y complementariamente otros instrumentos de deuda que solicita para tal fin.
- Cuentas Anuales, Informe de Gestión y, en su caso, Estado de Información No Financiera
- Certificados de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y frente a la seguridad social impuestas por las disposiciones vigentes, emitidos por la AEAT (y autoridad foral equivalente en su caso) y la TGSS, respectivamente, en fecha de presentación de la solicitud o posterior.
- Declaración responsable del conjunto de medidas de apoyo público de las que se haya beneficiado en los últimos cinco años y, en todo caso, de las que, teniendo carácter reembolsable, no estén totalmente reembolsadas en el momento de la solicitud; con indicación de la cuantía, concepto y órgano otorgante de la subvención pública o ayuda bajo cualquier modalidad.
- En su caso, copia del acuerdo de reestructuración de deuda vigente y de la documentación justificativa del otorgamiento de medidas de apoyo público a la solvencia previstas en los artículos 7, 8 y 9 del Real Decreto-ley 5/2021.
- Copia de tarjeta N.I.F.
- Copia de la escritura de constitución del solicitante y de las escrituras en las que figure la composición del órgano de administración actual, así como escrituras o certificación societaria en las que figure la composición actual del capital social. En el caso de sociedades cotizadas o admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores, detalle de participaciones significativas.
- Estatutos Sociales vigentes. En su caso, Reglamento del Consejo de Administración y pactos o acuerdos de socios/accionistas o parasociales.
- Certificación de los acuerdos del órgano de administración de la empresa solicitante acordando la solicitud de apoyo público temporal con cargo al Fondo y documentación que acredite la representación de los firmantes de la solicitud.
- Certificado de penales del solicitante, emitido en fecha de presentación de la solicitud o posterior.
- En caso de contar con ello: i) mecanismo de identificación y mitigación de riesgos socioambientales; ii) estrategia energética y plan de neutralidad de cambio climático; y iii) plan de recuperación de empleo de calidad.
- Ficha de conocimiento de interviniente (según modelo que se adjunta como Anexo V) y acta notarial de manifestaciones de titular real actualizada.
- Autorización para solicitud de calificación crediticia (según modelo que se adjunta como Anexo VI), en tanto que la gestora del Fondo, como parte del proceso de valoración inicial de la solicitud de apoyo público temporal al mismo, tiene intención de solicitar a una agencia de calificación crediticia registrada ante la Autoridad Europea de Mercados y Valores la emisión de un informe de calificación crediticia del solicitante.

[524] En la Disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 5/2021 se contempla el procedimiento transitorio de gestión de expedientes entre el Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas y el Fondo de recapitalización de empresas afectadas por COVID. Así, se establece que SEPI dará traslado a COFIDES de los expedientes correspondientes a empresas que hubieran iniciado el trámite de solicitud de apoyo público temporal con cargo al Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas con anterioridad a la fecha de publicación del Real Decreto-ley en el «Boletín Oficial del Estado» sin alcanzar los umbrales mínimos de inversión por este Fondo y que soliciten apoyo del Fondo de recapitalización de empresas afectadas por COVID-19.

o que, de haberse solicitado, se hubiera obtenido una resolución desfavorable o se hubiera formulado desistimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 del Real Decreto-Ley[525].

- Concesión y desembolso de los apoyos públicos correspondientes. Si bien el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de junio de 2021 no lo regula expresamente, son aplicables las condiciones generales previstas para el Fondo de Solvencia de Empresas Estratégicas en cuanto a los Acuerdos que estructuran las operaciones: El Acuerdo de Apoyo Financiero Público Temporal, que establecerá las condiciones para prestar el apoyo; el Acuerdo de Accionistas o Acuerdo de Gestión con la Compañía, que determinará qué actuaciones de la empresa quedan en su caso supeditadas a autorización de la Gestora, para asegurar el buen fin de los recursos públicos así como el cumplimiento de las condiciones.

C) Importes y remuneración de las operaciones.

- Importes: en el caso del FASEE, las operaciones financiadas con cargo al Fondo tendrán un importe no inferior a 25 millones de euros por beneficiario, salvo casos excepcionales debidamente justificados. El importe máximo de las operaciones de apoyo público temporal será el mínimo necesario para restaurar la viabilidad de la empresa y no podrá implicar una mejora del patrimonio neto de la empresa beneficiaria que supere el registrado a 31 de diciembre de 2019. Para analizar la viabilidad de la empresa se utilizarán, entre otros, los siguientes indicadores: Rendimiento del capital y calidad crediticia. A la hora de analizar la proporcionalidad de la ayuda, se tendrá en cuenta la ayuda estatal recibida o prevista por el beneficiario a través de otras modalidades como garantías sobre préstamos.

En el caso del FONREC, las operaciones financiadas con cargo al Fondo tendrán un importe de entre 4 millones de euros y 25 millones de euros por beneficiario[526]. El

[525] En este punto entran en juego las competencias atribuidas a la gestora en el Anexo III del Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de junio de 2021.

[526]Dicho intervalo será de entre 3 millones de euros y 15 millones de euros en el caso de que el beneficiario sea una PYME, tal y como es definida esta categoría en el anexo I del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado: empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

importe máximo del apoyo público temporal en concepto de instrumentos de deuda por beneficiario no podrá superar ninguno de estos límites: el doble de los costes salariales anuales del beneficiario a 2019 o último año disponible, incluyendo costes sociales; el 25 % del volumen de negocios total del beneficiario a 2019. En el caso de deuda subordinada, si su importe superara dos tercios de la masa salarial anual del beneficiario o el 8,4 % del volumen de negocios anual del beneficiario en 2019 (coste salarial anual y 12,5 % del volumen de negocios para PYME), se aplicarán a la misma las disposiciones relativas a los instrumentos híbridos de capital. En el caso de instrumentos de capital o híbridos de capital, el importe máximo será el mínimo necesario para asegurar la viabilidad de la empresa, y no podrá implicar una mejora de la estructura de capital de la empresa beneficiaria en relación con la registrada a 31 de diciembre de 2019, teniendo en cuenta la ayuda estatal recibida o prevista por el beneficiario a través de otras modalidades como garantías sobre préstamos.

-Remuneración de las operaciones: en el FASEE, la remuneración mínima de los instrumentos híbridos de capital se ajustará, bien en valor presente o bien como tasa anual efectiva, a los tipos de referencia establecidos por la Comisión Europea en el Marco Temporal (Euríbor a 12 meses más los márgenes establecidos en la tabla inferior). Dichos instrumentos podrán remunerarse mediante uno o varios factores que midan el comportamiento económico de la empresa, tales como el beneficio o el volumen de ventas, más un interés fijo o variable, de forma que, en su conjunto, la remuneración de estos instrumentos se adecue a sus características, perfil de riesgo del instrumento y del beneficiario y tipo de interés de mercado.

El correspondiente Acuerdo de Apoyo Financiero Público Temporal establecerá los niveles de remuneración, así como los calendarios de pagos, de los instrumentos de intervención. El tipo de conversión de dichos instrumentos híbridos en capital se efectuará a un nivel inferior en un 5 % al precio teórico sin derechos de suscripción en el momento de la conversión. Si transcurridos dos años desde esta conversión se mantiene la intervención estatal, se incrementará en al menos un 10 %, pagadero en deuda o instrumento equivalente, el montante del reembolso correspondiente a la recompra por parte del beneficiario de la participación en el capital social del Fondo.

La participación en el capital social del beneficiario con cargo al Fondo, distinta de la conversión contemplada en el anterior apartado, se efectuará a precio no superior a la cotización media de la acción del beneficiario durante los quince días anteriores a la solicitud. En el caso de sociedades no cotizadas, un experto independiente designado por el Consejo Gestor establecerá su valor de mercado de acuerdo con los métodos y las prácticas profesionales establecidas efectuándose la operación a precio no superior a dicho valor.

En el FONREC, la remuneración de cada apoyo público temporal se realizará conforme a criterios de riesgo y se fijará caso por caso por la Gestora en atención a la calificación crediticia que resulte del análisis de riesgo. En ningún caso la remuneración establecida será inferior a los umbrales mínimos fijados en el Acuerdo de Consejo de Ministros. La remuneración mínima de los instrumentos híbridos de capital se ajustará a los tipos de referencia establecidos por la Comisión Europea en el Marco Temporal. Dichos instrumentos podrán remunerarse mediante uno o varios factores que midan el comportamiento económico de la empresa, como el volumen de ventas, más un interés fijo o variable, de forma que, en su conjunto, la remuneración de estos instrumentos se adecue a sus características, perfil de riesgo del instrumento y del beneficiario y tipo de interés de mercado.

6. Exenciones.

En ambos Fondos, resultan de aplicación las siguientes exenciones:

- Fiscales: Todas las transmisiones patrimoniales, operaciones societarias y actos derivados, directa o indirectamente de la aplicación de esta disposición e, incluso, las aportaciones de fondos o ampliaciones de capital, que eventualmente se ejecuten para la capitalización o reestructuración financiera y patrimonial de las empresas participadas con cargo al Fondo, estarán exentos de cualquier tributo estatal, autonómico o local, sin que proceda, en este último caso, la compensación a que se refiere el artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales. Igualmente, todas las transmisiones, operaciones y actos antes mencionados gozarán de exención del pago de cualesquiera aranceles y honorarios profesionales devengados por la intervención de fedatarios públicos y de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

- Mercantiles. La adquisición de las participaciones en el capital social con cargo al Fondo quedará exenta de la obligación de formular oferta pública de adquisición en los supuestos previstos en los artículos 128 y 129 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.

7. Salida del Estado.

En ambos Fondos, se dispone que el reembolso de la participación del Estado deberá acompasarse con la recuperación y estabilización de la economía, previéndose en la resolución de otorgamiento de la ayuda las adaptaciones oportunas del calendario de reembolsos para asegurar este objetivo, teniendo debidamente en cuenta la situación y perspectivas del mercado en que opera el beneficiario. El reembolso de la participación adquirida en el capital social con cargo al Fondo se efectuará por el beneficiario al precio de recompra que resulte superior entre los dos siguientes:

a) El precio de mercado en el momento del reembolso.

b) La inversión nominal con cargo al Fondo incrementada por una remuneración anual igual a la suma de 200 puntos básicos (salvo en el octavo y sucesivos años) y de la remuneración mínima fijada, contados a partir de la adquisición de la participación social por parte del Estado.

Se especifica, además, que el montante del reembolso por la participación en el capital social con cargo al Fondo se incrementará en al menos un 10 %, pagadero en deuda o instrumento equivalente, si transcurridos cinco años desde la aportación de capital, no se ha reducido al menos en un 40 % la cuota de participación inicial. De mantenerse una participación con cargo al Fondo transcurridos siete años desde la aportación de capital, el montante del reembolso se incrementará adicionalmente en al menos un 10 %, pagadero en deuda o instrumento equivalente, sobre la participación viva en dicho momento. En las sociedades cotizadas, dichos incrementos del reembolso se producirán transcurridos cuatro y seis años respectivamente en las condiciones que se establezcan en cada caso.

El beneficiario tendrá en todo momento la posibilidad de recomprar la participación en el capital que el Estado haya adquirido o de amortizar anticipadamente los préstamos e instrumentos híbridos concedidos o suscritos por el Estado, así como las remuneraciones devengadas, en las condiciones que se determinen en cada caso. Alternativamente, el órgano gestor podrá libremente acordar la cesión a un tercero de los títulos y derechos en que se materialicen las operaciones financiadas con cargo al Fondo, a través de un procedimiento abierto a compradores potenciales, asegurando la igualdad de trato, o mediante la venta en un mercado organizado. Podrá ofrecer, en su caso, preferencia en la adquisición a los socios o accionistas de la empresa. Si el Estado vende su participación a un precio inferior al establecido, las reglas previstas se aplicarán durante el plazo de 4 años contados a partir de la concesión del apoyo estatal.

8. Transparencia.

- Transparencia: se prevé que por parte del Estado español se haga pública la información pertinente sobre cada apoyo público temporal individual concedido con cargo a los Fondos en los plazos y forma previstos por la normativa sobre ayudas de Estado aplicable en cada caso, en función del tipo de instrumento utilizado. En el caso de grandes empresas, los beneficiarios de apoyos públicos temporales en forma de instrumentos de capital o híbridos de capital publicarán en sus portales corporativos información sobre la utilización del apoyo público temporal recibida en un plazo de doce meses desde la fecha de concesión del apoyo público temporal y, posteriormente, de forma periódica cada doce meses, hasta el pleno reembolso del apoyo público temporal. Dicha publicidad incluirá información sobre la forma en que la utilización del apoyo público temporal recibido apoya sus actividades en consonancia con los objetivos de la Unión Europea y las obligaciones nacionales relacionadas con la transformación ecológica y digital, incluido el objetivo de la Unión Europea de lograr la neutralidad climática de aquí a 2050.

- Seguimiento de las operaciones, en un doble plano: interno, pues cada órgano gestor ha de informar de la actividad del Fondo en el trimestre precedente; europeo, el Estado informará anualmente a la Comisión Europea sobre la

concesión de apoyos públicos temporales con cargo al Fondo y, específicamente en el caso de instrumentos de capital o híbridos de capital, se informará también de forma anual sobre la aplicación del calendario de reembolsos y el cumplimiento de las condiciones establecidas sobre gobernanza y mantenimiento de competencia. En el caso del FASEE, para operaciones por encima de 250 millones de euros, se incluirá además información sobre condiciones específicas. Con el fin de facilitar el cumplimiento de esta obligación, SEPI elaborará un informe de carácter anual que será presentado a Consejo de Ministros y comunicado a la Comisión Europea. Además, si la participación en el capital social con cargo al Fondo, transcurridos 6 años desde la aportación de capital, no se hubiera reducido por debajo del 15 % de los fondos propios del beneficiario, el Estado presentaría a la Comisión Europea, para su aprobación, un plan de reestructuración que cumpla con lo establecido en las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis. En el caso de que la beneficiaria sea una PYME o una sociedad no cotizada, en el FONREC, el plazo se amplía a siete años.

9. Extinción.

La supresión del FASEE será acordada mediante Orden dictada por la Ministra de Hacienda, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. En el momento de la supresión del Fondo el saldo será ingresado en el Tesoro Público, así como todo importe que resulte, por cualquier concepto, de las operaciones financiadas con cargo al mismo, pendientes de reembolso con posterioridad a dicha extinción, de acuerdo con su naturaleza de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Se establece, además, que el Consejo Gestor se crea por tiempo indefinido, si bien, se disolverá:

a) Al tiempo de la extinción y completa liquidación del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas.

b) Por acuerdo del Consejo de Ministros.

Por su parte, el FONREC se extinguirá por Orden de la Ministra de Industria, Comercio y Turismo, una vez transcurrido un plazo máximo de ocho años a contar desde su

creación. No obstante, lo anterior, previo informe de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, el Consejo de Ministros podrá prorrogar el plazo de extinción. En el momento de la supresión del Fondo, el saldo remanente de tesorería del Fondo será igualmente ingresado en el Tesoro Público.

CAPÍTULO CUARTO: ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN PRECONCURSO.

I. HERRAMIENTAS DE ALERTAS TEMPRANAS: EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El artículo 3 de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, de Marcos de Reestructuración Preventiva, Segunda Oportunidad y Medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos concursales contiene un mandato dirigido específicamente a los Estados miembros, en virtud del cual éstos han de incorporar una o varias herramientas de alerta temprana en sus ordenamientos jurídicos de las citadas en dicho precepto, con carácter ejemplificativo y no exhaustivo. Ello supone que el Estado miembro en cuestión ha de seleccionar determinadas herramientas o indicadores, en función de diversos factores, tales como: tipología de deudores a los que van dirigidas, su finalidad, etc. Este mandato, además, significa que las Administraciones Públicas deben implicarse, como veremos, no solamente en su diseño, sino también a la hora de su implementación efectiva, garantizando el acceso a las mismas en términos de igualdad.

No obstante, la Directiva no contiene una definición propiamente dicha de las herramientas de alerta temprana. Con carácter general, pueden conceptuarse como un conjunto de reglas a través de las cuales es posible detectar dificultades financieras con anterioridad a que éstas sean irreversibles, conduciendo a una situación de insolvencia, con la finalidad de preservar la viabilidad de la empresa[527].

[527] Debe citarse al respecto, por su clarividencia al ocuparse sobre estos temas, la aproximación a los mecanismos de prevención de insolvencia realizada por PULGAR EZQUERRA, J. en "*La reforma del derecho concursal comparado y español"* Civitas, 1994 y por FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: "*Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (artículo 209.1.b) LSA)"* Marcial Pons, 2001. En ella se hace referencia al "*Derecho preventivo de la crisis empresarial*", que, según señala, tendría como presupuesto subjetivo la empresa en dificultades (siendo su presupuesto objetivo las dificultades financieras) y como finalidad la prevención de la insolvencia. De esto modo, abarcaría, de un lado, continúa indicando este autor, "*el diagnóstico prematuro de la patología empresarial" y de otro lado "el saneamiento tempestivo de las dificultades empresariales".*

Por otro lado, si bien dichas herramientas han adquirido cierta actualidad a raíz de su incorporación a la Directiva, no se trata de instituciones desconocidas, pues, como ha destacado la doctrina, se trata de una cuestión que ya fue objeto de debate en cuanto a su contenido en los años 80 del siglo XX[528]. De hecho, estas herramientas o indicadores han sido comúnmente utilizados en el ámbito de las entidades sujetas a supervisión financiera. La Directiva, consciente de la efectividad de tales medidas en estos ámbitos, pretende extender su aplicación y obligar a los Estados miembros a su implantación, sobre todo respecto a PYMES. Cabe destacar que, respecto de éstas, solamente un pequeño porcentaje de países habían incorporado mecanismos de alerta temprana antes de la aprobación de la Directiva. Por esta razón, se ha previsto en ésta su incorporación como obligatoria para los Estados Miembros, asegurando que los deudores y los representantes de los trabajadores tengan acceso a información relevante y actualizada sobre los mecanismos de alerta temprana, así como procedimientos y medidas sobre reestructuración y exoneración de deudas. Dichas herramientas se configuran como elementos imprescindibles en un régimen que pretenda establecer un marco de reestructuración preventiva eficiente, cuestión ésta que ha sido propugnada desde hace un tiempo en el seno de la Unión Europea. No obstante, con carácter previo, resulta conveniente exponer cuáles son los modelos teóricos posibles de sistemas de alerta temprana y cuál ha sido la opción u opciones acogidas en la Directiva 2019/1023.

En este sentido, debe citarse igualmente el trabajo de este último autor: "*Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal*." En "*La Reforma de la Legislación Concursal: Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal: Madrid 6 a 10 de mayo de 2002*." (Dir. Ángel Rojo) Ed. Madrid/Barcelona: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Marcial Pons 2003, págs. 27 ss. En este trabajo se sostiene que el concepto de prevención presentaría un triple significado, siendo su presupuesto común la posibilidad mayor o menor de predecir de algún modo el futuro y de alterar su curso. En el mismo se incluiría: a) la prevención por la información; b) la prevención-saneamiento empresarial; c) la prevención-inhibición. Aquí nos referiremos a la prevención por la información: "*El presupuesto de toda prevención es la información (prevención por la información). Prevenir es, antes de nada, conocer anticipadamente, predecir. La prevención es el diagnóstico prematuro de la patología empresarial y consiste en la pronta detección de los síntomas relevantes de crisis (las denominadas "señales de alerta*")". Vid. recientemente, del mismo autor, la obra: "Herramientas de alerta temprana y responsabilidad por incumplimientos de los deberes de prevención concursal", Editorial Tirant lo Blanch, 1ª edición, septiembre 2024.

[528]Así lo ha puesto de manifiesto PULGAR EZQUERRA, J.: "*Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023"* en Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia" Pulgar Ezquerra (dir.), Recamán Graña, E. (coord..), Madrid, La Ley, 2020, p.68.

1. Modelos teóricos de sistemas de alertas tempranas.

La implantación efectiva de herramientas de alerta temprana exige tomar una serie de decisiones en torno a los indicadores o parámetros que van a ser decisivos para analizar la situación económica de la empresa. El análisis puede hacerse desde un enfoque contable y de auditoría, que tiene como premisa básica la aplicación del principio de empresa en funcionamiento [529]. En este enfoque, los riesgos de la continuidad de la empresa han de ser incluidos en el informe de auditoría y en los estados financieros. El principio de empresa en funcionamiento asume que durante y en el siguiente período fiscal la empresa llevará a término su planificación actual, utilizando sus propios activos y continuará cumpliendo con sus obligaciones corrientes. Las pérdidas recurrentes que den lugar a una situación financiera grave constituyen una de las típicas circunstancias que han de considerarse como un riesgo para la continuidad de la empresa, si bien existen otros muchos factores disruptivos en el negocio que están incluidos dentro de este concepto (riesgos legales, regulatorios, medioambientales). Esta aproximación presenta la ventaja de que utiliza un concepto ya establecido en el ámbito contable y de auditoría. La desventaja es que se trata de un concepto genérico, y no proporciona indicaciones específicas sobre la naturaleza o la gravedad del problema que afecta a la empresa. Una desventaja adicional es que esta alerta está conectada con la producción de estados financieros formales, los cuales están sujetos a plazos prefijados y procedimientos, lo que hace que la detección de las dificultades no sea inmediata.

En segundo lugar, puede hacerse igualmente una aproximación basada en indicadores específicos de situaciones críticas. Al respecto, hay que señalar que, desde un punto de vista empírico, la realidad ha demostrado que existe un conjunto de ratios financieros que se deterioran en el período previo a la insolvencia[530]. No vamos a detenernos en el estudio en profundidad de cada uno de los modelos matemáticos, pues ello excede del objeto del

[529] Vid. Al respecto, in extenso, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: "*Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (artículo 209.1.b) LSA)"* Marcial Pons, 2001.

[530]Se trata de una herramienta que se ha considerado muy útil y ha sido estudiada por autores como W. Beaver (1966), E. Altman (1968), Fulmer (1984), G. Springate (1978), J. Ohlson (1980), etc. Vid. BORONAT OMBUENA, G.J., LEOTESAR, R., BERNIA, J. GONZALBO, P. SERRANO FIGUEROA, C.: "Alertas tempranas de una posible insolvencia. El test de ALTMAN" Técnica contable y financiera, ISSN 2531-1743, ISSN-e 2531-2030, Nº. 59, 2023, págs. 102-114.

presente trabajo. Simplemente haremos una breve descripción de algunos de ellos, a los efectos de comprobar cómo es posible, mediante el análisis de determinadas ratios financieras, efectuar un diagnóstico que pueda resultar útil a efectos de determinar la probabilidad de insolvencia en un caso concreto.

Por lo que se refiere al análisis discriminante univariante en el uso de ratios financieras[531], consiste en la aplicación uno a uno, a los efectos de determinar las razones financieras que muestran más diferencias entre las sociedades saneadas e insolventes. Así, se concluía indicando que las ratios de endeudamiento y de flujo de caja sobre el pasivo eran susceptibles de determinar la probabilidad de insolvencia de una sociedad. El segundo modelo para la predicción de la probabilidad de la insolvencia, conocido como Z-Score, se basa en la descripción de diferentes grupos de empresas (solventes e insolventes) mediante la utilización de la técnica estadística de análisis multidiscriminante (MDA "*multiple discriminant analysis*")[532]. La técnica utiliza la información financiera de las empresas, esto es, las variables del modelo que discriminan dentro de los grupos son ratios financieras. El análisis distinguió entre sociedades solventes e insolventes, seleccionando empresas entre el período de 1946 a 1965. En cuanto a las ratios, se seleccionaron un total de 22 ratios financieros, que podían ser clasificados en función de la naturaleza de la medida: liquidez, rentabilidad, apalancamiento financiero, solvencia y productividad. Las ratios financieras utilizados en su formulación original eran los siguientes[533]:

- Capital humano/activos totales (liquidez);
- Ganancias retenidas/activos totales (rentabilidad);
- Ganancias antes de intereses e impuestos/activos totales (eficiencia y viabilidad);
- Valor de mercado del equity/valor en libros de responsabilidades (solamente relevante para compañías cotizadas);
- Ventas/ activos totales (ratio de actividad; otra medida de eficiencia).

Se han desarrollado otros modelos Z-Score para compañías no cotizadas y para compañías en mercados emergentes. Aparte de estas ratios, uno de los indicadores más importantes ha sido el "*interest coverage ratio*", que conecta las ganancias (antes de

[531] BEAVER (1966).
[532] E. ALTMAN (1968).
[533] Este modelo ha servido de inspiración a otros dos posteriores, el de Springate y el de Jean Legault. Recientemente, el Prof. Altman y su equipo han desarrollado una metodología especial aplicada a pequeñas y medianas empresas.

intereses e impuestos) con los pagos de intereses que ha de realizar. El deterioro de esta ratio es un claro indicador de una situación de *distress*. También el denominado "*debt/earnings ratio*": el contraste entre la deuda de la empresa y las ganancias antes de intereses e impuestos, el cual indica el tiempo que le llevará a la empresa pagar sus deudas al completo.

Finalmente, uno de los indicadores más simple de la situación de "*distress*" es el impago ("*default")* de deudas. Los impagos a instituciones financieras y proveedores comerciales se registran habitualmente en sistemas de información crediticia. Por otro lado, es frecuente que las empresas que se encuentran en esta situación dejen de cumplir con sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, por lo que esta información también puede ser relevante para detectar las dificultades de la empresa con cierta antelación. Partiendo de que el objetivo de los sistemas de alerta temprana es prevenir la situación de insolvencia de las empresas, permitiendo su utilización en el estadio más temprano posible, cabe distinguir las siguientes alternativas para su configuración práctica:

<u>Como una herramienta de autoevaluación.</u>

Se trata de una de las posibilidades que se pueden plantear a la hora de diseñar un sistema de alerta temprana que permite a los empresarios evaluar y analizar su situación. Se trata de una herramienta especialmente útil para PYMES, que podrían carecer de las herramientas de análisis necesarias que les permitan autoevaluar su propia actuación y su situación financiera. La herramienta de autoevaluación puede ser una simple aplicación de software en un sitio público. De este modo, los empresarios únicamente tendrían que introducir los datos básicos exigidos para su empresa, y la aplicación devuelve un diagnóstico preliminar. Es obvio que el acierto del análisis dependerá no solamente de la fiabilidad de la herramienta, sino de la cantidad y calidad de los datos introducidos.

Para que la herramienta sea útil, es preciso que vaya acompañada de la posibilidad de que los empresarios puedan recabar y obtener apoyo y asesoramiento por parte de una entidad pública, o de una corporación mercantil o profesional (p. ej. Cámaras de Comercio, Industria y Navegación). Esto podría integrarse en la política estatal de apoyo a PYMES. Comoquiera que muchos de los problemas a los que se enfrentan las PYMES tienen su origen, entre otros, en la falta de acceso a información y asesoramiento fiable, es muy importante que los sistemas de alerta temprana se encuentren vinculados a un

asesoramiento profesional. De hecho, en algunos países, se organizan grupos que específicamente tienen por objetivo llegar a prestar ese asesoramiento a empresas en dificultades para evitar que su situación empeore y poder preservar su viabilidad[534].

Como un mecanismo de intervención.

Este sistema es más completo que el anterior, porque introduce mecanismos concretos para superar la situación de "*distress*", una vez que las dificultades han sido detectadas. Se trataría de involucrar a diferentes agentes para asegurar que las dificultades son solventadas, de forma que no sea necesario acudir a la apertura de un procedimiento formal de insolvencia.

Los signos de "*distress*" actúan como desencadenantes de la actuación de diversos sujetos. Si se observa que el principio de empresa en funcionamiento está en riesgo, tendrá que actuar el auditor, debiendo incluir a tal efecto una observación en el informe de auditoría. Un sistema de alerta temprana podría establecer, por tanto, la obligación a cargo de auditor de incluir dicha mención, junto a una comunicación expresa de tal extremo al órgano de gestión de la sociedad. Para el caso de que el órgano de gestión no actúe en consecuencia, podría introducirse una cadena de sucesivas comunicaciones con otros órganos societarios como la Junta de accionistas o el órgano de administración propiamente dicho. Solamente en el caso de que no sea adoptada medida alguna se desencadenaría la intervención de un mediador o de los tribunales.

Otros agentes tendrían el derecho de realizar observaciones en relación con los riesgos que afectan a la empresa, como accionistas minoritarios o sindicatos de trabajadores. Así, al igual que en el caso anterior, solo en el caso de inacción tendría lugar la intervención de un mediador o de los tribunales. El sistema también podría introducir acciones a ejercitar por los acreedores, pero fuera de un proceso judicial, como los covenants que se introducen en los acuerdos de refinanciación.

[534] Vid. sobre el particular, LLORET, J., CAICOYA, J., LORENTE, J. "ALERTAS TEMPRANAS". La aplicación a la situación en España: Las herramientas de autodiagnóstico para la alerta temprana en situaciones de distress empresarial, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 9640, 2020.

Los créditos públicos teóricamente podrían suponer una importante herramienta de alerta temprana, dado que, cuando la empresa está en dificultades, suelen producirse incumplimientos de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, con anterioridad incluso a que se produzcan otros incumplimientos frente a acreedores. Sin embargo, no existen en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos incentivos para poner de manifiesto esta circunstancia. Algunos sistemas legales han introducido obligaciones a cargo de acreedores públicos, o incluso la pérdida de sus privilegios. Por otro lado, no podemos perder de vista que, cuando tales incumplimientos se producen, es posible que la situación sea ya crítica, por lo que, si se pretende utilizar esta herramienta, debe plantearse la posible utilización de la información de que disponen las autoridades tributarias y de Seguridad Social públicas a tiempo real para la detección de las dificultades que pudieran surgir en un futuro próximo.

2. La armonización de las alertas tempranas en la Unión Europea.

En la Carta Europea de la Pequeña Empresa, adoptada por el Consejo Europeo celebrado en Santa María de Feira en Portugal, los días 19 y 20 de mayo de 2000, era apreciable el compromiso de los Estados Miembros de la Unión Europea con acciones de apoyo a favor de pequeñas empresas mejorando su entorno y espíritu emprendedor. Así, destaca el compromiso de los Estados Miembros de "*forjar un marco normativo, fiscal y administrativo que propicie la actividad empresarial y mejorar la posición de los empresarios*." En ejecución de dichos principios se aprobó un Programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las pequeñas y medianas empresas (2001-2005), adoptado por Decisión del Consejo de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2000 (DOCE 29/12/2000). En este marco, podemos destacar dos proyectos "*Best".* En primer lugar, el proyecto "*Best"* sobre "*Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo"* (2002-2003)[535], en el que se analizaron los siguientes asuntos:

[535] El informe Best ("*Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start. Final Report of the Expert Group, September 2003. Enterprise Directorate General, European Commission")* cita, en lo que se refiere a España, el standard fijado por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas relativo al principio de empresa en funcionamiento como elemento relevante de alerta temprana que descansa en la obligación a cargo del auditor de prestar atención a aquellas situaciones o circunstancias que puedan hacer dudar de la continuidad de la actividad de la empresa y si, una vez han sido analizados todos los hechos, persisten dudas significativas, de mencionar esta incertidumbre en su informe.

-un sistema de alerta temprana, enfocado hacia la disponibilidad de medios de alerta y en la prevención del concurso. Se constata que el éxito de la iniciativa depende de la detección temprana del peligro y la disponibilidad de la información. El acceso al apoyo se considera relevante, dado que una empresa que se encuentre en dificultades es más que probable que no cuente con los medios necesarios para el pago del asesoramiento.

- ello ha de ir unido a un sistema legal, orientado hacia los procedimientos legales de salvamento y reestructuración empresarial. Los sistemas legales de los Estados Miembros han de estar en disposición de ofrecer alternativas como la reestructuración. Se insiste en que los procedimientos de este tipo fracasan porque no se tiene conocimiento de su existencia, los requisitos para su acceso son de difícil cumplimiento para los empresarios, que pueden suponer una publicidad negativa para las empresas, su coste, la protección de determinados grupos de acreedores o experiencia y eficacia de la actuación de los Tribunales.

- "*Fresh Start":* la constatación de que los empresarios que fracasan tienen más éxito en sus proyectos posteriores aconseja prever los mecanismos necesarios para poder suprimir las inhabilitaciones y restricciones impuestas a quienes están sometidos a procedimientos concursales. Los sistemas legales no han de establecer trabas al comienzo de una nueva actividad por parte de aquellos que han estado sometidos a un procedimiento concursal, debiendo distinguirse a los concursados honestos de aquellos que no lo son.

-existe una actitud social negativa hacia el concurso que ha de ser superada, debiendo utilizarse la legislación en materia de insolvencia para mitigar el estigma social que lleva asociada esta situación en la sociedad.

En segundo lugar, el proyecto denominado "*Estigma asociado a la quiebra y preparación de materiales de alerta temprana"* (2002-2003), del que se dimanan dos instrumentos relevantes:

-La preparación de una Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico Social Europeo y al Consejo de las Regiones, sobre "Superar el estigma del fracaso empresarial", por una política de segunda oportunidad. Este documento dio lugar a la posterior SBA (*Small Business Act*).

-La puesta en marcha de herramientas que sirvan a los objetivos de comunicación del grupo. Sobre los materiales de alerta temprana, se refiere a la puesta en funcionamiento de una herramienta informática anónima que permita un análisis de la salud empresarial.

El producto de estos trabajos es la Comunicación aprobada por la Comisión Europea sobre la *Small Business Act* de 2008 (COM (2008) 394 final) "Pensar primero a pequeña escala"- *Small Business Act* para Europa (SBA)[536]. Destaca, en lo que aquí interesa, el apartado relativo a la promoción del espíritu empresarial, la creación de puestos de trabajo y el crecimiento inclusivo. La Comunicación hace hincapié en la necesidad de seguir simplificando requisitos administrativos y procedimientos para liquidar una empresa en concurso de acreedores. En este punto, se indicaba que la Comisión presentaría en 2011 un conjunto de recomendaciones políticas basadas en un estudio que midiera la magnitud de los concursos y la segunda oportunidad. Así, la Comisión, entre otras cosas, se comprometía a crear sistemas de tutoría para empresarios en al menos diez países de la Unión Europea para prestar asesoramiento y apoyo para la creación, gestión y desarrollo de sus empresas, lo que constituye el germen de las herramientas de alerta. Y, en segundo lugar, se invitaba a los Estados miembros, entre otras cosas, a aplicar, a más tardar en 2013, la recomendación formulada en el Plan de Acción de la SBA de promover las segundas oportunidades para los empresarios limitando a un máximo de tres años el período de suspensión de actividad y liquidación de deudas para un empresario honesto después del concurso.

Asimismo, en conexión con lo anterior, debe citarse igualmente la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2011 sobre los procedimientos de insolvencia que incluía recomendaciones para armonizar aspectos específicos de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia, incluyendo las condiciones de establecimiento, efectos y contenido de los planes de reestructuración, a los efectos de que el

[536] La Comunicación tenía por objeto el establecimiento de principios destinados a promover el emprendimiento en el seno de la Unión Europea, mejorar el acceso a la financiación, reducción de las cargas administrativas y mejorar el acceso a los mercados y la internacionalización. La revisión de la SBA realizada por la Comisión Europea en 2011 estableció que la mayoría de las iniciativas previstas en la Comunicación inicial habían sido adoptadas; que de las cuatro propuestas legislativas, solamente no había podido adoptarse el Estatuto de la Empresa Privada Europea; que existen diferencias en los enfoques de aplicación de los países de la Unión Europea y resultados distintos; y que, en relación a las cargas administrativas, algunos países de la Unión Europea no han conseguido su reducción. La revisión de 2011 proponía acciones también que debían integrar la SBA en la Estrategia Europea 2020 (fomento del principio "*solo una vez*" en los organismos administrativos al solicitar información o documentos; mejora del acceso a la financiación mediante garantías de préstamos; base consolidada común del impuesto de sociedades).

procedimiento de insolvencia se incoe en el momento oportuno para permitir el rescate de la empresa en dificultades. No obstante, las herramientas de alerta temprana no figuraron expresamente previstas en la misma.

Tampoco fueron incorporadas en la Recomendación de 12 diciembre de 2012 de la Comisión Europea, titulada "*Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*". La Recomendación tenía como base empírica un estudio de la dinámica empresarial ("*Business dynamics: start-ups, business transfers and bankruptcy*"). Una de las conclusiones del estudio es que la eficiencia de los procedimientos concursales no viene determinada por el sistema jurídico adoptado, o por su enfoque, sino por disposiciones específicas como la solución extrajudicial de los litigios, los procedimientos acelerados para las PYME y un sistema de detección precoz, entre otros factores. La Recomendación sostenía que los países que mejor funcionan poseen un marco jurídico eficaz para los procedimientos concursales y sistemas de detección precoz, y los países cuyo sistema de insolvencia es muy eficaz poseen también herramientas de detección también muy eficientes. La Comisión señalaba que se debía ofrecer apoyo a las PYME, para afrontar sus dificultades económicas, para mejorar la prevención, segunda oportunidad tras la quiebra, acuerdos extrajudiciales y procedimientos ante los tribunales.

En este sentido, el 9 de enero de 2013, la Comisión Europea adoptó el Plan de Acción sobre Emprendimiento 2020, en el que se invitaba a los Estados Miembros a la adopción de determinadas medidas, entre las cuales destacaba la de ofrecer servicios de asistencia a las empresas para su pronta reestructuración, consejos para evitar la quiebra y apoyo a las PYME para reestructurarse.

Un hito en este desarrollo viene constituido por la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE). En primer lugar, se establece en su apartado 6, bajo la rúbrica "*Disponibilidad del marco de reestructuración preventiva*", que dicho marco debería contener, entre otros elementos, la posibilidad de que el deudor pueda realizar la reestructuración en una fase temprana, tan pronto como sea evidente la probabilidad de insolvencia. La Recomendación invitaba a los Estados Miembros a asegurarse de que su legislación en materia de insolvencia cumpliera con determinados parámetros mínimos, sobre todo vinculados a la segunda oportunidad y principios comunes aplicables a todos los procedimientos de insolvencia. En segundo lugar, también se mencionaban las herramientas de alerta temprana en el Considerando 16, que establecía que "*El marco de*

reestructuración preventiva permitiría a los deudores hacer frente a sus dificultades financieras en una etapa temprana, cuando se puede evitar la insolvencia y garantizar la continuación de las actividades empresariales".

Se observa en los instrumentos analizados cómo la Comisión Europea considera que los mecanismos de alerta temprana son el complemento necesario (aunque, obviamente, no suficiente) de un sistema jurídico eficiente en materia de insolvencia. Los datos obtenidos a través de los mecanismos de alerta temprana servirían para incentivar a los deudores para iniciar procedimientos informales de reestructuración y de este modo, poder asegurar la viabilidad de la empresa.

Finalmente, fruto de estos trabajos, se aprueba la Directiva 2019/1023, de 20 de junio. La Comunicación de la Comisión Europea de 2012 ha servido igualmente de referencia para el legislador italiano, el cual introdujo medidas de alerta temprana y procedimientos extrajudiciales de reestructuración a través de la Ley número 155 de 19 de octubre de 2017. En todo caso, la finalidad perseguida a través de dichas normas ha sido la misma: la preservación de la continuidad de la empresa, y, sobre todo, la conservación del valor, evitando el deterioro que se produce como consecuencia de la detección tardía de los signos de "*distress*", sirviendo al objetivo de una pronta y rápida reestructuración. El precepto que regula las herramientas de alerta (artículo 3) sufrió modificaciones en su iter legislativo, incluyendo la rúbrica del precepto, denominado "*Alerta rápida y acceso a la* información". En efecto, los cambios afectaron a su ámbito de aplicación, pues si bien inicialmente no se había incluido expresamente a los representantes de los trabajadores como destinatarios potenciales de la información, posteriormente se les incluye para garantizar su acceso a la información. En segundo lugar, también se concretaron en mayor medida las herramientas que podían utilizarse con la finalidad de detectar las dificultades financieras, haciendo hincapié en su accesibilidad y que sean presentadas en un formato sencillo, "*en especial para las PYMES*". En este punto, puede afirmarse que la Directiva es particularmente sensible con la situación de las PYMES y las dificultades que tienen para acceder a un asesoramiento profesional adecuado que les permita detectar a tiempo la necesidad de actuar [537]

[537] Ello se hace patente en el Considerando 17 de la Directiva, al declarar: "*Las empresas, en particular las pymes, que representan el 99 % de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos*

3. Precedentes inmediatos de sistemas de alerta temprana en derecho comparado.

La concreción de las herramientas de alerta temprana a nivel comparado ha sido heterogénea[538]. Cabe destacar algunos sistemas de alerta temprana existentes en países de nuestro entorno[539]:

- **Francia.**

En Francia, deben reseñarse las normas en materia de alerta temprana ("*procédures d´alerte*") contenidas en el artículo L-234-1 C- Comm., en relación con la *société anonyme*. El sistema se basa esencialmente en informes de auditores (los "*commissaires aux comptes*"). Éstos se encuentran obligados a advertir al Consejo de Administración de la sociedad cuando, con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones, tengan conocimiento de la existencia de circunstancias que puedan poner en peligro la continuidad de la empresa. La deliberación del órgano de administración debía comunicarse al Presidente del Tribunal de Comercio y al Comité de Empresa, o en su defecto, a los delegados de personal. En este punto, vemos cómo la alerta ya sale del ámbito puramente interno de la sociedad, dado el informe que han de remitir al Presidente del Tribunal de Comercio, siendo que incluso puede solicitar que sean oídos por el Tribunal. Si la sociedad insiste en seguir ignorando la advertencia, el siguiente paso es solicitar una Junta de Accionistas para que adopten una decisión basada en un informe especial que han de preparar los auditores. En caso de que las decisiones adoptadas por la Junta de Accionistas sean inadecuadas para asegurar la continuidad de la empresa, los auditores han de informar al Tribunal acerca de todas las medidas adoptadas, incluidas dentro del ámbito del procédure d´alerte, junto con los resultados, para proporcionar toda la prueba posible y solicitar ser oídos, en su caso.

---

necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos."

[538] Vid. VIÑUELAS SANZ, M. Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana, Anuario de derecho concursal, ISSN 1698-997X, Nº. 56, 2022, págs. 149-202.

[539] Nos referimos a sistemas de alerta temprana existentes en nuestro entorno con anterioridad a la transposición de la Directiva 2019/1023. Los resultantes de la transposición no se abordan en el presente trabajo.

Estas eran las medidas de alerta temprana más importantes. También pueden citarse la solicitud de información de una minoría de accionistas al órgano de administración sobre determinadas operaciones, así como sobre circunstancias que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa (vid. Artículo L225-231 y 232). También puede citarse la previsión contenida en el artículo L2323-78 Code du Travail, habilitando al comité de empresa a que pudiera solicitar información al órgano de administración, pero no la comunicación de la información recibida ni a los auditores ni al Tribunal.

Por su parte, la medida prevista en el artículo L611-2 C. Comm implica que si el Tribunal de Comercio recibe información (incluso a través del *procédure d´alerte*) sobre las dificultades del deudor que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa, puede señalar una vista para adoptar las medidas que han de ser adoptadas para resolver la situación. Tras la vista, o cuando el deudor no haya acudido a la misma, el Tribunal puede iniciar una investigación, que incluye requerimientos de información a los *commissaires aux comptes,* trabajadores, bancos y autoridades públicas, para recopilar información que pueda ser útil para conocer la verdadera situación económica y financiera de la empresa. En este sentido, el Tribunal puede iniciar un procedimiento ex officio, teniendo en cuenta que la ley impone la obligación de proporcionar información a las autoridades tributarias, laborales y mercantiles, las cuales han de comunicar las obligaciones que han quedado impagadas. Esta obligación se sanciona con la subordinación y pérdida del carácter privilegiado de sus respectivos créditos en caso de apertura de un procedimiento de insolvencia posterior.

En todo caso, se observa que la idea básica que subyace en el marco preventivo descrito es que, para incentivar que el deudor actúe a tiempo, y para evitar actitudes de ocultación de signos de *distress*, los procedimientos deberían ser diseñados de forma que han de respetar el principio de confidencialidad y desarrollarse en un entorno no público, profesional e independiente.

- **Italia.**

En Italia el Decreto legislativo número 14, de 12 de enero de 2019 ha llevado a cabo la reforma de los procedimientos de insolvencia y una revisión completa de la ley de Insolvencia de 1942, en correlación con la reciente Directiva sobre Reestructuración[540].

[540] ZORZI, A. "The Italian Insolvency Law Reform". disponible en SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3492422 (última consulta 04/09/2020).

En materia de alerta temprana destaca el Decreto Ley 118/2021, de 24 agosto, que introdujo (a partir del 15 de noviembre de 2021), la figura denominada: "*Composición negociada para la resolución de la crisis empresarial",* un sistema novedoso que habilita una negociación asistida, de carácter voluntario, incluyendo un sistema de alerta temprana. [541].

Los mecanismos de alerta temprana previstos en el *Código de la Crisis de la Empresa y de la Insolvencia*, consisten fundamentalmente en obligaciones que se imponen a determinados sujetos y entidades, dirigidos a la pronta detección de indicadores críticos y a la adopción de medidas apropiadas, a lo que se añade la implantación de determinados modelos de organización internos por parte de las empresas y sus órganos societarios. Los indicadores críticos pueden ser económicos o financieros, considerando la dimensión y la historia de la empresa, así como el tipo de actividad que lleva a cabo.

Estas herramientas de alerta temprana se activan a través de los siguientes procedimientos:

- En primer lugar, por medio de una comunicación enviada por órganos de control interno, como puede ser los auditores internos o externos de la compañía, dependiendo del caso, destinadas a los administradores de la empresa, fijando un plazo corto para la adopción de las medidas requeridas. Si no existe actuación o respuesta alguna por parte de los administradores, los órganos de control han de informar a un organismo público e imparcial denominado OCRI ("*Organismo di Composizione della Crisi d´Impresa")*.
- En segundo lugar, a través de determinados acreedores públicos cualificados (Agencia Tributaria, Autoridad de Seguridad Social), los cuales han de remitir una comunicación al deudor, para el caso de que la deuda alcance un determinado umbral. Si no se corrige dicho endeudamiento, o el deudor no actúa dentro de un determinado plazo, dichos acreedores públicos han de informar igualmente al OCRI. El papel del organismo público referido resulta crucial, pues si se produce la situación de crisis definida por determinados indicadores, puede instar al deudor a adoptar determinadas medidas en el seno de un procedimiento extrajudicial,

[541] VIÑUELAS SANZ, M. "Sistemas de alerta temprana en el derecho Italiano", Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), ISSN-e 2697-0953, Nº. 4, 2021, págs. 381-403; SPERANZIN, M. MAROTTA, F. Early warning tools and preventive restructuring following the transposition of the EU insolvency Directive in Italy. R&I. núm 8, diciembre 2022.

confidencial y rápido. Además, también desempeña un papel relevante a los efectos de facilitar un acuerdo con los acreedores, dirigido a una reestructuración de la deuda. En todo caso, el deudor se encuentra igualmente legitimado para solicitar la apertura del procedimiento extrajudicial ante el OCRI, y así poder beneficiarse de determinadas medidas positivas, incentivadoras del acuerdo.

- En tercer lugar, a través de indicadores de crisis, entre los cuales se encuentra el patrimonio neto negativo, la sostenibilidad de la deuda, así como índices distintos en función de la actividad económica: la relación entre las cargas financieras y el volumen de negocios; el apalancamiento o índice de adecuación de capital en términos de relación entre medios propios y deudas totales; la liquidez, calculada por razón del ratio entre activos y pasivos, con vencimiento a corto plazo; la rentabilidad líquida de los activos, esto es, relación entre el flujo de caja producido y el activo total; y la deuda social y tributaria, de acuerdo con lo registrado en el balance en relación a los activos.

La principal novedad del DL 188/2021 de medidas urgentes relacionadas con la crisis y la recuperación empresarial es la *Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa,* que gira en torno a un acuerdo entre el deudor, los acreedores y partes interesadas.

- **Dinamarca.**

En Dinamarca se ha desarrollado un proyecto denominado "*Early Warning Denmark*" ("EWD")[542], un sistema que proporciona a las empresas con dificultades financieras una asistencia imparcial y confidencial, sin coste para éstas. La idea que subyace en este proyecto consiste en ayudar a la empresa antes de que tenga que adoptar medidas legales para la remoción de su situación de insolvencia. Así, el sistema de "*Early Warning"* opera antes de que afloren las dificultades financieras, incentivando que la reorganización empresarial tenga lugar de forma extrajudicial, siendo éste el momento idóneo para facilitar la supervivencia de la empresa.

[542] Vid. MOLLER, M. "Early Warning Europe: Asistencia a las PYMES en crisis". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 33. Primer semestre de 2020. En Madrid. Ed: Wolters Kluwer. pp. 571-572.

El proyecto ha afectado un millón de euros al año, en el período de 2008-2013[543], habiendo incluido a 4.000 compañías en el sistema (650 en 2013), cuyo coste es inferior a 1.500 euros por compañía. Se facilita asesoramiento imparcial y confidencial, el cual es financiado por el Gobierno danés al objeto de asegurar que se llevan a cabo los cambios necesarios para evitar la insolvencia; cierres rápidos y honestos, cuando esta es la vía correcta; y sobre todo, que las empresas consigan entrar en una senda de crecimiento. Con ello, se intenta modificar la percepción de la insolvencia (tomando como referente los Estados Unidos) y crear compañías de mayor valor. Con ello, se alcanza una organización más madura, con una evidencia clara de una mayor recaudación tributaria y menor estigmatización.

Este proyecto ha estado operativo en Dinamarca desde el año 2007, y desde 2016 su experiencia ha beneficiado a otros países europeos a través del programa "*Early Warning Europe"* ("EWE"). Ha sido establecido por el programa COSME de la Comisión Europea y dirigido por el "*Business Development Centre of Central Denmark*", que ha implantado mecanismos de alerta temprana que están operativos en Polonia, Italia, Grecia y España. A partir de mayo de 2019 se incorporaron Finlandia, Croacia, Lituania y Eslovenia.

Se pretende beneficiar al mayor número de Estados Miembros posible, crear valor añadido creando y compartiendo conocimiento para inspirar mejores prácticas en las leyes de insolvencia de los países, mejorar la segunda oportunidad y la conexión transfronteriza entre voluntarios de la organización.

Las bases del proyecto en Dinamarca pueden resumirse del siguiente modo:

- Más de 100 voluntarios, que son empresarios y especialistas;
- 15 de los mejores abogados expertos en materia de insolvencia;
- 15 consultores en alerta temprana, con experiencia dilatada en identificación de oportunidades para cada compañía y cada propietario.

Asimismo, un modelo de software ha sido desarrollado por la "Danish Business Authority", con el propósito de analizar el potencial del big data y de la inteligencia artificial para identificar las señales de distress en las cuentas anuales presentadas digitalmente por las empresas.

[543] Los datos han sido obtenidos del documento "*Early Warning Europe EU. Perspective and Development".*

- **Alemania.**

Las herramientas de alerta temprana ("*Frühwarnsystem*") se contemplaban, esencialmente, en la *Aktiengesetz,* en su parágrafo 91.2[544], bajo la rúbrica ("*Organisation. Buchführung").* Tras establecer, en su apartado 1, la responsabilidad a cargo del Consejo de Administración, de velar por la correcta llevanza de la contabilidad, en su apartado 2 previene que ha de adoptar igualmente las medidas adecuadas, incluyendo la implantación de un sistema de supervisión, para la detección temprana de circunstancias que puedan suponer un riesgo para la continuidad de la empresa.

Asimismo, en el parágrafo 92 se contemplan los deberes del Consejo de Administración en caso de pérdidas cualificadas, sobreendeudamiento e imposibilidad de pago de obligaciones corrientes, así como las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones que en dicho precepto se establecen.

Se plantea la necesidad de implantar un plan empresarial que recoja la posibilidad de reconocer los riesgos que pueden afectar a la empresa. En este sentido, se ha sugerido que se concreten las medidas que han de adoptarse para la cobertura del capital social, así como otras alternativas que han de ser tenidas en cuenta a tales efectos[545].

[544] El artículo 91.2 fue introducido en virtud de una modificación operada por "*Gesetz zur Kontrolle und Transparenz in Unternehmensbereich" (KonTrag*), que entró en vigor el 1 de mayo de 1998. La Ley tuvo por objeto, entre otras finalidades, establecer un deber concreto a cargo de la sociedad de observar los riesgos de forma sistemática y detectar con antelación posibles errores en el desarrollo de la actividad empresarial; mejorar la coordinación entre los auditores, el órgano de administración y de supervisión; una mayor calidad de la auditoría legal así como incrementar la transparencia en las empresas y permitir un mayor control a través de la Junta General de Accionistas. La KonTrag pone el foco en los riesgos que pueden llevar a la sociedad a la iliquidez o a su sobreendeudamiento. Las medidas de alerta temprana se configuran en dicha norma, de este modo, como una obligación del órgano de administración, vinculada a los deberes de los administradores en el período previo a la insolvencia.

[545]El legislador alemán ha acometido la transposición de la Directiva, a través de la Ley sobre el marco de estabilización y de reestructuración para empresas (*Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG*), que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2021. En los parágrafos §§ 101, 102 de dicha norma, se contienen las herramientas de alerta temprana. En primer lugar, en el parágrafo §101, se establece que se ha puesto en marcha una página web (www.bmjv.bund.de), dependiente del Ministerio de Justicia y de Protección al Consumidor, a través de la cual se puede llevar a cabo la identificación temprana de signos de crisis empresarial. En el parágrafo §102, por su parte, se hace referencia a la obligación de asesores fiscales, auditores, contables y abogados de advertir a administradores y socios de la sociedad de la existencia de indicios de probabilidad de insolvencia.

4. El presupuesto objetivo.

El núcleo de la Directiva viene constituido por la regulación de los planes de reestructuración, a los efectos de hacer posible una reestructuración tempestiva, cuando el deudor se encuentra todavía en "*probabilidad de insolvencia"* ("*likelihood of insolvency"*). Como elemento destinado a cumplir tal finalidad, la Directiva impone, de forma totalmente novedosa, la obligación a cargo de los Estados Miembros de establecer e implementar mecanismos de alerta temprana, que adviertan al deudor de la necesidad de actuar, evitando que lleguen a una situación de insolvencia y preservando su viabilidad económica[546].

La primera cuestión que se plantea es si la Directiva obliga a los Estados miembros a diseñar las herramientas de alerta temprana únicamente para empresarios o si también debe incluir a personas naturales (p.ej. consumidores), dado que el artículo 3 hace referencia al "*deudor"*, sin mayor especificación[547], de modo que teóricamente podría abarcar a ambos. En este punto, un sector autorizado de la doctrina[548] ha entendido que no parece posible tal extensión a personas físicas no empresarios, esgrimiendo diversos argumentos en apoyo de tal interpretación. De conformidad con el artículo 1.2. h), la Directiva no se aplica a procedimientos relativos a deudores que constituyan personas físicas que no tengan la condición de empresarios. Y es que, si bien pudiera argüirse que la alertas no son procedimientos del artículo 1.2 de la Directiva, no resultaría coherente que la Directiva impusiera la obligación de configurarlas para ser aplicadas a personas físicas no empresarios, siendo que éstas quedan fuera de su ámbito armonizador. Por otro lado, de los considerandos de la Directiva se deduce que su objetivo son actividades empresariales y no personas físicas que carecen de la condición de empresarios. Además, y este es a nuestro parecer el argumento definitivo, el establecimiento de herramientas de

---

[546] MORAL ESCUDERO, J.: "*Alertas tempranas y estadística concursal en el Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal*". Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones. Núm. 3, Extraordinario. Iustel, Octubre 2021. Pág. 25.

[547] Artículo 3.1 de la Directiva: *"Los Estados miembros velarán por que el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana claras y transparentes que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora. A los efectos del párrafo primero, los Estados miembros podrán utilizar tecnologías de la información actualizadas para las notificaciones y comunicaciones."*

[548] RAMMESKOW, U.: *"Early warning and access to information",* en PAULUS, C. y DAMMANN, R.: "*European Preventive Restructuring. Article by article Commentary*", Verlag C.H. Beck oHG&Hart Publishing&Nomos. November 2020. Págs. 79-80.

alerta temprana destinadas a personas naturales no empresarios exigiría una diferente aproximación y también distintas soluciones. Las causas que conducen a la insolvencia en uno y otro caso difieren sustancialmente entre sí, por lo que el sistema de alertas ha de adecuarse a su detección, aplicando métodos también distintos. En todo caso, la Directiva no impide que estas herramientas de alerta temprana se configuren de modo que resulten de aplicación también a personas naturales no empresarios, aun cuando no lo imponga[549].

5. Las alertas tempranas en la Directiva 2019/1023 y deberes preconcursales de los administradores.

Por lo que se refiere a las herramientas en sí, la Directiva prevé que las herramientas de alerta temprana han de ser "*claras y transparentes*", las cuales han de permitir "*detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora."* Se añade que los Estados Miembros "*podrán utilizar tecnologías de la información actualizadas, para las notificaciones y comunicaciones.*" El Considerando 22 de la Directiva explica que tales herramientas han de permitir acceder a "*información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva"*. Ello con la finalidad de incentivar a aquellos deudores que sufren dificultades financieras a que tomen medidas a tiempo, pues en caso contrario, puede no ser factible acudir a los procedimientos de reestructuración preventiva, si la situación se deteriora tanto que solamente quedara como opción la liquidación.

De acuerdo con el artículo 3, apartado 2, pueden distinguirse tres tipos de herramientas de alerta temprana, enumeradas de forma ejemplificativa y no exhaustiva:

- Mecanismos de alerta, que se activarán cuando el deudor no haya efectuado determinados pagos;
- Servicios de asesoramiento ofrecidos por organizaciones públicas o privadas;

[549] Como se dirá después, al analizar la figura de la exoneración de deudas, la Directiva no impone su extensión a personas físicas no empresarios, consumidores, pero tampoco lo impide. En este punto, deben citarse las consecuencias de su aplicación a personas físicas (sean o no empresarios) y la apreciación de los requisitos para acceder a la exoneración de deudas, en concreto, el relativo a la buena fe. Vid. Sobre este punto, GÓMEZ ASENSIO, C.: "*Alerta temprana y exoneración de pasivo"*, en *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, núm. 46; Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. 2021. Se afirma que la activación de las herramientas de alerta temprana condicionaría la apreciación judicial de las circunstancias en que se hubiera producido el retraso en la solicitud de declaración de concurso, esto es, atendiendo a si recibió o no algún tipo de advertencia sobre su probabilidad de insolvencia y las medidas que, eventualmente, hubiera adoptado para evitarla.

- Advertencias a través de terceros (auditores, autoridades tributarias o de Seguridad Social) que ponen de manifiesto circunstancias negativas relativas al deudor, que habrán de revestir la forma de incentivos, de acuerdo con la normativa nacional.

El artículo 3 de la Directiva, como se puede observar, incluye tanto herramientas de alerta, propiamente dichas, que informan de que no se han realizado determinados pagos, como sistemas de asesoramiento. Ahora bien: no es suficiente con advertir al deudor de que tiene probabilidades de incurrir en estado de insolvencia, sino que ello debe ir acompañado de la posibilidad de recibir asesoramiento. Por otro lado, las herramientas han de adaptarse al tamaño de la empresa y establecer previsiones específicas para grandes corporaciones, adaptándose a sus peculiaridades[550].

Por lo que se refiere al primero de los sistemas citados en la Directiva, esto es, "*mecanismos de alerta que se activarán cuando el deudor no haya efectuado determinados pagos"*, la doctrina ha detectado que las organizaciones que pueden activar tales mecanismos de alerta han prestado más atención al establecimiento de sistemas de asesoramiento que a los mecanismos de alerta por razón de la mayor dificultad que entraña la implantación de éstos últimos, pues habitualmente requieren la involucración de las autoridades públicas o de un tercero, exigiendo algún tipo de intervención legislativa a tal efecto[551]. Existen diversas opciones en torno a los sistemas de alerta: sistemas que informan al deudor que no ha realizado determinados pagos (p.ej. autoridades tributarias o de seguridad social), sistemas que involucran a los tribunales o incluso establecer incentivos para que los auditores pongan de manifiesto la existencia de un riesgo de insolvencia [552] . También se ha propuesto la utilización de sistemas de inteligencia artificial, con esta finalidad, pero se parte de la información proporcionada por el deudor en sus cuentas anuales, por lo que si esa información ha sido falseada el sistema no funcionará y además es posible que llegue demasiado tarde[553].

En segundo lugar, en cuanto a los servicios de asesoramiento ofrecidos por organizaciones públicas o privadas que menciona la Directiva, éstos suelen funcionar de

[550] RAMMESKOW, U: op. cit. Pág. 80.
[551] RAMMESKOW, U: op. cit. Pág. 80.
[552] Como sucedía con el ya derogado artículo 209.1.b) LSA.
[553] RAMMESKOW, U: op. cit. Pág. 81.

modo que una organización se encarga de gestionar un sitio web que proporciona asesoramiento a aquellos deudores que se encuentran en dificultades financieras. Se cita expresamente, por su simplicidad, la posibilidad de facilitar en línea, a través de un sitio o página web específicos (caso español) información relativa a las herramientas de alerta temprana. La posibilidad de cumplimentar un cuestionario por parte del deudor no cumpliría los objetivos de la Directiva, ya que debe establecerse la necesidad de actuar en caso de que se hayan detectado dificultades que pueden, en el corto plazo, derivar en una situación de insolvencia. Además, debe proporcionarse un asesoramiento concreto, adaptado a la situación del deudor.

En este contexto se enmarca el proyecto, derivado del EU COSME Project, que se denomina *Early Warning Europe*[554], el cual constituye una estructura permanente con 35 miembros de toda Europa, incluyendo organizaciones que asisten de manera activa a sociedades en crisis en Dinamarca, Bélgica, Alemania, Italia, Polonia, Grecia y España[555]. El concepto se basa en el mecanismo iniciado en Dinamarca, donde *Early Warning* lleva operando desde 2008, asistiendo, desde entonces, a más de 6000 compañías. La colaboración estrecha entre despachos especializados en insolvencia y *Early Warning* ha sido crucial. Cuando, tras diagnosticar el estado de la compañía y sus problemas, se concluye que, siendo realista, la misma no podrá volver a arrojar beneficios, abogados especialistas en insolvencia ofrecen un número de horas pro-bono para preparar a las compañías para el procedimiento concursal judicial. Esto se consigue mediante la venta de activos, analizando el potencial de continuidad en nuevas estructuras legales de las partes saneadas y no saneadas de la sociedad, acelerando así el proceso concursal. Se trata de un escenario en el que todos ganan (*win-win*): los empresarios salen antes y de manera más «limpia» del procedimiento concursal, sus opciones de una segunda oportunidad[556]. Este sistema estimula que los empresarios decidan acudir a tiempo al asesoramiento profesional, por ser imparcial y sobre todo confidencial. El empresario es normalmente reticente a acudir a este tipo de asesoramiento, por la dificultad que supone admitir la realidad y las dificultades. Habitualmente se acude al asesoramiento cuando la situación ha llegado a un punto de "*no retorno",* en que ya la situación de crisis y de pérdida de

[554] https://www.earlywarningeurope.eu/
[555] MOLLER, M.: "*Early Warning Europe: asistencia a las PYMES en crisis".* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 33/2020, Nº 33, 1 de jul. de 2020, Editorial Wolters Kluwer.
[556] MOLLER, M.: op.cit.

valor es irreversible. El sistema de alerta temprana debe activarse cuando todavía existe margen de maniobra para tomar medidas eficaces.

El problema que suscita este sistema es que, a pequeña escala, puede ser viable la prestación del servicio pro-bono, sin contraprestación alguna. Pero su implementación general a la larga va a requerir, con toda seguridad, financiación y apoyo público. Se ha planteado en la práctica la duda de si la financiación pública del proyecto puede suponer una ayuda de Estado, incompatible con los principios contenidos en los Tratados (artículos 107, 108 y 109 TFUE)[557]. La finalidad del marco jurídico de las ayudas de Estado es evitar que los Estados miembros puedan conceder ayudas a las empresas que les permitan situarse en una situación ventajosa respecto a sus competidores. A nuestro juicio, la posible financiación pública del proyecto no debería implicar que se trate de una ayuda de Estado incompatible con el Tratado. La intervención, en primer lugar, no confiere una ventaja selectiva (en este caso, indirecta) a determinadas empresas previamente identificables. Por el contrario, se trata de un proyecto cuyos potenciales beneficiarios son la generalidad de las empresas, aunque, por sus características, esté primordialmente destinado a PYMES, que son las que tienen mayores dificultades para acceder a dichos servicios e información. En segundo lugar, es evidente que la recepción del asesoramiento profesional en sí mismo tampoco afecta de forma alguna a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Y, en tercer lugar, tampoco podría considerarse que falsea o amenaza falsear la competencia de ningún modo. Se trata de condiciones cuyo examen se suele realizar de forma conjunta. El falseamiento de la

[557] En concreto, el artículo 107.1 TFUE define las ayudas estatales del siguiente modo: "*Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones."* De acuerdo con lo establecido en la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 262 de 19 de julio de 2016), se considera que existe una ayuda estatal incompatible con las disposiciones del Tratado (si bien, a este respecto, hay que advertir que la legalidad de las ayudas concedidas han de analizarse teniendo en cuenta la totalidad de las normas y reglamentos comunitarios, con inclusión del derecho nacional de la competencia) cuando concurran los siguientes criterios de forma cumulativa*: (i)* Cuando la ayuda ha sido concedida por el Estado o mediante fondos estatales; *(ii)* La intervención favorece a determinadas empresas, es decir, confiere una ventaja al beneficiario de forma selectiva; *(iii)* La ayuda afecta a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; *(iv)* Falsea o amenaza falsear la competencia.

Es importante indicar que la ventaja a la que se refiere el precepto, de acuerdo con lo señalado por la Comunicación, puede ser directa o indirecta, esto es, puede conferirse a empresas distintas de aquéllas a las que se transfieren directamente los fondos estatales (ventaja indirecta). Así, indica la Comunicación que una medida puede constituir una ventaja directa para la empresa beneficiaria como indirecta para otras empresas. Existe una ventaja indirecta si la medida está ideada de forma que canalice sus efectos secundarios hacia empresas o grupo de empresas identificables.

competencia puede tener lugar cuando el otorgamiento de una ventaja coloca a una empresa en una situación privilegiada respecto a sus competidores. Ello requiere, por tanto, la previa existencia, o al menos, posibilidad de existencia, de competencia en el mercado en que opere la empresa en cuestión.

En conclusión, no parece, en un análisis preliminar de la cuestión (y sin perjuicio del que realice la Comisión Europea en su caso), que la financiación con cargo a fondos públicos del asesoramiento profesional prestado implique per se la existencia de una ayuda de Estado incompatible con el Tratado, pues no concurre la nota de ventaja selectiva (indirecta) mencionada, por no ir dirigida a una empresa o grupo de empresas identificable.

Por otro lado, la Directiva no obliga a los Estados Miembros a prestar por sí mismos tal asesoramiento de forma gratuita. Las herramientas de alerta temprana pueden ser desarrolladas por los Estados miembros o por entidades privadas, por lo que no parece que sea necesariamente cada Estado Miembro el que haya de llevar a cabo directamente las actividades o servicios que puedan incluirse como mecanismos de alerta temprana, siempre que se cumpla el objetivo fijado. Puede realizarse a través de operadores privados, si bien el alcance ha de ser nacional, garantizando una implantación de carácter general y sin discriminación alguna de carácter territorial. Las Administraciones Públicas podrían desempeñar un papel relevante en la implementación de los mecanismos de alerta. En primer lugar, porque, como hemos adelantado, las herramientas han de desarrollarse por los Estados miembros o por entidades privadas, si bien se constituyen en "*garantes*" de su implementación, con independencia de que sean las Administraciones Públicas competentes en cada caso las que pongan dichas herramientas a disposición de los particulares, directamente, o prevean (normativamente, por ejemplo) que pueden ser prestados por particulares.

Esta suerte de garantía se extiende a la forma en que dicha información ha de estar disponible: clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar. El objetivo que ha de garantizar es que sea efectiva para que el deudor pueda detectar sus dificultades financieras y tomar medidas oportunas, siendo idóneas para poder evitar una insolvencia inminente o, si la solución fuera una liquidación, lograr que ésta sea ordenada y eficiente. Tal responsabilidad por razón de la implementación de las herramientas tiene un límite: la Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de

dichas herramientas de alerta temprana. Lo que se ha pretendido, en cierto modo, con ello es desligar la pérdida patrimonial que pudieran sufrir los acreedores como consecuencia del procedimiento de reestructuración de la utilización concreta de la herramienta de alerta temprana. Esta afirmación consideramos que obedece al hecho de que el recurso a un procedimiento de reestructuración, cuando no existe propiamente una situación de insolvencia, puede dar lugar a una suerte de "*expropiación*", a un sacrificio patrimonial, que los acreedores no están dispuestos a asumir si no es concurriendo una verdadera situación de insolvencia, en la que el valor de su crédito está indubitadamente deteriorado. Por el contrario, en la situación de "*preinsolvencia"* puede existir la creencia de que el Estado ha de responder en caso de que el acreedor pueda demostrar que la situación objetivamente no exigía la adopción de plan alguno de reestructuración, si éste tiene su causa en la utilización de las alertas tempranas diseñadas por el propio Estado. Por otro lado, la Directiva presta atención a las PYMES, que pueden no tener a su alcance los medios necesarios para analizar de forma objetiva y fiable su propia situación financiera. En estos casos, la Directiva obliga a los Estados Miembros en el sentido de que la información sea accesible en línea y se presente en un formato sencillo de consultar.

De acuerdo con el apartado 3, los Estados Miembros han de asegurar que los representantes de los trabajadores gozan de pleno acceso a información relevante y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana, a los efectos de garantizar el apoyo de los empleados y sus representantes. Lo que se pretende es hacer efectiva un mayor conocimiento de la situación económica y financiera del deudor, todo ello en función de lo que se establezca en la normativa nacional a efectos de su involucración en procedimientos de reestructuración.

La Directiva contempla los deberes preconcursales de los administradores en su artículo 19, bajo la rúbrica "*Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente"*, el cual da comienzo al capítulo 5, titulado precisamente "*Obligaciones de los administradores sociales*". Lo primero que ha de destacarse es la divergencia acerca del ámbito temporal de dichos deberes en las diferentes versiones. Si bien la versión en español los enmarca dentro de la "*insolvencia inminente",* en la versión en inglés aparecen referidos a "*likelihood of insolvency*" (probabilidad de insolvencia), en la versión en francés se trata de "*une probabilité d'insolvabilité"* (probabilidad de insolvencia), en la versión en alemán es "*wahrscheinlichen Insolvenz*" (probabilidad de insolvencia) y lo mismo sucede con la versión en italiano ("*probabilità di insolvenza",*

probabilidad de insolvencia). Consideramos que en este punto la traducción en español es incorrecta, pues el término "*insolvencia inminente"* no se corresponde legalmente con la "*probabilidad de insolvencia"* que es el que recogen el resto de las versiones de la Directiva. Además, se trata de un concepto que proviene del derecho alemán ("*drohende Insolvenz*") de modo que, si fuera correcta la interpretación ofrecida por el traductor español y consideráramos ambos conceptos equivalentes o idénticos, debería recogerse este concepto en la versión alemana, y observamos que no es así, pues ésta hace referencia a la "*wahrscheinliche Insolvenz*". Esta observación es relevante a los efectos de distinguir el presupuesto temporal de las alertas tempranas y los deberes de los administradores en la Directiva.[558]. Nos parece que la traducción correcta debería ser "*probabilidad de insolvencia"*, si tenemos en cuenta lo que se señala en la propia Directiva al respecto de dicho presupuesto temporal [559] , pues se refiere a que "*el deudor esté próximo a la insolvencia".* La "*proximidad de la insolvencia*" es un estadio temporal anterior a la insolvencia inminente y a la insolvencia actual (al menos, distinto, desde luego) y parece más correcto interpretar que estos deberes se proyectan sobre ella y no sobre la "*insolvencia inminente*"[560]. En este contexto, debe dilucidarse si el marco temporal en que afloran los deberes de los administradores es coincidente o no con el de la activación de las herramientas de alerta temprana a las que nos venimos refiriendo.

Se trata de una cuestión que puede tener relevancia práctica, en cuanto a que el presupuesto temporal, previo siempre al estado de insolvencia, hace referencia a un momento en que la empresa es viable y no se ha llegado a lo que puede definirse como un punto de no retorno, esto es, la situación es todavía reversible[561]. Pues bien: partiendo

---

[558] Vid. Respecto a la delimitación del concepto de "proximidad a la insolvencia" RECAMÁN GRAÑA, E.: "*Diligencia e interés social en la proximidad de la insolvencia*", en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, op. Cit. Págs. 207ss.

[559] Vid. Considerando 71: "*En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores*."

[560] En contra de esta interpretación, vid. GÓMEZ ASENSIO, C.: "*Los deberes de los administradores en situación de insolvencia inminente en la propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración"* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 31/2019, Nº 31, 1 de jul. de 2019, Editorial Wolters Kluwer. Este autor considera que esta discordancia evidencia la voluntad del legislador comunitario de equiparar el concepto de «*insolvencia inminente»* española con el de «*probabilidad de la insolvencia»*.

[561] Vid. Sobre la distinción entre "*insolvencia"* y "*pre-insolvencia*", TOLLENAAR, N.: "*Pre-Insolvency Proceedings. A normative Foundation and Framework".* Oxford University Press. 2019. Págs.78-80. Este autor plantea que la imposición del plan de reestructuración con carácter obligatorio estaría justificada no

de la utilidad de las herramientas de alerta temprana como elementos que pueden advertir de una futura insolvencia, la doctrina ha distinguido dos tipos de escenarios[562]. En primer lugar, que se haya evitado, como consecuencia de la activación de la alerta, la situación de insolvencia "*inminente",* sin haber llegado a una situación de insolvencia actual; o que el deudor no haya actuado, por lo que éste, tras la alerta, conoce que se encuentra, al menos, en situación de insolvencia *"inminente*". En este sentido, la alerta operaría a modo de advertencia clara de la concurrencia de un deber jurídico de actuar para los administradores sociales, de modo que, a partir de la activación de la alerta, ya conocen o deben conocer, que se encuentran en situación, al menos, de insolvencia "*inminente"*, con las consecuencias inherentes desde el punto de vista del (in)cumplimiento de sus deberes preconcursales (ex artículo 5 del TRLC, en relación con la presunción de culpabilidad del concurso y la prueba de la generación o agravación del estado de insolvencia, a efectos de la condena a la cobertura del déficit concursal, prevista en los artículos 444.1º y 456 TRLC).

Sin embargo, a nuestro juicio, el marco temporal de los deberes de los administradores previstos en el artículo 19 de la Directiva es claramente distinto del previsto para las alertas tempranas, situándose éstas en una fase incluso anterior, a saber, cuando no existe una situación de insolvencia, ni actual ni inminente, ni, por ende, un deber jurídico de actuar conforme a la legislación societaria o mercantil, a pesar de la dicción literal de la Directiva en la versión española al referirse a la *"insolvencia inminente*" y no a *"probabilidad de insolvencia".*

---

solamente cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia, esto es, cuando se produce un sobreseimiento generalizado de sus obligaciones, sino también cuando se la insolvencia del deudor es de alguna forma *"esperable*", lo que parece referido al estado de "*pre-insolvencia*". Este estado implica que no existe expectativa realista de poder revertir la situación de insolvencia, lo que se equipara a la inevitabilidad de la insolvencia. Sin embargo, "*probabilidad de insolvencia"* se refiere a un estadio temporal previo, en que todavía hay una posibilidad de revertir la insolvencia y todavía no se ha entrado en la fase de "*pre-insolvencia*". La consecuencia práctica será, en esencia, al analizar la justificación de una actuación temprana, que mientras concurra una mera probabilidad de insolvencia, las acciones ejecutivas de los acreedores todavía no se han visto amenazadas, mientras que, una vez que el deudor entra en la fase de "*pre-insolvencia",* no hay un interés legítimo en prolongar lo inevitable, de modo que es en interés de todos los sujetos implicados actuar tan pronto como sea posible para minimizar las pérdidas y preservar el mayor valor posible. En todo caso, debe reseñarse que la Comisión Europea mantiene un criterio más amplio, al permitir la reestructuración cuando todavía hay una mera "*probabilidad de insolvencia*", a tenor de la Recomendación de 12 de marzo de 2014 (parágrafo 6, a).

[562] GÓMEZ ASENSIO, C. "*Alerta temprana y exoneración de pasivo",* en La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023, núm. 46; Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. 2021. Pág. 87.

Por otro lado, debe destacarse que, si bien teóricamente los Estados Miembros pueden plantearse el establecimiento de los sistemas de alerta temprana como elemento determinante para que los administradores tomen las medidas a que se refiere el artículo 19, ello ha de analizarse con cautela[563]. En efecto, si se hace depender el nacimiento de la responsabilidad de los administradores del conocimiento obtenido a través de los mecanismos de alerta temprana puede producirse una consecuencia no deseada por la Directiva. En ella se configuran las herramientas con carácter voluntario. Si la legislación proclama la responsabilidad del deudor en caso de no acudir a tales mecanismos, dejarán de considerarse mecanismos voluntarios para constituir una obligación impuesta legalmente de actuar. Se ha propuesto, como solución más adecuada, la de configurar la obtención de asesoramiento en el marco de las alertas como cláusula de exoneración de responsabilidad del deudor y de sus administradores[564].

6. El modelo español de las alertas tempranas.

6.1. Antecedentes.

En España se contemplaron determinadas herramientas de alerta temprana, calificables como "*externas*". Así, en primer lugar, puede citarse como instrumento público de asesoramiento empresarial, el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), el cual, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, constituye uno de los tres elementos esenciales del Proyecto Nueva Empresa, junto al régimen jurídico de la Nueva Empresa y el sistema de contabilidad simplificada. Se concibe como una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la gestación, tramitación administrativa y puesta en marcha de sus iniciativas empresariales, como durante los primeros años de actividad. Se indica que, mediante esta red, se pretenden conseguir dos de los objetivos del proyecto Nueva Empresa, que consiste en una infraestructura de centros de asesoramiento, información y servicios, accesible desde todo el territorio nacional a través de internet, y

[563] RAMMESKOW, U: op. cit. Pág. 82.
[564] RAMMESKOW, U: op. cit. Pág. 83.

la constitución de una red de empresas que facilite al máximo a los empresarios la puesta en marcha de sus iniciativas empresariales.

Este instrumento está encuadrado en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en la Dirección General de Pequeña y Mediana Empresa, y ha sido desarrollado por el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio. En la actualidad, se han establecido dos tipos de puntos de Atención al Emprendedor (PAE)[565]:

- Público: Entidades pertenecientes o vinculadas al sector público (Ayuntamientos, Agencias de Desarrollo), Cámaras de Comercio y Asociaciones del sector privado, sin ánimo de lucro cuyos fines estén relacionados con la atención a emprendedores;

- Privado: miembros de organizaciones como Colegios Profesionales, Asociaciones de Profesionales y Agrupaciones de Empresas que hayan firmado el correspondiente convenio de colaboración con la DGPYME.

En segundo lugar, aquí se encuadra la herramienta (ya citada) desarrollada en el seno del proyecto "*Early Warning Europe*"[566], por ATA (Asociación de Trabajadores Autónomos) y la Comunidad de Madrid, que se denomina "*SOS Empresa*"[567]. De acuerdo con la información facilitada por la Comunidad de Madrid en su página web, *SOS Empresa* es un Programa que tiene como objetivo atender a Pymes y profesionales autónomos en dificultades. En este programa, según se indica, se proporciona asesoramiento gratuito y confidencial, para la prevención, recuperación y segunda oportunidad, con el objetivo de superar fases críticas en el desarrollo de tu empresa. Se establece, asimismo, que aquellos empresarios o profesionales autónomos radicados en la Comunidad de Madrid que se encuentren en dificultades financieras, legales, comerciales o de otra índole, podrán acceder de forma gratuita a este programa de asesoramiento especializado.

Este programa está dirigido a profesionales autónomos y responsables legales de Pymes (empresas entre 1 y 250 trabajadores) radicados en la Comunidad de Madrid y cuyo negocio o empresa esté pasando por dificultades. Son elementos esenciales del programa

[565] El artículo 13 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización regula los PAE como oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, incluidas las notarías, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes.
[566] Vid. FERRERO, C. "*Conoce el proyecto Early Warning Europe (alertas tempranas*)" en Diario La Ley, 2 de enero de 2020.
[567] https://www.comunidad.madrid/servicios/empleo/programas-especificos-apoyo-emprendedores (consultado el 13.11.2021).

la privacidad y confidencialidad de los datos o información suministrada, los cuales no podrán ser utilizados para finalidades distintas de las previstas en el Programa.

En tercer lugar, España dispone de una herramienta específica para Pymes, que se recoge en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial (en concreto, en sus artículos 1 a 4 bajo la rúbrica "*Derechos de las pymes en supuestos de cancelación o reducción del flujo de financiación"*). Consiste en un deber de comunicación por parte de las entidades de crédito a la PYME de determinada información financiera. Esta medida, según se proclama en la Exposición de Motivos, tiene por objeto facilitar a la PYME tiempo suficiente para encontrar nuevas vías de financiación, distintas de la bancaria, o para ajustar su gestión de tesorería, a los efectos de que tal interrupción o reducción de la fuente de crédito no genere sorpresivos problemas de liquidez que dificulten o incluso imposibiliten cualquier reajuste. Se pretende que la PYME pueda iniciar la búsqueda de fuentes alternativas de financiación con mayor facilidad, haciendo el uso que mejor corresponda de su información financiera. Con esta misma finalidad se incluye la obligación de las entidades de poner a disposición de las PYMES un informe de su calificación crediticia, basado en la metodología común y modelos que a estos efectos elaborará el Banco de España. Este informe se establece con el objetivo de que se convierta en una herramienta eficaz para la valoración del riesgo de las PYMES españolas en términos comparables y fidedignos, basados en la combinación de una información financiera de calidad, aportada por las entidades, y una adecuada y estandarizada metodología, elaborada por el Banco de España.

De este modo, se establece que la entidad de crédito ha de notificar a la PYME, con una antelación mínima de tres meses, su intención de no prorrogar o extinguir el flujo de financiación[568] que vengan concediendo a la PYME o de disminuirlo en una cuantía igual

[568] A tal efecto, se definen en el artículo 1.3 los siguientes conceptos:

a) Flujo de financiación, el conjunto de contratos de crédito bajo la forma de apertura de crédito, descuento comercial, anticipo, pago aplazado, cesión de créditos o cualesquiera otros que cumplan con una función equivalente de financiación otorgados a una pyme por una misma entidad de crédito.

b) Prórroga del flujo de financiación, la prórroga de los contratos de financiación o la celebración de unos nuevos, en condiciones y por un importe global similares, teniendo en cuenta las condiciones del mercado.

c) Disminución en un 35 por ciento o más del flujo de financiación, la prórroga de todos o algunos de los contratos en vigor o la celebración de otros nuevos, cuando las prórrogas o los nuevos contratos que se celebren en un periodo de tiempo de tres meses supongan, en términos agregados, que el importe global de financiación sea inferior en al menos un 35 por ciento con respecto al existente en el momento en el que se debía notificar el preaviso.

o superior al 35 por ciento[569]. El artículo 2 establece además que, en los diez días hábiles siguientes a contar desde el siguiente a la notificación citada, la entidad de crédito proporcionará gratuitamente a la pyme un documento denominado «*Información Financiera-PYME»*[570] basado en toda la información que hubiere recabado de ella en relación con su flujo de financiación[571].

d) Pyme, microempresa, pequeña o mediana empresa de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, incluyendo a las personas físicas que ejercen actividades económicas, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

[569] Por otro lado, el precepto exceptúa la obligatoriedad de la notificación en los siguientes supuestos:
a) Cuando el plazo de duración máximo del flujo de financiación, incluidas las posibles prórrogas de los contratos que lo componen, sea igual o inferior a tres meses;
b) Cuando la pyme sea declarada judicialmente en concurso de acreedores, cuando se hayan iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis y en la disposición adicional cuarta o un acuerdo extrajudicial de pagos de los previstos en el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (actualmente, dichas referencias han de entenderse realizadas al Texto Refundido de la Ley Concursal);
c) Cuando la entidad de crédito haya resuelto el contrato por incumplimiento de la pyme de sus obligaciones;
d) Cuando los contratos que componen el flujo de financiación hayan sido rescindidos de común acuerdo o cuando este no sea prorrogado o sea disminuido en una cuantía igual o superior al 35 por ciento de común acuerdo;
e) Cuando la entidad de crédito ponga fin a las relaciones de negocio u operaciones con la pyme en virtud de lo previsto en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo;
f) Cuando la entidad de crédito justifique en razones objetivas que las condiciones financieras de la pyme, o, en su caso, del tercero deudor cuyos créditos han sido cedidos por parte de la pyme a la entidad de crédito, y siempre y cuando la financiación otorgada en base a dichos créditos cedidos represente un importe sustancial al flujo de financiación, han empeorado de manera sobrevenida y significativa durante los tres meses posteriores a la fecha en la que se debería haber realizado la notificación. Esta justificación deberá ser notificada por escrito a la pyme.

[570] Al respecto, debemos citar la propuesta conceptual para la PYME española con la reestructuración del rating de alerta temprana elaborada por LLORET VILLOTA, J., CAICOYA, J. y LORENTE SIBINA, R. en "*Alertas Tempranas. La aplicación a la situación de España*", *Diario La Ley*, nº 9640, de 26 de mayo de 2020. Proponen un rating de insolvencia realista basado en: ratios pre-concurso de sociedades concursadas; clasificación del sector; "Información Financiera PYME" ajustada por el propio empresario; datos internos de gestión de circulante. En todo caso, destacan que "*la involucración del empresario en el diagnóstico es clave para su eficacia práctica".*

[571] Según el artículo 2, la información deberá incluir, al menos, los siguientes elementos:
a) Las cuatro últimas declaraciones de datos relativas a la pyme, así como las correspondientes al final de cada trimestre de los últimos cinco años anteriores a la notificación, remitidas por la entidad de crédito declarante a la Central de Información de Riesgos conforme a lo dispuesto en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, y en sus normas de desarrollo.
b) Los datos que, en su caso, hayan sido comunicados por la entidad de crédito a aquellas empresas que se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito previstas en el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
c) El historial crediticio, que deberá incluir los siguientes datos referidos a los cinco años anteriores a la notificación:
1.º Una relación de los créditos históricos y vigentes y de los importes pendientes de amortización,

Se refuerza la obligación de la entidad de crédito de proporcionar la información en el artículo 3 al declarar que estos derechos son irrenunciables y se exige que las entidades de crédito incluyan en la información contractual referencias a los derechos de las PYMES previamente citados. Además, a tenor del artículo 4, el Banco de España supervisará el cumplimiento de estas obligaciones y su incumplimiento tendrá la consideración de infracción grave de conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y de infracción leve cuando el incumplimiento sea ocasional o aislado[572]. También se ha implementado por el Colegio de Registradores un sistema de alertas con "*semáforo*" de riesgos conectado con el Banco de España, dirigido específicamente a PYMES [573]. En todos estos casos, nos encontramos ante alertas de carácter externo, sin que el legislador haya previsto, de momento, posibles incentivos a terceros o al propio deudor[574].

Por otro lado, puede citarse, también en el marco de la transposición de la Directiva, la propuesta del Colegio General de Economistas que consiste en un software desarrollado por éste que consta de dos tipos de prueba. Por un lado, una prueba de solvencia no certificado por profesional, que se basa en un desarrollo informático, que recoge

---

2.º una relación cronológica de las obligaciones impagadas con sus detalles o, en su defecto, la declaración expresa de que la pyme ha cumplido íntegramente con sus obligaciones,
3.º un estado de la situación actual de impagos,
4.º una relación de los concursos de acreedores, acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pagos, embargos, procedimientos de ejecución y otras incidencias judiciales relacionadas con la pyme en los que sea parte la entidad de crédito, y
5.º una relación de los contratos de seguros vinculados al flujo de financiación. A estos efectos se considerarán seguros asociados los contratados dentro del plazo de 6 meses anteriores o posteriores al perfeccionamiento de cualquiera de los contratos de préstamo o crédito que componen el flujo de financiación o de cualquiera de sus prórrogas.
d) Extracto de los movimientos realizados durante el último año en los contratos del flujo de financiación de la pyme.
e) La calificación del riesgo de la pyme en los términos estandarizados que se establezcan.

[572] A tal efecto, se ha dictado la Circular 6/2016, de 30 de junio, del Banco de España, aplicable a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se determinan el contenido y el formato del documento denominado "*Información Financiera-PYME*" y se especifica la metodología de calificación del riesgo previstos en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 11 de julio de 2016).

[573] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "*Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023*", en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*. PULGAR EZQUERRA, J. (Directora); RECAMÁN GRAÑA, E. (Coordinadora). Ed. Wolters Kluwer, 2020. Afirma que este sistema puede resultar de utilidad en el marco de la Directiva, al estar basado en los servicios de asesoramiento previstos por ésta.

[574] Vid. GÓMEZ ASENSIO, C.: "*Alerta temprana y exoneración de pasivo*", en *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, núm. 46; Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. 2021. Pág. 85.

información de la contabilidad de la empresa, de sus contratos de pasivo y de los "*mecanismos de alerta temprana"* (certificados de deuda pública y CIRBE), como herramienta de autodiagnóstico. Por otro lado, una prueba de solvencia certificado por profesional, cuyo resultado tendría efectos para terceros y validez de 3 meses desde la emisión del certificado. Así, los resultados de la prueba se ofrecen con los colores del semáforo: el verde es símbolo de confianza en la solvencia financiera; el naranja significa que hay que buscar mecanismos de reestructuración (en general, figuras preconcursales); y el rojo implica situación de insolvencia actual o inminente. La herramienta propuesta incluye un cuadro de mandos que mide y ofrece información relevante sobre diferentes aspectos de la economía de la empresa: verificación de cuentas, *scoring* con análisis del riesgo actual y del previsible (solvencia y liquidez), evolución del negocio e informe de riesgos[575].

6.2. El sistema de alertas en la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.

A) Herramienta de autodiagnóstico de salud empresarial.

La Disposición adicional quinta de la Ley 16/2022 se refiere a la "*Web para el autodiagnóstico de salud empresarial*", indicando que el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo mantendrá, en la dirección electrónica que se determine, un servicio que permita a las PYMES testar en todo momento su situación de solvencia. Esta previsión normativa lleva implícita la obligación de mejorar la herramienta de salud empresarial ya existente (de la que ya hemos dado cuenta anteriormente), a los efectos de dar cumplimiento a la obligación ínsita en el artículo 3 de la Directiva de implantar herramientas de alerta temprana específicas para PYMES, de forma gratuita, accesible y de fácil utilización [576] . Este instrumento va a permitir obtener una evaluación de la situación de la empresa y recomendaciones de carácter general, para evitar la situación de posible insolvencia[577].

---

[575] Vid. "*Reformas en el campo de la insolvencia y otras cuestiones estratégicas para una mejor gestión de la crisis económica derivada de la pandemia de la Covid-19*". Economistas, Consejo General. 11 de diciembre de 2020.

[576] Vid. MORAL ESCUDERO, J.: "*Alertas Tempranas y Estadística Concursal en el Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal",* en Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones, Número 3 Extraordinario, Octubre 2021.

[577] Se encuentra alojado en la página: https://saludempresarial.ipyme.org/Home. En ella se declara que la misma está dirigida a propietarios de pequeñas y medianas empresas (pymes) y empresarios individuales

B) Informe registral sobre la posición de riesgo de una sociedad.

La Ley 16/2022 recoge una previsión novedosa (a diferencia de la anteriormente citada, que ya existe, sin perjuicio de que se exija su mejora y adaptación a los objetivos de la Directiva, en cuanto a su eficacia práctica) en su Disposición Adicional séptima, bajo el título "*Información por los Registradores Mercantiles*", fijando un plazo máximo de 6 meses desde la entrada en vigor de la ley para que se determinen las condiciones y requisitos bajo los cuales el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España ponga a disposición del administrador societario que lo solicite un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad en base a la información contenida en las cuentas. La finalidad es utilizar el instrumento de que ya dispone el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España y que permite de forma inmediata (24/48 horas) facilitar un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad al administrador societario, teniendo en cuenta la información contenida en las cuentas anuales y el sector de actividad en que opera la sociedad en cuestión. Ello se basaría en los indicadores financieros elaborados de acuerdo con la metodología establecida por el Banco de España[578] con la finalidad de poder predecir la insolvencia. En todo caso, la alerta se basa en información proporcionada por el propio empresario, de modo que para que realmente funcione, dicha información ha de ser veraz, porque de otro modo nunca se activará. De ahí la necesidad de completar este tipo de instrumentos con otros, de carácter externo, que permitan contrastar dicha información.

C) Asesoramiento de empresas en dificultades.

La Disposición Final duodécima de la Ley 16/2022, bajo la rúbrica "*Asesoramiento de empresas en dificultades"* prevé que el Gobierno promoverá la prestación de servicios de asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en dificultades en un estadio temprano de dificultades con el propósito de evitar su insolvencia. Se señala que este servicio se

(autónomos). Señala que ayuda a realizar una evaluación del negocio para prevenir posibles dificultades que puedan surgir, pero aclara que no proporciona la solución definitiva a los problemas que pudieran existir ni sustituye el análisis que pueda realizar un profesional especializado. El cuestionario incluye los siguientes aspectos: planificación y control; relaciones comerciales: clientes y proveedores; recursos humanos, familia y vida personal; finanzas y gestión económica; apoyo y asesoramiento legal.

[578] A tal efecto, se ha dictado la Circular 6/2016, de 30 de junio, del Banco de España, aplicable a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se determinan el contenido y el formato del documento denominado *"Información Financiera-PYME"* y se especifica la metodología de calificación del riesgo previstos en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 11 de julio de 2016).

prestaría a solicitud de las empresas, tendrá carácter confidencial y no impondrá obligaciones de actuación a las empresas que recurran a él ni supondrá asunción de responsabilidad alguna para los prestadores del servicio. Este modelo estaría dirigido a PYMES y si bien el marco normativo se establecería a nivel estatal, no tendría necesariamente que prestarse por el Estado, sino que puede habilitarse a entidades privadas para que lo lleven a cabo[579].

Esta posibilidad está inspirada en el modelo *Early Warning Europe,* iniciado en Dinamarca y desarrollado a través de proyectos piloto en otros países de la Unión Europea (España, Polonia, Italia y Grecia)[580]. En España, como se ha señalado, se ha trabajado sobre la base de dos proyectos: uno en la Comunidad de Madrid (SOS EMPRESA) y otro con ATA (Asociación de Trabajadores Autónomos).

A este respecto, se ha planteado igualmente, al hilo de lo anterior, la posibilidad de que tal actividad se llevara a cabo a través de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las cuales se encuentran reguladas en la actualidad por la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. En su artículo 2.1 se definen como "*órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen*". Se trata de corporaciones de Derecho Público, tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, así como la prestación de servicios a empresas que ejerzan dichas actividades, que tienen atribuidas, entre otras, las funciones que establece el artículo 5.3, esto es " *actividades de carácter privado, que se prestarán en régimen de libre competencia, que contribuyan a la defensa, apoyo o fomento del comercio, la industria, los servicios y la navegación, o que sean de utilidad para el desarrollo de las indicadas finalidades y, en especial, establecer servicios de información y asesoramiento empresarial."* Sin embargo, como se ha visto, parece que se ha optado por recurrir al modelo de *Early Warning Europe*[581], sin habilitar expresamente a dichas corporaciones de derecho público a prestar dichos servicios de asesoramiento.

[579] MORAL ESCUDERO, J. op.cit. Pág. 27.

[580] https://www.earlywarningeurope.eu/

[581] Este sistema ha sido, por lo demás, incentivado desde la propia Comisión Europea, pues en el seminario organizado por ésta en febrero de 2020 para la coordinación de la transposición de la Directiva, se expuso el proyecto, destacando sus ventajas frente a otros posibles modelos.

D) Información de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y Seguridad Social.

La Disposición Final Octava del Anteproyecto habilitaba a los titulares de los Ministerios de Hacienda y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a desarrollar, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, un sistema de alerta temprana de detección de probabilidad de insolvencia a empresas. Se añadía que la información resultante del sistema de alerta temprana de probabilidad de insolvencia solo se facilitará al propio contribuyente, sin que en ningún caso pueda facilitarse a terceros[582].

Esta información, en primer lugar, podría pensarse que podía referirse a que el deudor no hubiera efectuado determinados tipos de pagos, de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva. Para comprender a qué tipos de pagos se refería el precepto (extraordinariamente amplio), habría de acudirse a la Directiva, que, en su Considerando 22, citaba expresamente el impago de impuestos o de las cotizaciones sociales. A estos efectos, parece que no podría en ningún caso tratarse de un impago importante o generalizado de impuestos o de cotizaciones sociales, porque la propia Directiva[583] cita como ejemplo de motivo de suspensión que el deudor tenga un impago importante a las administraciones tributarias o de seguridad social, equiparándolo al comportamiento típico de alguien que no puede pagar sus deudas vencidas[584].

---

[582] Asimismo, se recogía la previsión de que mediante acuerdo con las Haciendas Forales y la Comunidad Autónoma de Canarias se habilitará a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el acceso a la información necesaria de que dispongan dichas Administraciones a los exclusivos efectos previstos y con los límites establecidos en dicha disposición.

[583] Considerando 33.

[584] El problema es que tales impagos son potencialmente encuadrables en infracciones (meramente formales, o materiales), que llevan aparejadas las correspondientes sanciones. Sin negar su potencial virtualidad para advertir de posibles dificultades en un futuro próximo, la principal objeción a este sistema es precisamente que estas dificultades pueden ser ya actuales, de modo que su utilidad podría ser relativa o no tan efectiva como sería deseable, teniendo en cuenta que la advertencia ha de producirse en un momento en que todavía debe ser posible tomar medidas a tiempo.

Ante tales impagos, de los que el deudor ya es plenamente consciente, la implantación de estos mecanismos exigiría que la Administración Tributaria o de Seguridad Social le informara de la necesidad de tomar medidas, sin perjuicio de lo cual, si el incumplimiento es constitutivo de una infracción, le impondrá además la correspondiente sanción. La eficacia de este mecanismo de alerta temprana sería, desde luego, más que dudosa. En la actualidad, de lege data, tanto los créditos tributarios (artículo 66 de la LGT) como los de Seguridad Social (art. 24 LGSS) tienen un plazo de prescripción de cuatro años. La Administración Tributaria y la Seguridad Social disponen, pues, de un plazo de cuatro años para detectar posibles incumplimientos. Si agotan este plazo, es obvio que la alerta llegará tarde y no cumplirá su finalidad. Si se pretende que el instrumento sea útil, la alerta ha de producirse en tiempo real, o al menos, en un plazo lo suficientemente breve como para servir a su objetivo. En segundo lugar, dada la inexistencia actual de incentivos para que se realice esta advertencia por parte de las Administraciones, se hace necesario que sea

Parece que la previsión contenida en el Anteproyecto se basaba, más bien, en el apartado c) del artículo 3.2 de la Directiva, que cita los incentivos, con arreglo a lo que establezca la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como auditores, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa. Esta posibilidad no se vincularía necesariamente a impago de obligaciones, puesto que, como hemos visto, existe ya una previsión expresa en el apartado a), y que, en lo que respecta a impagos de créditos de derecho público no cumpliría adecuadamente el objetivo asignado a las herramientas de alerta temprana.

Es indudable que la información de que dispone la AEAT o la TGSS es muy valiosa a los efectos de poder detectar circunstancias o hechos que podrían poner en peligro la continuidad de la empresa en un futuro. Comoquiera que la información suministrada es confidencial (vid. Artículo 95 LGT, relativo al carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria), su utilización para canalizar una posible advertencia negativa por parte de las administraciones públicas, basada en los datos suministrados, debería necesariamente revestir tal carácter. Por otro lado, y de nuevo, como indicábamos respecto a los impagos, las advertencias basadas en la información suministrada habrían de ser realizadas en tiempo real, o en el plazo más breve posible.

La cuestión problemática radicaría aquí en la posible responsabilidad en que podrían incurrir las Administraciones Públicas si esta advertencia no se activara y por tanto la empresa en dificultades alegara esta circunstancia como atenuante/eximente de una posible responsabilidad o incluso planteara la posible responsabilidad de las Administraciones Públicas por no haber informado a tiempo de tal probabilidad de insolvencia, ante la inexistencia de incentivos para hacerlo. En este marco, entendemos que entraría en juego la cláusula de exoneración de responsabilidad de los Estados Miembros a que se refiere la propia Directiva[585]. Sin embargo, finalmente esta

de activación obligatoria por parte de éstas y que se verifique, insistimos, en un plazo muy breve desde que el incumplimiento se haya producido, pues en caso contrario no será útil.

[585] Considerando 22 in fine: *"La presente Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de dichas herramientas de alerta temprana."*

herramienta no se ha llegado a incorporar en la redacción final de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal[586].

E) Deber de advertencia del letrado de la administración de justicia.

En la Disposición Final Quinta de la Ley 16/2022 se contempla la modificación del actual apartado 3 del artículo 589 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (el cual pasa a ser apartado cuarto y se introduce un nuevo apartado, el tercero) estableciendo que, si el ejecutado no señalare bienes susceptibles de embargo o el valor de los señalados fuera insuficiente para el fin de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto advirtiendo al ejecutado de que, en caso de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual, puede comunicar al juzgado competente el inicio o la voluntad de iniciar negociaciones con acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, con paralización de las ejecuciones durante esa negociación en los términos establecidos por la ley; y que, si encontrándose en estado de insolvencia actual no lo hace, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer ese estado de insolvencia.

Pues bien: esta disposición supone un recordatorio de la obligación de solicitar la declaración de concurso, en el plazo señalado en la normativa concursal de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, constituyendo el carácter infructuoso del embargo un elemento determinante del conocimiento de su

---

[586] Ello puede ser debido a la inexistencia de incentivos para la implementación de este tipo de herramientas por parte de las Administraciones Públicas y el riesgo de una eventual responsabilidad de éstas, al disponer, además, del sistema de suministro inmediato de información en materia de IVA. Este sistema supone para los contribuyentes obligados a aplicar dicho sistema y aquellos que voluntariamente decidan utilizarlo que deben enviar el detalle de los registros de facturación en un plazo de cuatro días a través de la Sede electrónica de la Agencia Tributaria. Los sujetos pasivos incluidos obligatoriamente en el sistema son todos aquellos sujetos cuya obligación de autoliquidar el Impuesto sobre el Valor Añadido sea mensual:

- Grandes Empresas (facturación superior a 6 millones de €)
- Grupos de IVA
- Inscritos en el REDEME (Registro de Devolución Mensual del IVA)

De forma adicional cualquier otro sujeto pasivo que así lo quiera puede optar por su aplicación. Entre las ventajas del sistema, cabe citar que se dispone de información de calidad en un intervalo de tiempo suficientemente corto, permitiendo agilizar el sistema de gestión del IVA; supone una disminución de los requerimientos de información por parte de la AEAT, ya que muchos de los requerimientos tienen por objeto solicitar los Libros registro, las facturas o datos contenidos en las mismas para comprobar determinadas operaciones; y la reducción de los plazos de realización de las devoluciones, al disponer la AEAT de la información en tiempo casi real y de mayor detalle sobre las operaciones.

probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual. La doctrina ha indicado a este respecto que esta advertencia no sería propiamente una alerta temprana, pues cuando tal evento acaece, puede ser ya tarde para actuar, ya que esta advertencia se produce cuando tiene lugar precisamente uno de los hechos externos reveladores de la insolvencia[587].

II. REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL DEL CRÉDITO PÚBLICO.

1. Consideraciones previas.

Los créditos públicos tradicionalmente han gozado de una serie de prerrogativas (procesales y sustantivas), justificadas en la defensa y protección del interés general. Así, la base jurídica en el caso de los créditos tributarios se encuentra en la necesidad de garantizar el principio contenido en el artículo 31 de la Constitución Española, esto es, la contribución al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo, basado en los principios de igualdad y progresividad, el cual en ningún caso podrá tener alcance confiscatorio. Esta consideración es la que preside la filosofía del tratamiento privilegiado que el ordenamiento jurídico ha conferido a los créditos públicos frente a los acreedores privados, que representan y defienden intereses de carácter meramente particular frente al interés general. Esta contraposición es la que ha llevado al legislador a considerar plenamente justificado y necesario un tratamiento más favorable a los acreedores públicos frente a los privados en diferentes ámbitos, también en el concursal (y, cabe añadir, también preconcursal).

El interés de la posición del crédito público se manifiesta, de un lado, en la presencia de la Hacienda Pública y la Tesorería General de la Seguridad Social en la inmensa mayoría de los concursos que se declaran en nuestro país, de modo que es, desde luego, de todo punto relevante su posición con relación a los créditos titulados por los restantes acreedores. Pero es que, de otro lado, la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, supuso en su momento un cambio radical en la posición de los acreedores públicos, limitando cuantitativamente los privilegios del crédito público y considerando

[587] En este sentido, se prevén tanto la existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago como la existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor (artículo 2.4 TRLC).

como subordinados los créditos por intereses, recargos y sanciones, fenómeno que comúnmente se ha venido en calificar como "*poda de privilegios*".

Habida cuenta del tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley Concursal y la aprobación de importantes y numerosas reformas, se encomienda al Gobierno la armonización de las normas concursales y preconcursales, habilitándole para aprobar un Texto Refundido que dotara de mayor seguridad jurídica a los operadores. Texto Refundido llamado, por lo demás, a regular estas relaciones jurídicas interdisciplinares, diversas, en un marco económico que parecía estable y de relativa bonanza. Al tiempo, culminaron los trabajos de elaboración de la Directiva 2019/1023 con el objetivo, no de armonizar el derecho sustantivo de la insolvencia de los Estados miembros, sino de establecer procedimientos de reestructuración eficaces, incentivando la detección temprana de dificultades financieras empresariales. En este contexto, se declaró una pandemia que dio lugar a una crisis económica muy distinta a las anteriores y en el que el Texto Refundido y la transposición de la Directiva estaban llamados a desempeñar un papel crucial, decisivo, para el que no habían sido diseñados inicialmente. Por ello, se hizo necesario adoptar de forma inmediata una legislación de emergencia, transitoria y temporal, a nivel mundial y comunitario, en la que se entremezclaron ayudas de Estado con medidas societarias, concursales y mercantiles, entre otras muchas, con las que tratar de minimizar los efectos de la crisis en la medida de lo humanamente posible.

En este tsunami normativo los acreedores públicos se vieron forzados a adoptar medidas excepcionales (a nivel legislativo), concediendo moratorias y aplazamientos ante la falta de liquidez del mercado (en teoría transitoria, pero desconociendo su duración) al tiempo que hubieron de adaptar sus estructuras y procedimientos al nuevo paradigma de la reestructuración preventiva y segunda oportunidad derivado de la adopción en la Unión Europea de tendencias procedentes de Estados Unidos (*Chapter XI del Bankruptcy Code* norteamericano), fomentando la resolución de las situaciones de crisis empresariales a través de modelos que pretenden primar la reestructuración frente a la liquidación, habilitando al empresario persona física a obtener la exoneración de sus deudas con mecanismos denominados "*fresh start*" o segunda oportunidad[588].

[588] En este marco de reestructuración, deben citarse el informe del Comité Cork "*Report of the Review Committee on Insolvency and Practice"* (1982) y el "*London Approach to the Resolution of Financial Distress", así como el "Insol International statement of principles for a global approach to multi-creditor workouts*", los cuales han servido de inspiración para la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2004, precedente inmediato de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio, de Restructuraciones

En efecto, la crisis económica generada por la pandemia tuvo unas consecuencias negativas en la situación financiera de las empresas a nivel global. Estas consecuencias, en principio coyunturales, amenazaron con pasar de constituir meros problemas de iliquidez transitoria a problemas de solvencia, afectando particularmente a sectores, como el turismo, la hostelería, ocio, cultura y vehículos de motor, siendo particularmente acusado en el caso de PYMEs y autónomos. Además de las medidas transitorias y especiales adoptadas por los diferentes países para minimizar o al menos atenuar dichos efectos negativos, fue preciso establecer mecanismos de reestructuración empresarial eficaces, que permitieran salvaguardar la viabilidad, preservar el empleo y evitar una cascada de impagos, que podría llegar a tener impacto en la estabilidad financiera[589]. En este contexto, se enmarcan las medidas de paraconcursalidad normativa previamente analizadas.

Al hilo de la transposición de la Directiva, en un contexto de crisis económica, se planteó cuál debía ser el papel de las Administraciones Públicas, como actor que debía intervenir en el mercado para solventar ineficiencias, adoptando una posición proactiva; pero, desde luego, y como cuestión no menor, cuál ha ser su papel como acreedor y qué tratamiento han de recibir sus créditos, como elemento que podría incentivar (o no) la reestructuración empresarial.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que sobre las autoridades fiscales pesa un deber específico de recaudación en diversas jurisdicciones, donde carecen de competencia para negociar debido a limitaciones impuestas constitucional o legalmente. En estos casos, las autoridades fiscales no deberían actuar como "*lenders of last resort*," pues pesa sobre ellas un deber de diligencia en la recaudación de los impuestos, obligándoles a actuar antes de que el deudor se encuentre en situación de dificultades financieras. Por otro lado, también se ha hecho referencia, como elemento desincentivador de las

e Insolvencia. Si bien, como reconoce la doctrina, no se trata de un enfoque totalmente novedoso, ya que una tendencia que se viene observando desde los años 80, íntimamente vinculada a los fines que se considere que ha de cumplir el sistema concursal. Vid. Sobre estos temas, PULGAR EZQUERRA, J.: "*Preconcursalidad y Reestructuración Empresarial*", Ed. Wolters Kluwer, 3ª edición, 2021.

[589] Aquí por ejemplo se enmarca la iniciativa del FSB (Financial Stability Board) de abordar el análisis de estos temas a través del "*Peer Review on Corporate Debt Workouts"*, al objeto de apoyar la respuesta de las jurisdicciones integrantes del FSB, analizando sus prácticas, experiencias y lecciones adquiridas de los OCWs (*out-of-court workouts*) y sus implicaciones para la estabilidad financiera. Vid.: https://www.fsb.org/2021/06/fsb-launches-thematic-peer-review-on-corporate-debt-workouts-and-invites-feedback-from-stakeholders/

reestructuraciones[590], a la escasa involucración del acreedor público en negociaciones extraconcursales, dada la prioridad de que gozan los créditos públicos, permitiendo únicamente aplazamientos/fraccionamientos, en lugar de quitas sobre el montante principal de lo adeudado[591].

Todo ello ha de analizarse en conexión con las limitaciones constitucionales y legales que pesan sobre los acreedores públicos, los principios de indisponibilidad del crédito tributario y el marco europeo de ayudas de Estado. Estas consideraciones han estado muy presentes en la transposición de la Directiva 2019/1023, a los efectos de cumplir con los objetivos ambiciosos perseguidos por ella, entre los cuales destaca precisamente la reestructuración temprana de empresas viables, frente a los procedimientos concursales, que habitualmente concluyen con la liquidación, con la consiguiente pérdida de valor y de empleo, con la finalidad de alcanzar un equilibrio que cumpla con los requerimientos y expectativas citados.

2. Concepto de crédito público.

2.1. La delimitación del concepto de crédito público en sede preconcursal y concursal.

Con carácter previo, han de efectuarse una serie de precisiones terminológicas en torno a lo que ha de entenderse como crédito público, en sentido amplio, dentro de los cuales se enmarcan los créditos de derecho público, como especie dentro de aquel género, entendiendo que los primeros incluyen los créditos titulados por entidades de sector público[592]. En este marco, debe partirse de las disposiciones generales contenidas en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en su artículo 5.2, que define

[590] Debe traerse a colación el Principio B3 de los Principios y directrices del Banco Mundial sobre sistemas eficaces de protección de los derechos del acreedor y para casos de insolvencia, desarrollados en el 2001, entre los cuales se incluye el establecimiento de un marco legislativo propicio ("*Enabling legislative framework*"), que abarca diferentes elementos, como el acceso a información financiera oportuna, confiable y precisa sobre la empresa en dificultades; promuevan el otorgamiento de crédito, la inversión o la recapitalización de las empresas en dificultades financieramente viables; permitan una amplia gama de formas de reestructuración, tales como quitas, esperas, reestructuraciones y capitalización de la deuda; y proporcionen un tratamiento impositivo favorable o neutral para las reestructuraciones. Vid. "*A Toolkit for Out-Of-Court Workouts",* International Bank for Reconstruction and Development/the World Bank, 2016.

[591] Vid. IMF Position Note: "*Approaches to Corporate Debt Restructuring in the Wake of Financial Crises",* Enero 2010, Thomas Layrea, pág. 16.

[592] Vid. al respecto, la mención contenida en el artículo 287 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que, dentro de la subclasificación de los créditos privilegiados, incluye en su apartado 1º los créditos de derecho público.

los créditos de derecho público como "*los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, que deriven del ejercicio de potestades administrativas".* Este concepto, por su parte, ha sido precisado por la conocida Sentencia del Tribunal Supremo 472/2013, de 16 de julio y 296/2018, de 23 de mayo, de la Sala Primera, equiparando la referencia completa a los "*créditos tributarios y demás de derecho público"* con la contenida en el artículo 5.2 de la Ley General Presupuestaria, a los "*derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal*", que comprende "*los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas".* El Tribunal Supremo incluye dentro del concepto de los "*demás créditos de derecho público*" (citados en el actual artículo 280.4º TRLC, anterior artículo 91. 4º LC), siguiendo la dicción legal, no solamente los créditos tributarios y de Seguridad Social, sino también los otros derechos de contenido económico que cumplen los siguientes requisitos:

- que sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos;

- deriven del ejercicio de potestades administrativas.

En el caso analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo 472/2013, de 16 de julio, se consideraron cumplidos ambos requisitos, porque la titularidad de los créditos corresponde a dos Ministerios y deriva de la potestad administrativa contenida en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y de la Orden Ministerial ITC 101472005, de 12 de abril, al amparo de la cual se otorgaron los préstamos reembolsables. Esta normativa atribuye a las cantidades a recobrar la consideración de ingresos de derecho público y se remite para su cobranza a lo previsto en la Ley General Presupuestaria, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley General de Subvenciones y el apartado 18.3 de la OM ITC 1014/2005.

Tradicionalmente se ha venido identificando el crédito público con el crédito tributario y de Seguridad Social, habiendo sido objeto de una especial protección, entendiendo que los mismos representan el interés general, frente al interés particular que subyace en los créditos de carácter privado. Desde esta perspectiva, que el fundamento normativo para esta protección se encontraría en el artículo 31 de la Constitución, pues se trataría de

garantizar el principio de justicia tributaria, conforme al cual todos han de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo, basado en los principios de igualdad y progresividad, el cual en ningún caso podrá tener alcance confiscatorio. Ha sido esta consideración la que ha determinado que el tratamiento de los créditos públicos sea más tuitivo que el conferido a los créditos de carácter privado, en un contexto concursal y también preconcursal.

Es cierto que la evolución legislativa y la interpretación jurisprudencial han ido limitando los privilegios tanto procesales como sustantivos que adornan los créditos de derecho público en sentido estricto. De hecho, este fenómeno se ha venido produciendo, como es sabido, a partir de la promulgación de la Ley Concursal, la cual constituyó en su momento un punto de inflexión en nuestro derecho de insolvencias, al limitar cuantitativa y cualitativamente los privilegios de los créditos de derecho público, considerando como subordinados los créditos por intereses, recargos y sanciones, lo que comúnmente se denominó como "*poda de privilegios*". La interpretación jurisprudencial posterior fue más allá, como se ha señalado, delimitando de forma restrictiva el derecho de ejecución separada de la Hacienda Pública provocando una ingente litigiosidad entre los órganos administrativos y jurisdiccionales, revitalizando los conflictos de jurisdicción, surgidos en su mayoría en sede concursal[593].

Junto a este tipo de créditos de derecho público (fiscales y de Seguridad Social), regidos por la normativa administrativa y presupuestaria correspondiente, coexisten créditos titulados por entidades integradas dentro del sector público (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles..), producto de la intervención de las Administraciones Públicas en la economía, en relación con los cuales se suscita la cuestión de si su actuación se sujeta a derecho público o a derecho privado y, en esa medida, si dichos créditos han de gozar de la prelación legal derivada del artículo 280.4º del Texto Refundido de la Ley Concursal. En efecto, nos estamos refiriendo a créditos en los que su carácter privilegiado se basaría en la presencia de un "*interés público*", ciertamente menos evidente. De este modo, esta prelación se ha extendido a créditos

[593] Esta litigiosidad se ha producido también en otros ordenamientos jurídicos como el alemán, en el que se ha debatido sobre la competencia exclusiva de los tribunales civiles y tributarios sobre la relación entre el derecho de insolvencia y el derecho tributario, de lo que da cuenta SKAURADSZUN, D. "*Challenges of the transposition of the Directive on Preventive Restructuring Frameworks in German Law"* en la obra colectiva *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva* (Dir. GARNACHO CABANILLAS/ARIAS VARONA), Ed. Wolters Kluwer, 2021, pág. 79.

denominados de derecho público conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, aun cuando la doctrina ha cuestionado dicha caracterización por tratarse de una norma meramente reglamentaria[594].

La claridad de la interpretación jurisprudencial sobre los requisitos que conforman el concepto de crédito de derecho público y su justificación choca, sin embargo, con la práctica que se ha venido observando tras la aprobación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal. La prelación legal derivada de lo establecido en el artículo 280.4º del Texto Refundido de la Ley Concursal ha alcanzado una importancia decisiva en sede de reestructuración, como consecuencia de los requisitos para el arrastre de clases previsto en el artículo 639. 1º de la citada norma, pues permite la homologación de un plan que no haya sido aprobado por todas las clases siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habría sido calificados como créditos con privilegio general, como los créditos de derecho público. La importancia de la cuestión radica en que, a estos efectos, si bien se admite jurisprudencialmente que el incorrecto tratamiento de los créditos no constituye causa propiamente de impugnación, conforme a lo previsto en los artículos 654 y 655 del Texto Refundido de la Ley Concursal, es también igualmente cierto que esta cuestión tiene consecuencias relevantes en la vulneración directa o indirecta de las normas sobre formación de clases y sobre las mayorías exigidas para la aprobación del plan de reestructuración. Por otro lado, no debemos olvidar que la reestructuración se ha pretendido construir (al menos en su fase prelegislativa) teniendo muy presente el efecto denominado "*espejo"* entre el preconcurso y el concurso, de modo que no se pueda desincentivar la reestructuración frente al concurso. Desde esta óptica, a nuestro juicio, debería haber cierta coherencia entre la clasificación concursal y preconcursal de los créditos, máxime si tenemos en cuenta que la delimitación del denominado "*interés común*" previsto en la Directiva 2019/1023 se ha concretado en el rango concursal de los créditos en sede concursal. Por ello, por evidentes motivos de seguridad jurídica y de coherencia del propio sistema, no debería haber divergencias entre el rango concursal y preconcursal que legislativa y jurisprudencialmente se atribuyen a determinados créditos

[594] Si bien el principio de legalidad no impediría per se que fuera una norma reglamentaria la que definiera las causas de prelación crediticia, previendo un privilegio, en el ámbito del Derecho Administrativo sí podría presentar problemas su definición ex novo en una norma reglamentaria sin una previa disposición legal que así lo autorice. Así, la doctrina ha considerado que pudiera considerarse ilegal que un Reglamento así lo previese, sin que la ley lo hubiese establecido expresamente. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: "Curso de Derecho Administrativo", 5ª edición, Madrid, 1989. (pp. 234ss).

(incluyendo los créditos de derecho público), sobre la base del efecto *"espejo*" ya comentado y el carácter restrictivo atribuido a los "*privilegios concursales*".

En efecto, el tratamiento que se dé a los créditos en sede de reestructuración no debería diferir esencialmente del que reciban en sede concursal, habida cuenta de la previsión contenida el artículo 623 del Texto Refundido de la Ley Concursal, en cuanto que prescribe que la formación de clases debe atender a la existencia de un interés común a los integrantes de una clase determinado conforme a criterios objetivos, atendiendo, entre otros factores, a su rango concursal. En consecuencia, se rompería la lógica del sistema si créditos que en sede concursal han sido tradicionalmente considerados como créditos sujetos a derecho privado (aun siendo titulados por entes de carácter público), son clasificados como créditos con privilegio general (en cuanto que créditos de derecho público) en sede de planes de reestructuración, con el único objetivo de que un plan no consensual pueda ser homologado aun cuando no haya sido aprobado por todas las clases (ex art. 639 TRLC), interpretando que ha sido aprobado por una mayoría simple de clases que hubieran podido ser calificados como créditos con privilegio general, con independencia del porcentaje de pasivo que representen a efectos de la aprobación y homologación del plan.

En algunos casos de la práctica judicial reciente, de hecho, el apoyo expreso de los acreedores de derecho público ha sido decisivo para alcanzar la homologación del plan de reestructuración ex art. 639.1 (Inmobiliaria Obanos[595], Real Murcia CF[596]). El artículo 639.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal, unido a la diversa clasificación concursal del crédito público (privilegiado, ordinario), conformando una clase separada dentro de su rango (art. 624 bis TRLC) le dota al acreedor público de la potestad de arrastre, pudiendo desempeñar un papel relevante a la hora de alcanzar la homologación del plan de reestructuración en un escenario no consensual. A ello se une la virtualidad de que, por su carácter privilegiado, se encuentran "*in the money*" (*dentro del dinero*, ex art. 639.2 TRLC), si bien no se ha observado en la práctica judicial que ello haya tenido lugar hasta ahora, sin que sea descartable en un futuro.

[595] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Almería núm. 308/2024, de 22 de mayo. En este caso se trataba del IBI del Ayuntamiento.

[596] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Murcia, núm. 250/2024, de 2 de mayo de 2024, habiendo quedado afectados los créditos derivados del IBI del Ayuntamiento y de EMUASA (Aguas de Murcia).

2.2. Los créditos titulados por entidades públicas y su clasificación: algunos supuestos controvertidos.

- **Los créditos derivados de las subvenciones públicas.**

Prescindiendo de disquisiciones doctrinales (prevalencia del concepto de subvención del Derecho Presupuestario –la subvención como modalidad de gasto público sometida a la disciplina de éste– o del concepto de subvención del Derecho Administrativo –la subvención como acto administrativo por el que se dispone una atribución patrimonial sin contraprestación–), la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 7 de abril de 2003, 4 de mayo de 2004, 17 de octubre de 2005, 15 de noviembre de 2006 y 27 de mayo de 2008, entre otras) recalca que "*la subvención se configura tradicionalmente en nuestro Derecho público como una medida de fomento que se utiliza para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente que integra como elementos definidores el carácter patrimonial, los elementos personales, en referencia a la personalidad jurídica del otorgante de la subvención y del beneficiario de la subvención, y el elemento finalista, de afectación de la subvención al fin para el que se otorga".*

La caracterización de la subvención como una medida de fomento constituye la nota esencial y, por tanto, definidora del concepto, lo que se pone de manifiesto en los textos legales que se han sucedido en su regulación. Así, el artículo 81.2.a) del ya derogado Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto-Legislativo, de 23 de septiembre de 1988, definió la subvención como "*toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas para fomentar una actividad de utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público".*

Actualmente, el artículo 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) define muy detalladamente la subvención como disposición dineraria en los siguientes términos: "*Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:*

a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.

b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública".

Pues bien, en línea con la definición que estableció el artículo 81.2.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria se destaca, como no podía ser de otra forma, la caracterización de la subvención como una medida de fomento. En este punto, hay que indicar que la redacción del artículo 2.1.c) de la LGS no es muy correcta, puesto que la actividad que realiza el beneficiario no tiene por objeto fomentar el desarrollo de una actividad de interés público, lo que quiere decirse en dicho precepto es que la entrega dineraria se justifica porque con ella se fomenta una actividad que redunda en beneficio del interés público o general. Así, con la subvención se fomenta, se estimula o se promueve una determinada actividad, conducta o situación por razón del interés público o general inherente en ella.

Por otro lado, una figura próxima a la subvención es el de las entregas dinerarias sin contraprestación concedidas por fundaciones públicas, las cuales se encuentran reguladas en los artículos 46.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF), y en el artículo 167.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), así como en la DA 16ª de la LGS. Las entregas dinerarias sin contraprestación se rigen por el derecho privado, pero en la confección del procedimiento rigen principios de carácter público. En lo que se refiere a su reconocimiento y calificación concursal, por tanto, son créditos de derecho privado, no de derecho público, a efectos de la aplicación del privilegio general previsto en el artículo 280.4º del Texto Refundido de la Ley Concursal.

La modificación de la disposición adicional decimosexta de la LGS a través de la disposición final séptima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha supuesto la habilitación de las fundaciones del sector público como sujeto activo de la relación subvencional, poniendo en cuestión la noción tradicional de

subvención como instituto jurídico reservado a las entidades públicas dotadas de potestades administrativas.

Dicha modificación legal ha suscitado, asimismo, incertidumbre sobre el ámbito de aplicación que pueda atribuirse, tras la misma, a las entregas dinerarias sin contraprestación, como categoría de ayudas susceptible de aplicación por las fundaciones del sector público, implicando una habilitación excepcional de las fundaciones del sector público para el ejercicio de la potestad administrativa de fomento, dentro de los límites establecidos en aquélla, que incluyen una rigurosa tutela de tal ejercicio a cargo de la Administración matriz.

Dicha modificación legal no quebranta, en consecuencia, la noción tradicional de subvención, como instituto reservado a los poderes públicos dotados de potestades administrativas y sujeto, íntegramente, al derecho administrativo (más allá de la general aplicación supletoria del derecho privado). Este cambio normativo no veda la posibilidad de que las fundaciones del sector público puedan seguir acudiendo a la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, pero obliga a delimitar el ámbito de aplicación de esta categoría respecto al propio de la subvención.

En lo que hace a la incidencia de la relación jurídica subvencional en el preconcurso y en el concurso, debe comenzarse señalando que la mera comunicación a la autoridad judicial relativa a que el beneficiario ha efectuado la comunicación judicial de inicio de negociaciones con los acreedores no sitúa al beneficiario en ninguna de las situaciones que enumera el artículo 13.2.b) de la LGS, siendo que el precepto, por ser una norma prohibitiva, no puede ser objeto de interpretación extensiva, dado que se refiere únicamente a quienes soliciten o sean declarados en concurso o en situación de insolvencia. Puede también afectar a la relación una vez constituida, si se produce o declara después del otorgamiento de la subvención. Aquí habría que distinguir dos posibles situaciones: a) la administración concedente no haya pagado; b) habiendo pagado, surja un supuesto de reintegro de la subvención concedida.

Así, si la actividad se ha realizado, no habría impedimento para el pago por razón de la insolvencia, que no sería causa para privarle de su derecho, pero sí sería causa para impedir un pago anticipado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.4 de la LGS. Esto no significa que la relación subvencional se extinga: simplemente, si el beneficiario, o en su nombre, la administración concursal, realiza la actividad subvencionada, podrá

cobrar una vez que lo justifique. Si se realiza la actividad, la administración concursal podría integrar la cantidad en la masa activa del concurso (en caso de pago posterior a la justificación).

El problema se plantea cuando anticipado el pago, y estando la actividad pendiente de realización, se solicita o declara el concurso. Ahí habría el riesgo de que la situación concursal implique que no se ejecute la actividad y que el cobro devenga imposible, si como consecuencia de la inejecución, se declara la procedencia del reintegro. Este riesgo quedaría soslayado con la exigencia de la prestación de garantías, si bien no es obligatorio. En esta situación, sí se incorpora a la masa pasiva el crédito por reintegro, éste se incorpora como crédito concursal privilegiado general, de acuerdo con el artículo 280.4º LC, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo.

Con respecto a la clasificación como crédito concursal/masa de las subvenciones públicas, se había considerado que había que atender al momento en que tenía lugar el incumplimiento de las condiciones a que se sujetaba la subvención. Cabrían dos posibilidades dos casos: el primero, cuando se produce el incumplimiento de las obligaciones contraídas, y segundo, cuando no se cumple con la finalidad fijada y por la que se concedió la ayuda, o se produce un desvío de ésta a otras diligencias.

En el primer caso, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones contraídas, y de acuerdo con la normativa concursal, cuando el incumplimiento se produce antes de la declaración del concurso de acreedores, se consideraba que se debía considerar como un crédito concursal acogido evidentemente al régimen de créditos de derecho público.

En otro caso, cuando el incumplimiento se producía en un momento posterior a la declaración de concurso, sería un crédito contra la masa, al tratarse de una actuación del concursado intervenido o de la administración concursal.

Se ha suscitado la cuestión relativa a si cabe revocación o resolución del acuerdo de concesión de la ayuda pública por incumplimiento y si, en este caso, la revocación o resolución tiene efectos restitutorios o meramente obligacionales. Con respecto a la primera cuestión hay que decir que la revocación es posible produciendo una eficacia liberatoria de las futuras prestaciones, un crédito de naturaleza concursal para las prestaciones vencidas antes de la declaración del concurso y un crédito contra la masa para las prestaciones posteriores a dicha declaración. En cuanto a la segunda, hay que señalar que el efecto restitutorio está expresamente admitido por la normativa concursal

para el caso de resolución por incumplimiento del concursado (art. 242.1.10º)[597]. En segundo lugar, en relación con el destino de la ayuda a una finalidad distinta a aquella establecida en un principio, debe ser objeto de recuperación por parte de la Administración concedente.

En lo que hace a la clasificación del crédito derivado del incumplimiento de la condición de una subvención pública, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 158/2014, de 18 de febrero, destaca la doctrina establecida por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con las subvenciones públicas. En concreto en la sentencia de 25 de abril de 2007, reiterando lo que ya se había expuesto anteriormente en la sentencia de 2 de junio de 2003, mantiene que el reintegro como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas para la concesión, opera de modo semejante al que se establece en el Derecho privado para las obligaciones sometidas a condición resolutoria (art. 1123 C. Civil). Añade, además, que el momento en que la norma legal aplicable (Ley 38/2003, General de Subvenciones) señala como dies a quo para la fijación de los intereses de demora, es el del cobro de la subvención, no la fecha en que se hubiere incumplido la condición o condiciones a que esta se hallaba sometida, ni en la de la resolución que así lo declare (vid. STS de 25 de abril de 2007 y STS de 2 de junio de 2003).

Por ello, entienden que la obligación de reintegrar la subvención no nace de la ley, sino del incumplimiento de la obligación a la hora de cumplir ciertos requisitos necesarios respecto a la concesión de la subvención, fecha muy anterior al concurso, operando como una condición resolutoria y desplegando efecto ex tunc (desde ahora hacia el futuro), según lo dispuesto en el art. 1.123 CC, por lo que entienden que, bajo ningún concepto, se podría considerar al crédito como contra la masa. Además, considera que «*si se optase por datar el crédito de la Administración por el reintegro de la subvención en la fecha de inicio del expediente incoado al efecto o en la de la resolución que pone fin al mismo ello equivaldría a dejar en manos del acreedor la fecha de dicho crédito y consiguientemente su clasificación*». En este mismo sentido, la Sentencia núm. 181/2011 de AP Madrid, Sección 28º, de 27 de Mayo de 2011 consideró que la obligación de reintegrar las cantidades percibidas genera un crédito que debe considerarse concursal o

[597] ALONSO SOTO, R.: "Los créditos derivados de ayudas públicas en el concurso de acreedores". Febrero 2011.

de la masa en función del momento en que fueron satisfechos los anticipos o restituciones indebidas, no en virtud de la mayor o menor diligencia de la administración correspondiente en sus funciones de control sobre dichas operaciones o en atención al momento en que se dicta la resolución que obliga a efectuar dicha restitución, lo que dejaría en manos de la administración la prededucibilidad del crédito.

De este modo, lo verdaderamente importante para la consideración de esa reintegración de lo percibido como crédito contra la masa o concursal no es el momento en el que se constata el cumplimiento o incumplimiento de la condición y se reconoce la necesidad de reintegración por la Administración, sino el momento en que se constituyó la obligación sometida a condición, ya que la reintegración de cantidades no es más que la consecuencia de incumplimiento de la condición.

Otra tesis considera que el momento en que nace el crédito es cuando la carga modal queda incumplida. De ahí que se ponga en marcha el procedimiento de reintegro del art. 42 LGS, oyendo al subvencionado y adoptando la resolución antes de que se dictara sentencia aprobando el convenio. Es justo en ese momento cuando nace el crédito. Hasta entonces no ha surgido el crédito porque había una subvención concedida y entregada, la constatación del incumplimiento de la carga modal y un expediente administrativo en trámite. Cuando se dicta la resolución nace el crédito, y por lo tanto, al ser posterior a la declaración de concurso, merece la consideración de crédito contra la masa, conforme al art. 242.1. 13º LC, al resultar de obligaciones nacidas de la ley, en este caso del expediente de reintegro del art. 42 LGS, con posterioridad a la declaración de concurso y antes de eficacia del convenio. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia nº 148/2009, de 11 de Marzo, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao. En el caso analizado por la sentencia también hay que señalar que no se podría considerar un crédito con privilegio del art. 280.4º LC, porque no surge antes de la declaración de concurso, sino durante su tramitación y antes de aprobarse el convenio.

De ello se deduce que, si bien la subvención se concede antes de la declaración de concurso; a la fecha de éste, el derecho ha sido adquirido por la concursada, y es después de la declaración, cuando se produce el acontecimiento que determina la pérdida del derecho adquirido, previo el correspondiente expediente administrativo; de ello deducimos que el momento del devengo de la obligación de reintegrar se produce en un momento posterior a la declaración de concurso, por lo que la misma se puede

conceptuar como crédito contra la masa, subsumible en el artículo 242.1.13º, en cuanto obligación derivada de la Ley, que obliga al reintegro de la subvención, cuando se dan las circunstancias para ello, previo el correspondiente expediente administrativo (Vid. Sentencia núm. 297/2012 de 17 de Mayo, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia- San Sebastián).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 645/2018, de 20 de noviembre, se ocupa también de la clasificación del crédito derivado de una subvención. En la sentencia referida se señala que el criterio seguido por la Administración Concursal en este caso era cronológico: se consideraron créditos concursales los que se correspondían con ayudas concedidas antes de la declaración de concurso y contra la masa los posteriores. La sentencia establece que la subvención surte sus efectos mientras no acontezca la causa de reintegración, pero cuando esta acaece decaen los derechos adquiridos y procede la restitución de las prestaciones ejecutadas. En obligaciones de tracto único, la regla general es la retroacción absoluta o con efectos ex tunc , lo que conlleva que la relación habrá de retornar al estado que tenía antes de constituirse, por lo que los intervinientes deben quedar en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación para cada parte de restituir lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe.

Este criterio es coincidente con la previsión del art. 37.1 LGS, conforme al cual, una vez acaecida la causa resolutoria de la subvención, deben reintegrarse las cantidades percibidas, con el interés de demora correspondiente desde el momento del cobro de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro. Se considera por el Tribunal Supremo que esta solución se adecúa mejor a la propia naturaleza concurrencial del procedimiento concursal y es conforme con la propuesta de modificación de los textos definitivos realizada por la administración concursal.

- **Los créditos derivados de los contratos públicos.**

La posición de la Administración Pública como acreedora por razón de indemnizaciones derivadas de incumplimientos de un contratista, penalidades o por resolución de contrato exige analizar diferentes situaciones.

En primer lugar, la Administración contratante dispone de la posibilidad de ejecutar las garantías que se hubieran constituido para asegurar el cumplimiento del contrato, extramuros del concurso. A estos efectos, el artículo 113 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), proclama la preferencia en la ejecución de garantías, declarando que para hacer efectivas las garantías, tanto provisionales como definitivas, la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere su naturaleza y el título del que derive su crédito. En segundo lugar, cuando la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación. Y, a estos efectos, se indica expresamente que, "*sin perjuicio de lo establecido en el artículo 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (actualmente, art. 280 TRLC), *en el caso de concurso los créditos derivados de las obligaciones ex lege o los surgidos en virtud de actos administrativos tendrán la consideración de créditos con privilegio general conforme a lo establecido en el artículo 91.4 de la Ley 22/2003*" (actualmente, art. 280.4º TRLC).

De hecho, el artículo 194 de la LCSP, prevé, bajo el título "*Daños y perjuicios e imposición de penalidades"*, que en los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, ésta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios. Así, las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos. Esta previsión tiene los efectos prácticos de una compensación, por lo que se suscita si es posible hacerla efectiva en sede concursal, a tenor de lo establecido en el artículo 153 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que proclama que tras la declaración de concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado. Comoquiera que a continuación prevé como excepción que los créditos y deudas procedan de una misma relación jurídica, entendemos que la Administración podría hacer uso de tal facultad también tras la

declaración de concurso, sin perjuicio de que si hubiera controversia sobre el importe a compensar haya de suscitarse el correspondiente incidente concursal.

Por otro lado, se suscitan también dudas en torno a la clasificación de los créditos dimanantes de un contrato administrativo. En primer lugar, serían créditos contra la masa los nacidos después del auto declarativo del concurso, siendo a estos efectos indiferente si se trata de contratos administrativos o de contratos privados. De este modo, serán créditos contra la masa los derivados de la indemnización por daños y perjuicios que tenga su origen en una causa de resolución que se produzca posteriormente al concurso, la indemnización por daños y perjuicios si la resolución del contrato viene determinada por el concurso del contratista y los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (art. 242.1.12º TRLC)[598].

En lo que hace a los créditos concursales, si la resolución del contrato tiene por causa un incumplimiento del contratista anterior a la fecha del concurso, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el artículo 213.3 de la Ley 9/2017, de 8 Noviembre, de Contratos del Sector Público, dispone que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable[599] del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, debiendo, en consecuencia, reclamarse en sede concursal. La ejecución de la garantía plantea también una problemática especial, por cuanto que habrá que distinguir si recae sobre bienes del contratista o sobre bienes de un tercero, dado el efecto de la paralización de ejecuciones que se deriva de la declaración de concurso (arts. 142 siguientes TRLC)[600].

En cuanto a su rango concursal (relevante a efectos de la formación de clases en sede de preconcurso), habrá que distinguir créditos con privilegio especial, cuando se encuentre asegurado con una garantía de naturaleza real que recaiga sobre bienes del concursado

[598] VÁZQUEZ LÉPINETTE ha entendido, por el contrario, que la indemnización por daños y perjuicios por resolución del concurso es deuda concursal, interpretando que no se ha producido una actuación del deudor posterior a la declaración del concurso que dé lugar al nacimiento de tal indemnización. VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Administraciones públicas y Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2006, Pág. 135.

[599] Esta mención no se identifica con la declaración del concurso como culpable, aunque en ambos casos se puedan dar los mismos efectos, la incautación de la garantía.

[600] VÁZQUEZ LEPINETTE, T. "Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010", Anuario de Derecho Concursal nº 22, 2011, Págs. 315-334.

(art. 270 TRLC). Será un crédito con privilegio general cuando su origen se encuentre en un contrato administrativo, por encajar en el concepto de crédito de derecho público a tenor del artículo 280.4ª del Texto Refundido de la Ley Concursal, de acuerdo con la interpretación establecida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de julio de 2013. Por el contrario, cuando se trate de un contrato privado, su clasificación ser la de ordinario (art. 269.3 TRLC). Por su parte, los créditos por intereses y sanciones serán clasificados como subordinados (art. 281.1. 3º y 4º TRLC). Se ha suscitado la cuestión relativa a la clasificación de las penalidades derivadas de un contrato administrativo y si pueden asimilarse a las sanciones. La jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido considerando que las penalidades derivadas de un contrato administrativo no son sanciones administrativas, y, por ende, no quedan sometidas a los principios, normas y procedimientos del derecho administrativo sancionador., sino que su naturaleza se asemeja a la cláusula penal de los artículos 1152 del Código Civil y a las multas coercitivas (vid. STS, Sala Tercera, Sección 4ª, de 18 de mayo de 2005, recurso 1871/2003; más recientemente, STS, Sala Tercera, Sección 4ª, núm. 652/2019, de 21 de mayo). Ello tendría su base en que el artículo 103.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que la multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas, por lo que desde un punto de vista administrativo no serían conceptos identificables. Sin embargo, la cuestión ha sido resuelta por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº13 de Madrid de 24 de marzo de 2020, declarando que dichas penalidades son asimilables a las sanciones y por tanto su clasificación es la de créditos subordinados, de carácter concursal, con independencia de que hayan sido efectivamente impuestas antes o después de la declaración de concurso.

- **Los créditos derivados de liquidaciones del sistema gasista.**

Este supuesto particular ha sido analizado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 28ª), núm. 113/2022, de 24 de febrero, abordando la necesaria concurrencia del doble requisito, subjetivo y objetivo, establecido por la jurisprudencia como necesario para encuadrar un crédito dentro de la categoría de los «*demás [créditos] de derecho público»* y, por tanto, privilegiado general en su rango concursal (art. 280.4º TRLC). Se plantea la naturaleza jurídica de los ingresos a favor de la CNMC, derivados de liquidaciones del sistema gasista y si estamos ante son ingresos de la Hacienda Pública estatal englobables dentro del concepto del artículo 5 de la Ley General Presupuestaria.

La Sentencia concluye que el crédito reúne el requisito objetivo, esto es, deriva del ejercicio de una potestad pública. Pero, en cuanto al requisito subjetivo, entiende que, ni siquiera por tratarse de un supuesto excepcional derivado de una situación jurídica anómala, puede prescindirse del requisito de la titularidad del mismo por la administración para la calificación del crédito como público, pues la naturaleza privada, por el origen del mismo, por la contribución de los intervinientes del "*sistema gasista"* impone su restitución también a los miembros del mismo, lo que impide estimar justificado el privilegio, el cual considera que ha de ser interpretado de forma restrictiva.

- **Los créditos del Centro de Desarrollo Tecnológico e Industrial (CDTI).**

El Centro de Desarrollo Tecnológico e Industrial es una entidad pública empresarial que se rige por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación; y el Real Decreto 1406/1986, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial. De acuerdo con el artículo 2 del citado Reglamento, el CDTI actuará con sujeción al derecho privado y a los buenos usos comerciales en sus relaciones jurídicas externas, añadiendo que su personal será contratado y se regirá por las normas de Derecho laboral o privado que resulten de aplicación.

Por su parte, el artículo 3, dentro de las funciones del CDTI, cita como tales, entre otras, las relativas a "*Participar a riesgo y ventura o mediante créditos privilegiados en programas y proyectos de desarrollo tecnológico o de diseño industrial"* (art. 3. 4º) y "*Participar en operaciones de capital riesgo, mediante la toma de acciones u otras participaciones minoritarias representativas del capital social, en nuevas empresas con tecnología emergente"* (art. 3. 5º). Se trata de una entidad pública que concede préstamos y ayudas de carácter no reembolsable al objeto de cumplir con las funciones y finalidades contempladas en el artículo 3 del Reglamento.

Existen una serie de cuestiones que deben analizarse a efectos de la clasificación del crédito desde un punto de vista concursal. En primer lugar, el tipo de entidad que concede el préstamo, que, en este caso concreto, es una entidad pública empresarial, que actúa en

el mercado concediendo financiación a empresas de carácter privado[601]. En segundo lugar, si el contrato de financiación se sujeta a normas de derecho público o de derecho privado. En tercer lugar, si la normativa aplicable pública propia de su funcionamiento y configuración orgánica determina o no si se rige bajo normas de derecho privado.

La Disposición Adicional Vigesimosexta de la Ley General de Subvenciones regula las subvenciones y otras ayudas concedidas por las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el derecho privado, estableciendo su apartado 1 que "*las entregas dinerarias sin contraprestación que otorguen las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el derecho privado tendrán siempre la consideración de subvenciones. Su concesión y demás actuaciones contempladas en esta Ley constituirán el ejercicio de potestades administrativas a los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, quedando sometidas al mismo régimen jurídico establecido para las subvenciones concedidas por las Administraciones Públicas*". Ahora bien, el apartado 2 prevé ciertas especialidades para algunos organismos, entre los cuales se encuentra el CDTI, indicando que "*a) los préstamos concedidos por el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) con una parte no reembolsable de hasta un tercio del importe del crédito, que seguirán el régimen previsto en la Disposición Adicional Sexta de esta Ley*".

Por su parte, la Disposición Adicional Sexta de la Ley General de Subvenciones se refiere a "*Créditos concedidos por la Administración a particulares sin interés, o con interés inferior al de mercado*", declarando que "*Los créditos sin interés, o con interés inferior al de mercado, concedidos por los entes contemplados en el artículo 3 de esta Ley a particulares se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las prescripciones de esta Ley que resulten adecuadas a la naturaleza de estas operaciones, en particular, los principios generales, requisitos y obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras, y procedimiento de concesión*."

La jurisprudencia ha venido interpretando estos preceptos, fundamentalmente al hilo del carácter privilegiado o no de los créditos derivados de los préstamos concedidos por el

[601] Obsérvese que la Sentencia del Tribunal Supremo 472/2013, de 16 de julio, sólo incluye dentro de su ámbito subjetivo la Administración General del Estado y los organismos autónomos, sin mencionar las entidades públicas empresariales ni las sociedades mercantiles.

CDTI, inicialmente en sede concursal exclusivamente y, tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, también en sede preconcursal. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 22 de julio de 2015 consideró que debía distinguirse el criterio interpretativo teleológico relativo a la interpretación restrictiva de los privilegios concursales y el mandato establecido en el artículo 91.4 de la Ley Concursal (actual artículo 280.4º TRLC). A estos efectos, entiende que la base jurídica para el reconocimiento del carácter privilegiado de los créditos derivados de los préstamos del CDTI es la literalidad del precepto, del cual resulta que el privilegio no se limita a los créditos tributarios y de Seguridad Social, sino que se añade la expresión "*y demás créditos de Derecho público*", lo que supondría la introducción de una nueva categoría de créditos concursalmente privilegiados. Razona, además, que, si el legislador hubiera querido limitar el beneficio a los créditos tributarios y de Seguridad Social, en sentido estricto, no tendría sentido dicha adición, por ilógica, confusa e innecesaria. Esta interpretación viene refrendada, según la sentencia, también por los antecedentes parlamentarios del precepto, porque el privilegio, según el Anteproyecto, se limitaba a los créditos tributarios y de Seguridad Social, los cuales fueron ampliados en el trámite parlamentario a otros créditos de derecho público. Por ello, entiende que deben distinguirse tres categorías de créditos de derecho público:

- créditos tributarios, entendiendo por tales los previstos en el artículo 2 de la Ley General Tributaria, ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración Pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir con la finalidad de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, comprendiendo las tasas, impuestos y contribuciones especiales;

-los demás créditos de derecho público;

-los créditos de la Seguridad Social, a los que se refiere el artículo 1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, si bien los recargos tengan naturaleza de créditos subordinados, de acuerdo con la Sentencia de 7 de abril de 2006 y posteriores.

No pueden, por tanto, según la sentencia, limitarse los créditos de derecho público a los créditos tributarios y de Seguridad Social, ni cabe tampoco identificar la Hacienda Pública con la Administración Tributaria, sin que se vulnere lo establecido en la Ley General

Presupuestaria. En este marco, debe traerse a colación lo establecido en el artículo 5.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que dispone que "*La Hacienda Pública estatal, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos*", y no, por tanto, exclusivamente por los tributos. De hecho, el artículo 9 de dicha norma legal diferencia claramente entre los créditos tributarios, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, así como otros créditos a favor de la Administración General del Estado a los efectos de determinar la preferencia entre ellos.

En el caso analizado, se trataba de créditos derivados de unos préstamos a interés cero, por lo que, en los contratos suscritos en documentos privados (posteriormente elevados a públicos), se les confiere la naturaleza de ayuda pública, de modo que, entiende la sentencia, ello habría de dar lugar a su clasificación como créditos públicos. Esta afirmación también condiciona el régimen aplicable, pues frente al carácter de derechos de naturaleza privada que se les reconocía en la sentencia de instancia, al amparo del artículo 5.2 LGP, ahora la Audiencia Provincial pone el foco en el carácter de préstamos sin interés, lo que determina que, siendo ayudas públicas, les resulte de aplicación la Disposición Adicional Sexta LGS y con ello, el principio contenido en el artículo 38 de la meritada ley, que declara que "*las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley General Presupuestaria".*

Posteriormente, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (rec. 125/2017) consideró que no se trataba de un crédito con privilegio general[602], mientras que en sentido contrario se ha pronunciado la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en Sentencia de 22 de julio de 2015 (rec.

[602] En el mismo sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Girona, núm. 58/2023, de 18 de mayo; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, de 21 de julio de 2019, considerando que al no ejercitarse potestades administrativas y actuar con arreglo a normas de derecho privado no cabe considerar el crédito como privilegiado general sino como ordinario, conforme al artículo 269.3 TRLC. Más recientemente, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº13 de Madrid, núm. 44/2024, de 22 de mayo (con cita de otras muchas anteriores) desde un punto de vista subjetivo, establece que el CDTI no es un organismo autónomo, sino una entidad pública empresarial; desde un punto de vista objetivo, siendo la parte de préstamo no reembolsable del 15%, concluye que la ayuda concedida por el CDTI no tiene la consideración de subvención, por lo que, en aplicación de lo establecido en la Disposición Adicional 26ª de la Ley General de Subvenciones califica el préstamo a efectos concursales como un crédito ordinario en cuanto al principal y subordinado en cuanto a los intereses. A ello añade que la interpretación de los privilegios concursales, tanto sustantivos como procesales, ha de ser necesariamente restrictiva.

346/2015), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1, de 9 de octubre de 2020 (rec. 525/2019) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de julio de 2021[603].

Debe reseñarse, por su interés, el supuesto analizado por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Castellón de la Plana, núm. 70/2021, de 22 de julio, que deriva de un incidente concursal de impugnación de la aprobación de una homologación judicial de un acuerdo de refinanciación. En ella se analiza la impugnación de la extensión a CDTI, como acreedor, de los efectos de un acuerdo de refinanciación, la cual se basaba en la falta de competencia del Juzgado para extender tales efectos a los créditos del CDTI, por tratarse de créditos de derecho público. La Sentencia declara que la problemática de la extensión a CDTI de los efectos del acuerdo no constituye un problema de falta de competencia/jurisdicción, pues entiende que, si se concluye que son créditos de naturaleza pública, por disposición expresa de la Ley concursal (art. 606.2 TRLC, ahora derogado) reciban o no la consideración de pasivo financiero desde un punto de vista contable o concursal no pueden ser objeto de inclusión en el perímetro del pasivo afectado por un acuerdo de refinanciación. El juez considera que debió incardinarse en el motivo previsto en el artículo 619 TRLC, haciendo referencia a un sacrificio desproporcionado, en cuanto que la ley no permite la extensión de efectos de este tipo de acuerdos a los créditos de derecho público, limitando su posición y derechos ex lege atribuidos al acreedor.

La Sentencia analiza pormenorizadamente cada uno de los créditos considerados. Concluye que, en los supuestos citados, que incluían entregas dinerarias y préstamos

[603] Debe citarse a este respecto el informe de la Abogacía General del Estado, de 9 de diciembre de 2011, que examina la forma de computar la ayuda propuesta por el CDTI a efectos de solicitar o no la autorización del Consejo de Ministros prevista en el artículo 10.2 de la Ley General de Subvenciones. El informe concluye declarando su aplicabilidad, considerando que las ayudas examinadas con sus dos elementos (subvención y préstamo) han de ser computados conjunta e íntegramente a los efectos del artículo 10.2 LGS. Asimismo, un segundo informe, de idéntica fecha, analiza el régimen jurídico aplicable a los préstamos parcialmente reembolsables concedidos por el CDTI en el marco de las ayudas gestionadas por dicha entidad pública empresarial. En dicho informe se concluye que el CDTI queda sometido, en materia de subvenciones, al Derecho privado y a los principios de gestión e información de los artículos 8.3 y 20 de la Ley General de Subvenciones, por tratarse de una entidad pública empresarial que se rige por el Derecho privado y cuyas subvenciones no se otorgan en ejercicio de potestades administrativas. No obstante, quedaría sujeto al régimen de la Ley General de Subvenciones cuando actúe como mero órgano gestor de subvenciones cuyas bases hayan sido establecidas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio o por el Ministerio de Ciencia e Innovación en ejecución de programas o planes aprobados por dichos departamentos ministeriales o por el Consejo de Ministros o por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Finalizaba el informe indicando la necesidad de clarificar el régimen jurídico aplicable en materia de subvenciones a entidades y organismos públicos, dados los problemas interpretativos que suscitan los artículos 3.2 de la Ley General de Subvenciones y 5.1 de su Reglamento.

también del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, han de distinguirse aquellos en que existe una remisión o referencias a la Ley General de Subvenciones y los que no incluyen este tipo de referencias normativas. Cuando no hay referencia alguna al régimen de la Ley General de Subvenciones considera que la concesión y el régimen jurídico no se rigen por el Derecho público, sino por normas de Derecho privado, pues la entidad carece estatutariamente de potestades públicas y no podrían ser considerados como créditos de derecho público. Sin embargo, tratándose de un préstamo reembolsable, planea la duda de su régimen jurídico, incumbiendo al deudor la acreditación de su sujeción a la normativa civil y mercantil, de modo que la sentencia opta por considerarlos como créditos de derecho público, ya que pueden haber sido otorgados como consecuencia del ejercicio de potestades públicas derivadas de la condición de CDTI de gestor de fondos de otra entidad pública.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 444/2022, de 28 de abril, argumenta, por su parte, que el contrato de préstamo analizado está sujeto a normativa administrativa, sino que se someten a lo pactado, y por tanto al ordenamiento jurídico privado tanto en lo sustantivo como en lo procesal, sin posibilidad de exacción por la vía de apremio; no se hace referencia en la escritura a que goce de privilegio de carácter público, sino que se acude a elevarlo a público para lograr la preferencia del crédito escriturario.

Posteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 18/2023, de 27 de enero, se plantea si el crédito en cuestión titulado por el CDTI deriva de un préstamo o de una subvención sujeta al régimen previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, de Subvenciones. La Sentencia parte de lo establecido en la Disposición Adicional Vigesimosexta LGS, ya mencionada, y señala que es preciso distinguir entre los préstamos sin interés o con interés, pero por debajo de mercado no reembolsables o con una parte no reembolsable hasta el 30%, otorgados por el CDTI, los cuales quedan bajo el ámbito de aplicación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley General de Subvenciones, de forma que se rigen por su normativa específica, esto es, acuerdos de derecho privado entre prestamista y prestatario, al margen de la Ley General de Subvenciones, de modo que ya no quedarían sometidos a ella. Sin embargo, los préstamos en los que la parte reembolsable sea superior al 30%, sí quedarían sujetos al régimen de la Ley General de Subvenciones (en particular, las causas de reintegro del artículo 37 de la misma).

La cuestión, como se puede observar, resulta compleja, pues exige analizar las circunstancias concretas de la concesión y régimen jurídico de los créditos. A ello se añade que, en nuestro ordenamiento jurídico, hasta la entrada en vigor de la Ley General Presupuestaria de 2003, la Administración y los Tribunales de Justicia venían aplicando a la recuperación de ayudas ilegales los artículos 81.9 y 81.10 de la ley anterior, el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, preceptos que eran aplicables tanto a ayudas públicas como a subvenciones[604]. Actualmente, sin embargo, la Ley General de Subvenciones resulta de aplicación, en sentido estricto, a ayudas con forma de subvención y se ha planteado la duda de cuál sería el procedimiento concretamente aplicable, en particular, si cabría utilizar el procedimiento administrativo de apremio para ello. Tal utilización corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de acuerdo con el artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, al disponer que ésta es la organización administrativa responsable en nombre y por cuenta del Estado de la aplicación efectiva de sistema tributario estatal y aduanero, así como de aquellos recursos de otras administraciones y entes públicos nacionales o de las Comunidades Europeas cuya gestión se encomiende por ley o por Convenio. Ello exige examinar el concepto de gestión recaudatoria, contemplado en el artículo 3 apartado 2 del Reglamento General de Recaudación (aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio), el cual se extiende no sólo al cobro de deudas y sanciones tributarias, sino también a recursos de naturaleza pública cuya gestión esté atribuida a un ente público vinculado a la Administración General del Estado, distinto de los señalados en el apartado 1 del artículo 3, en cuyo caso corresponderá a la Agencia Tributaria, una vez establecido el oportuno Convenio.

En el caso del CDTI, tal encomienda a la Agencia Tributaria de la recaudación en vía ejecutiva sobre los ingresos de derecho público gestionados por dicha entidad se llevó a cabo a través del Convenio entre ambos entes para la recaudación en vía ejecutiva de los recursos de naturaleza pública de dicho ente de 29 de diciembre de 2021 (publicado por medio de la Resolución de 31 de marzo de 2022 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, BOE de 4 de abril de 2022). Se incluyen en el ámbito de la gestión recaudatoria ejecutiva los ingresos de derecho público de CDTI cuando éste se lo encomiende, lo que se extiende, de acuerdo con lo indicado en la Exposición de Motivos, tanto al otorgamiento de ayudas

[604] Vid. Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 24 de mayo de 2001 (JT 2002/507).

parcialmente reembolsables, formalizadas en contratos privados de préstamo, como a la concesión de subvenciones, reguladas en todos sus aspectos por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. En consecuencia, el concepto de recursos de derecho público del CDTI comprendería las ayudas parcialmente reembolsables y las subvenciones, sin que a priori pueda extenderse al tramo reembolsable de los contratos privados de préstamo, ni a los contratos de préstamo que no contengan dichos elementos de ayuda pública.

Así, la reciente jurisprudencia recaída respecto al concepto de crédito de derecho público en planes de reestructuración analiza fundamentalmente, en este contexto, si la entidad actúa o no en ejercicio de potestades administrativas. De ello es exponente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 86/2024, de 27 de marzo ("*Das Photonics*") interpretó que, respecto de los créditos titulados por el CDTI cabe distinguir entre "*préstamos sin interés o con interés por debajo de mercado reembolsables o con una parte no reembolsable hasta el 30%, los cuales se regirán por su normativa específica (Disposición Adicional Sexta de la Ley 38/2003), i.e. por los acuerdos de derecho privado alcanzados entre prestatario y prestamista al margen de la Ley General de Subvenciones, a la que en principio no quedarán sometidos. En cambio, los préstamos en lo que la parte no reembolsable sea superior a ese 30%, sí quedarán sujetos a la Ley General de Subvenciones."*[605] Por otro lado, la Audiencia entendió que cuando en los contratos se explicitaba que el CDTI actuaba como encargado de la gestión y desarrollo de la política de innovación tecnológica del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, como organismo intermedio del Programa Operativo de Crecimiento Inteligente 2014-2020, concluye que "*el CDTI actuó como un mero órgano gestor de la política de innovación tecnológica del Ministerio*", de modo que "*no tuvo su origen en una decisión autónoma de dicha entidad pública en ejecución de la función de fomento que le atribuyen sus*

[605] Esta distinción se recoge igualmente en sentencias recientes en sede concursal, de la que es exponente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 572/2023, de 31 de octubre, en la que se señala que el elemento crucial para determinar la naturaleza jurídica del crédito en forma de préstamo que se concedió por el CDTI a la prestataria reside no en la naturaleza pública del organismo, sino en la naturaleza de la relación negocial que da lugar al crédito que ostenta frente a la prestataria. En el caso analizado por la citada sentencia, el crédito no deriva de una ayuda pública, sino que entiende que se ha concedido por una entidad pública de acuerdo con el Derecho privado y resulta exigible en vía civil, determinando que se trate de un crédito privado.

estatutos, sino que vino determinada por la Administración General del Estado, y es por ello por lo que nuestra conclusión es que estamos ante un crédito de derecho público".

La Audiencia afirma que dicha doctrina se basa en la ya establecida por la Audiencia Provincial de Madrid, en la Sentencia de 15 de diciembre de 2017, que consideró que el crédito del CDTI no tenía carácter público, si bien matizando que "*la única excepción que podría advertirse es… la referida a aquellos casos en los que el CDTI actuase como mero órgano gestor de subvenciones cuyas bases hubiesen sido determinadas por los Ministerio*s".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 701/2024, de 9 de julio (J. Vilaseca SA), por su parte, también se ha ocupado de esta cuestión relativa la naturaleza jurídica de los préstamos concedidos por el CDTI. Se señala que se trata de préstamos concedidos "*en condiciones muy ventajosas, con una parte no reembolsable (de hasta el 30% del capital) y con un interés del 0% o muy inferior al del mercado*", por lo que entiende puede considerarse como crédito de derecho público, resultando llamativo que tal afirmación se haga unida a la consideración de que se trata de un organismo que se encuentra sometido en su actuación a derecho privado. En efecto, hace referencia a que el art. 2. Del RD 1406/1986, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del CDTI dispone que la entidad "*actuará con sujeción al Derecho privado y a los buenos usos comerciales en sus relaciones jurídicas externas. Su personal será contratado y se regirá por las normas del Derecho laboral o privado que resulten de aplicación*". Siendo una entidad pública empresarial la actividad del CDTI está sujeta a derecho privado con carácter general, aplicando el derecho administrativo únicamente para determinados aspectos de su actuación, entre ellos, cuando actúe en ejercicio de potestades administrativas (como la potestad subvencional). Este aspecto lo distingue de las sociedades mercantiles, que no pueden ejercer dichas potestades.

La sentencia realiza una precisión muy relevante. Entiende que el crédito del CDTI "*en ese caso… atendidas las condiciones en las que se concedió, es un crédito público en el que la potestad administrativa se ejerció en el momento en que el órgano de decisión tomó el acuerdo de adjudicarlo*", añadiendo que "*la formalización del préstamo y su posterior ejecución hasta el vencimiento o extinción se rige por el derecho privado".* A nuestro juicio, esta interpretación conduce a un concepto excesivamente amplio de los créditos de derecho público, pues si bien se trata de créditos titulados por una entidad pública, es dudoso que puedan considerarse en puridad como producto del ejercicio de

potestades administrativas, aun admitiendo la posibilidad de que pudieran verse revestidos de prerrogativas para su ejecución de naturaleza administrativa.

En consecuencia, consideramos más correcta la doctrina que distingue netamente entre las actuaciones realizadas en ejercicio de dicha potestad subvencional, quedando sometido a su normativa reguladora de naturaleza administrativa (incluyendo su actuación como organismo intermedio), y las actuaciones sometidas a derecho privado. En el primer caso, sí podrían ser clasificados como créditos de derecho público, pero no en el segundo caso (lo que es extensible a los créditos del Instituto Vasco de Finanzas o del Instituto Catalán de Finanzas).

- **Los créditos de la Empresa Nacional de Innovación (ENISA).**

ENISA es una sociedad pública, creada en 1982, adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, a través de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa. El apartado d) del artículo 2 de sus Estatutos establece que constituye el objeto de la sociedad "*Conceder préstamos y/o créditos a personas físicas y jurídicas, especialmente a pequeñas y medianas empresas".*

ENISA concede préstamos participativos, que se rigen por los pactos particulares indicados en el contrato, así como por las disposiciones legales aplicables al mismo, particularmente el artículo 20 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, disponiendo dicho precepto que "Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos se situarán después de los acreedores comunes". La controversia se ha suscitado en torno a la interpretación que ha de darse al artículo 281.1.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que califica como subordinados "*los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos del concursado, incluidos los participativos".*

Existen posiciones diversas en cuanto a su clasificación, en el caso de préstamos participativos cuya subordinación no se encuentre específicamente pactada, con la sola remisión al artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996:

- Algunos juzgados y parte de la doctrina han considerado que en todo caso ha de partirse de su consideración como subordinado, ya que, a pesar de la inexistencia de un pacto expreso de subordinación, a efectos de la Ley Concursal, la remisión

de las partes a la norma citada y a las normas de prelación de créditos del Código Civil permite entender que estamos ante créditos subordinados;

- Otros juzgados, sin embargo, han entendido que se trata de un crédito ordinario, dado el carácter restrictivo de dicha clasificación y el tenor del artículo 100.2 LC. No obstante, el precepto no distingue claramente entre créditos subordinados y participativos, pues se refiere a los diferentes contenidos de la propuesta de convenio, siendo que dicha enumeración no constituye una enumeración y no puede erigirse en base para establecer dicha distinción;

- Existen, además, otras resoluciones judiciales que declaran su carácter de crédito ordinario, entendiendo que la remisión al citado Real Decreto Ley no afecta ni vincula a la Ley Concursal, dado el carácter restrictivo de las normas que regulan la clasificación de créditos y porque la Ley Concursal es norma posterior al Real Decreto Ley y especial, debiendo por tanto prevalecer sobre esta en caso de conflicto.

Subsiste la duda de si la remisión genérica al artículo 20 del Real Decreto Ley 7/1996 ha de considerarse pacto expreso de subordinación a efectos de lo dispuesto en el artículo 281.2º del Texto Refundido de la Ley Concursal. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de septiembre de 2021 ha considerado que la ausencia de un pacto en tal sentido no determinaría la subordinación del préstamo participativo. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de noviembre de 2020 sigue considerando que la mera remisión al artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996 supone un pacto expreso de subordinación, interpretando que la nueva redacción del artículo 281.1.2º opta por considerar en todo caso al crédito participativo como un crédito subordinado. En contra, se han pronunciado las Audiencias Provinciales de Madrid y de Pontevedra, considerando que el préstamo participativo no puede considerarse como un crédito subordinado por la mera previsión del Real Decreto Ley 7/1996, en virtud del principio de ley posterior de la Ley Concursal, ley especial de la Ley Concursal respecto a aquélla, el carácter restrictivo de la clasificación conforme a la Exposición de Motivos, así como la diferenciación contenida en el artículo 327 del Texto Refundido de la Ley Concursal, en relación al contenido de la propuesta de convenio, que no equipara legalmente el préstamo participativo a un crédito subordinado, manteniendo su distinción (al igual que hace el art. 616 TRLC).

Recientemente, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona, núm. 226/2024, de 23 de julio, hubo de abordar la cuestión precisamente de la naturaleza jurídica de los préstamos de ENISA al hilo de la homologación del plan de reestructuración de *Move Art Mission S.L*. Uno de los motivos de impugnación alegados por los acreedores disidentes era precisamente la incorrecta formación de clases, aduciendo la incorrecta delimitación del perímetro de afectación al dejar fuera del mismo, entre otros, a ENISA por considerarlo como crédito de derecho público. La sentencia incluye en esta categoría, como indica "*créditos concedidos por entidades públicas para la financiación de la actividad empresarial".* Resulta paradójico que, además, se reconozca en la propia sentencia que dicho criterio "*puede ser criticado desde el punto de vista teórico, pero lo cierto es que responde a una razón objetiva que atiende a la condición del prestamista y al concepto por el que se conceden estos préstamos o líneas de crédito*", explicando además que "*estas vías de financiación tienen matices que les separan de otras vías de puramente bancaria*". A nuestro juicio, esta doctrina jurisprudencial es exponente de la tendencia que se viene observando, en cuanto a la indebida extensión de la clasificación como créditos de derecho público a créditos que, hasta ahora, en sede concursal, no se les estaba reconociendo tal clasificación[606]. Se aparta totalmente de los criterios que han de tenerse presentes a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para clasificar el crédito como de derecho público, pues se trata de una sociedad mercantil que no puede legalmente ejercer potestades administrativas, por lo que consideramos que no está justificada la exclusión del perímetro de afectación del plan de reestructuración.

- **Los créditos del Instituto Vasco de Finanzas (y entes análogos).**

Sobre la conceptuación de los créditos titulados por el Instituto Vasco de Finanzas en virtud de contratos de préstamo como créditos de derecho público se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia-San Sebastián, núm. 71/2023, de 23 de noviembre. En el plan de reestructuración examinado por dicha Sentencia se ha incluido, dentro de las clases que han votado a favor del plan, la "*clase crédito privilegiado general*", compuesta por el Instituto Vasco de Finanzas, por su condición de entidad pública y en aplicación, se indica, del artículo 280.4º del Texto Refundido de la Ley Concursal, el 50% del crédito que ostenta contra el deudor sería privilegiado general

[606] De hecho, ICO cuestionó la exclusión del crédito de ENISA del perímetro de afectación, dada su naturaleza de sociedad mercantil estatal.

y el restante 50% ordinario. Por ello, en esta clase se integraría el 50% del crédito como privilegiado general, siendo el 50% restante integrado en la clase "*crédito ordinario-crédito público".*

En este supuesto, el proponente del plan argumenta su clasificación como crédito de derecho público- siendo otorgado por un ente público pero sujeto a derecho privado- en base a las siguientes consideraciones:

- los recursos del Instituto están integrados por las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los presupuestos generales de una comunidad autónoma;
- los derechos de crédito del Instituto tienen la consideración de ingresos de derecho público;
- las obligaciones patrimoniales del Instituto tienen la garantía de la administración de la Comunidad Autónoma en los mismos términos que la Hacienda General;
- el Instituto elabora anualmente un programa de actuación y presupuesto para ser integrado en los presupuestos generales de la Comunidad;
- la actuación del Instituto está sometida al control económico y financiero de la Administración Pública Vasca. Considera decisivo que el préstamo se encuentre bonificado en el tipo de interés, encuadrándose su concesión en la Ley General de Subvenciones, remitiéndose específicamente a su Disposición Adicional Sexta. Este elemento es el que la Sentencia entiende como decisivo a estos efectos, pues señala que el interés bonificado es el relevante para entender que el crédito ha sido otorgado por una entidad pública en ejercicio de potestades administrativas, dada su actuación "*como instrumento de la política financiera y de crédito público de la Comunidad Autónoma de Euskadi",* lo que, según la sentencia es un claro reflejo del ejercicio de una potestad pública.

En todo caso, debe recordarse que la clasificación de los créditos titulados por este tipo de entidades públicas ha sido controvertido, pues la doctrina ha entendido que no entrarían en esta categoría los créditos derivados de la financiación otorgada por entidades como el Instituto de Crédito Oficial o el Instituto Catalán de Finanzas[607], asimilándolo cierta jurisprudencia menor a un acreedor financiero en la extensión de efectos de un

[607] CERVERA MARTÍNEZ, M.: "Los Acuerdos de refinanciación en el Texto Refundido de la Ley Concursal". Aferre Editor S.L. 2020. pág.86.

acuerdo de refinanciación a entidades financieras disidentes (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, núm. 154/2018, de 25 de julio). Sin embargo, otras resoluciones, en línea con la Sentencia citada supra (del mismo Juzgado) sí han dotado de carácter de crédito de derecho público a dicha financiación en sede concursal (vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián, núm. 40/2018, de 14 de febrero).

Cabe plantearse si las razones esgrimidas tanto por el proponente del plan como en la Sentencia se ajustan exactamente a los requisitos previstos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de los créditos de derecho público (STS núm. 472/2013, de 16 de julio). El encuadramiento de créditos derivados de préstamos sin interés o con interés bonificado como créditos de derecho público puede suscitar dudas interpretativas, dada la ausencia de un régimen jurídico claro en torno a la aplicación de la Ley General de Subvenciones, como se ha indicado.

Recientemente, ha tenido lugar la aprobación de la Ley 19/2023, de 21 de diciembre, reguladora del Instituto Vasco de Finanzas, que en su artículo 1.4 declara que en sus relaciones con terceros y en el desarrollo de su actividad, y, en concreto, en sus operaciones de concesión de financiación, se regirá por el derecho privado. Tal previsión podría interpretarse como una sujeción de dicha actividad de financiación, sin distinción, a derecho privado, excluyendo la conceptuación de los créditos derivados de dichas operaciones como créditos de derecho público, máxime si tenemos en cuenta que el apartado 5 enumera taxativamente los actos del Instituto que quedarán sometidos a derecho administrativo. Ahora bien: el artículo 9.3 de la citada Ley también especifica que las operaciones financieras que realice el Instituto estarán sometidas a las normas de derecho privado y a las condiciones de mercado, y deberán respetar las normas europeas en materia de ayudas de Estado. El apartado 4 del artículo 9, por su parte, regula la concesión de préstamos bonificados sin interés o con interés inferior al de mercado, o con un tramo no reembolsable, que se regirán por los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración del Instituto y el convenio que se formalice con el órgano competente que establezca el programa de fomento en cuestión.

De lo expuesto se colige que ha deslindarse la actividad de financiación realizada en condiciones de mercado de aquella que no cumple dichas condiciones, a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable y la clasificación que corresponda a los créditos de los que sea titular la entidad. Este análisis es el que debe, por tanto, presidir los criterios

que determinarán la formación de clases, debiendo dilucidar si se trata de créditos con privilegio general, dotados de potestades de arrastre ex art. 639.1º del Texto Refundido de la Ley Concursal o si se trata de créditos carentes de tal naturaleza.

Recientemente, las Sentencias (ya citadas) del Caso Vilaseca y del Caso Move Art Mission han abordado de nuevo la cuestión, considerándolos como créditos de derecho público a efectos de la afectación al plan de reestructuración. Entendemos que con ello se produce una indebida extensión del concepto de créditos de derecho público, sin efectuar además el análisis exigible a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, justificando la concurrencia de los requisitos exigidos para ello.

- **Los créditos derivados de las operaciones de recapitalización de empresas realizadas a través del Fondo de Solvencia de Empresas Estratégicas (FASEE) y del Fondo de Recapitalización de Empresas (FONREC).**

En lo atinente a la clasificación de los derechos de crédito derivados del FASEE y del FONREC cabe plantearse si la normativa comunitaria en materia de Ayudas de Estado, aplicable plenamente como hemos visto, exige que gocen de una prelación de cobro determinada frente a los restantes créditos en un escenario de insolvencia y/o reestructuración. Si acudimos a la Comunicación de la Comisión relativa a la recuperación de las ayudas estatales ilegales e incompatibles (2019/C 247/01), observamos que la misma dispone que la recuperación de la ayuda de Estado ha de efectuarse conforme a los procedimientos de Derecho nacional del Estado miembro de que se trate, de modo que será la legislación nacional la que determine la prelación de las ayudas estatales en la relación de créditos, siempre que la prelación se ajuste al principio de efectividad y al principio de equivalencia [608] . En cualquier caso, añade la Comunicación, las deudas de ayuda estatal no pueden clasificarse por debajo de los créditos ordinarios no garantizados. Esta previsión constituye una novedad de la Comunicación de 2019, pues la anteriormente vigente, de 2007, únicamente precisaba que "*el Estado miembro deberá incorporar inmediatamente sus créditos al procedimiento*

[608] Sobre esta cuestión, vid. Punto 64 de la Comunicación. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, Países Bajos/Comisión, C-382/99, ECLI:EU:C:2002:363, apartado 90; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, Comisión/Alemania («Biria Gruppe»), C-527/12, ECLI:EU:C:2014:2193, apartado 43.

de quiebra"[609], añadiendo que, según la jurisprudencia del TJCE, la recuperación se haría según la legislación nacional sobre quiebras. Así pues, el importe que se recupere se reembolsará de acuerdo con el estatus que al mismo le asigne el Derecho nacional[610].

Al hilo de esta Comunicación, la doctrina [611] se había planteado que, dado que los acreedores ordinarios únicamente van a poder recuperar una pequeña parte de sus créditos, podría pensarse que era preciso establecer una prelación a favor de los créditos derivados de la ayuda estatal para garantizar una efectiva recuperación. Se puede, por tanto, entender que una satisfacción separada cumpliría dichos requisitos en orden a la recuperación. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no había establecido tal obligación. De este modo, se había entendido que la finalidad de la recuperación de la ayuda de Estado (la restauración de la situación anterior y la corrección de la distorsión de la competencia) no requería de tal derecho de preferencia, por razón de que los objetivos de la recuperación de la ayuda de Estado normalmente podrían conseguirse mediante el registro del crédito en la lista de la masa pasiva, especialmente teniendo en cuenta que el estado de insolvencia del beneficiario podría ser utilizado por los competidores para utilizar sus activos o introducirse en el ámbito de mercado del beneficiario, en caso de que tenga lugar la liquidación de éste. Sea como fuere, no se ha considerado que exista una razón por la que la recuperación de la ayuda deba ser tratada de forma más favorable que el resto de los acreedores y apartarse del principio aplicable en sede de procedimientos de insolvencia, de acuerdo con el cual todos los acreedores han de ser tratados de forma igualitaria[612].

En la actualidad, sin embargo, sí hay una previsión en la Comunicación de 2019 que obliga positivamente al Estado miembro a garantizar no solamente su inclusión en el listado de acreedores, sino también a prever un tratamiento específico en caso de insolvencia del beneficiario, al imponer que este tipo de créditos no pueden clasificarse por debajo de los créditos ordinarios no garantizados, de modo que no podrían ser clasificados como subordinados a efectos concursales. Con todo, la norma se ha dictado

[609] Punto 64 de la Comunicación de la Comisión denominada "*Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles".* (2007/C 272/05)
[610] Asunto C-142/87, Comisión contra Bélgica [1990] REC I-959 § 62. Asunto C-142/87, ibídem. Asunto C-499/99, Comisión contra España («Magefesa») [2002] REC I-6031, apartados 28-44.
[611] RITTER, N. *How to effectively Recover State Aid in Insolvency Proceedings.* European State Aid Law Quarterly, Vol. 7, No. 1 (2008), pp. 28-30. Lexxion Verlagsgesellschaft mbH Stable URL: https://www.jstor.org/stable/10.2307/26682863 (consultado el 30.10.2022).
[612] RITTER, N. op.cit.

en sede de recuperación de ayudas de Estado ilegales, que está presidida por los principios de efectividad y equivalencia, entendidos de acuerdo con lo previsto en la propia Comunicación[613].

Podría plantearse en este marco si la aplicación del principio de equivalencia, en el caso español, exigiría establecer para las ayudas de Estado ilegales el mismo trato que a los créditos de derecho público, esto es, un estatus privilegiado[614]. El principio de efectividad pretende garantizar la recuperación de la ayuda, de forma que parece más factible, en el presente caso, atribuir mayor prelación al crédito derivado de la ayuda de Estado ilegal para hacer posible su recuperación, aun a costa de la cuota que corresponda a otros acreedores. Sucede que en este caso la aplicación de estos principios también tiene por finalidad evitar que perduren en el tiempo los efectos anudados a la ayuda de Estado ilegal, per se distorsionadora de la competencia.

Ahora bien: lo que aquí se analiza es la prelación de los derechos de crédito derivados de la recuperación de una ayuda de Estado, concedida de forma plenamente legal, esto es, cuando la misma ya ha sido declarada compatible con el mercado interior y que per se no se considera distorsionadora de la competencia, de modo que los principios citados (efectividad y equivalencia) podrían no resultar aplicables. Por otro lado, también han de tenerse en consideración otros objetivos, como el mantenimiento del empleo o la preservación de valor de la empresa en funcionamiento, inspiradores de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio.

La posición de la Comisión Europea se ha establecido de manera informal en el *Non-Paper Liquidity support and other possibilities to support undertakings under the COVID-19 Temporary Framework beyond 30 June 2022 (update)*[615]. La Nota pretende exponer el panorama general sobre las posibilidades que se ofrecen a los Estados Miembros para evitar una finalización abrupta del apoyo público a los beneficiarios, vinculado a la pandemia del COVID-19. Bajo determinadas limitaciones impuestas, por ejemplo, en el Marco Temporal, es posible acordar cambios en el calendario de repago y períodos de carencia para pago de intereses, incluyendo su capitalización. En la nota se

[613] Con arreglo al principio de equivalencia, la normativa nacional debe aplicarse de manera no discriminatoria en comparación con casos similares que se rigen únicamente por la legislación nacional.
[614] Como crédito con privilegio general del artículo 280.4º TRLC.
[615] Consultado el 30.10.2022 en la siguiente dirección electrónica: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-06/nonpaper_coronavirus_restructuring_possibilities_post_june%202022.pdf

indica expresamente que la exposición económica de los Estados Miembros como consecuencia del régimen de ayudas de Estado establecido en virtud de Marco Temporal COVID-19 no excluye la aplicabilidad del principio de operador privado a las acciones subsiguientes tomadas por el Estado Miembro en cuestión en apoyo de una empresa específica. En todo caso, añade, cualquier acción en este sentido debe ser claramente independiente de la concesión inicial de la ayuda y debe estar basada única y exclusivamente en la intención de proteger los intereses económicos del Estado Miembro y en un análisis diligente caso por caso realizado por las entidades financieras involucradas en el Estado Miembro. En particular, la Comisión considerará que en una situación donde todos los acreedores de un concreto prestatario aceptan una restructuración de la deuda en iguales términos (*pari passu*), una participación igual del Estado no implicará la concesión de una nueva ayuda. Por lo tanto, parece que únicamente se exige que la posición del Estado como acreedor cumpla con test del acreedor privado en una economía de mercado, sin llegar al extremo de que el Estado miembro en cuestión asigne al crédito una prelación legal determinada sobre el resto de los acreedores.

Pues bien: el Marco Temporal, como hemos visto, únicamente contiene la precisión relativa a la prelación, a efectos de pago, de la remuneración correspondiente a los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada relacionados con la COVID-19 de titularidad estatal, los cuales, se dice, se pagarán antes que cualquier dividendo a los accionistas en un ejercicio dado. Por otro lado, también se prevé la posibilidad de que los Estados Miembros concedan deuda subordinada como un instrumento menos distorsionador de la competencia que el *equity* o los instrumentos híbridos de capital, teniendo en cuenta que no pueden ser convertidos automáticamente en *equity* de acuerdo con el principio de empresa en funcionamiento (*as a going concern*). La deuda subordinada se encuentra subordinada tras los acreedores privilegiados en los procedimientos de insolvencia. Fuera de estas previsiones, el Marco Temporal no impone una prelación a los instrumentos utilizados en un escenario preconcursal o concursal.

En consecuencia, la segunda modificación del Marco Temporal permite conceder ayuda en esta forma adicional bajo el punto 27bis en la sección 3.3. del Marco Temporal. Sin embargo, si la deuda subordinada supera los umbrales establecidos en el punto 27bis, esta medida de deuda subordinada debería analizarse en línea con las condiciones de las recapitalizaciones COVID-19 establecidas en la sección 3.11 del Marco Temporal para asegurar un trato igualitario. En todo caso, estas medidas complementan la posibilidad de

que los Estados Miembros, bajo el Marco Temporal, concedan préstamos de rango senior a empresas que lo necesiten. La deuda subordinada no puede ser convertida en *equity* mientras la empresa se encuentre en funcionamiento y el Estado en consecuencia asume menor riesgo. Sin embargo, dado que dicha deuda incrementa la capacidad de las empresas de tomar deuda senior de forma similar al apoyo al capital, la ayuda en forma de deuda subordinada incluye una mayor remuneración y limitación en comparación con la deuda senior bajo el Marco Temporal.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020 por el que se establece el funcionamiento del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas, en aplicación del Real Decreto Ley 25/2020, describe la forma que han de revestir las operaciones de apoyo público temporal para reforzar la solvencia empresarial, financiadas con cargo al FASEE. Dichas operaciones podrán tomar forma de cualesquiera instrumentos de capital y/o de instrumentos híbridos de capital, citando en particular: la concesión de préstamos participativos, deuda convertible, la suscripción de acciones o participaciones sociales o en cualquier otro instrumento de capital. De manera complementaria, también podrá materializarse el apoyo con cargo al fondo a través de cualesquiera otras facilidades crediticias, tales como el otorgamiento de préstamos o la suscripción de deuda privilegiada, ordinaria o subordinada, asegurada o sin garantías. En todo caso, las condiciones de estas facilidades se atendrán a lo establecido por la Decisión de la Comisión Europea de 2 de abril de 2020 SA.56851 (2020/N).

Dicho Acuerdo proclama, en su apartado 1.4, que todos los créditos a favor del Fondo, derivados de las operaciones financiadas con cargo al mismo, tendrán la naturaleza de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Como es sabido, el artículo 5 de dicha norma clasifica los derechos de la Hacienda Pública estatal en derechos de naturaleza pública y de naturaleza privada, indicando que "*Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas*". Los créditos a favor del Fondo son derechos de naturaleza pública, para cuya cobranza podrán aplicarse los procedimientos administrativos previstos en la Ley General Tributaria y en el Reglamento General de Recaudación, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley General

Presupuestaria. Debe recordarse que no hay una previsión similar en el caso del FONREC.

La cuestión que se plantea, a la luz de tales consideraciones, es si los derechos de crédito a favor del FASEE derivados de operaciones financiadas con cargo al mismo han de ser clasificados como créditos de derecho público, a los efectos, entre otros, del artículo 287, que los incluye en el número 1º dentro de la subclasificación de los créditos privilegiados, con la prelación prevista en el artículo 280.4º , esto es, englobable dentro de "*los demás créditos de derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2.º de este artículo*"[616]. El precepto, continúa indicando que "*Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número solo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para el cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2.º de este mismo artículo y los créditos subordinados".* El precepto excluye del privilegio general los créditos con privilegio especial y los créditos subordinados (como sucede con los créditos por intereses, multas y sanciones, o aquellos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas). En consecuencia, la financiación concedida sería susceptible de clasificarse como crédito con privilegio general, al 50%, siendo el 50% restante ordinario, excluyendo de la base de cálculo el privilegiado especial y el subordinado. Es preciso resaltar que el privilegio general se ha de limitar a los derechos de crédito resultantes de las operaciones financiadas por el FASEE. La doctrina ha precisado a este respecto que tal privilegio general se limitaría a los rendimientos de las inversiones (tales como dividendos, plusvalías, intereses, etc) y los resultados de las desinversiones y los reembolsos efectuados[617].

Se plantea, en primer lugar, si aun partiendo de su consideración como ingresos de derecho público y por tanto susceptibles de ser clasificados dichos derechos de crédito a favor del FASEE como créditos con privilegio general, si tal clasificación se extiende a la totalidad de los conceptos considerados. Nos referimos, por ejemplo, a los intereses, los cuales, de acuerdo con el artículo 281.3º del Texto Refundido de la Ley Concursal,

[616] Vid. STS núm. 472/2013, 16 de julio (Recurso 934/2011).

[617] BERMEJO, N. "*El apoyo público a la solvencia empresarial y el privilegio del crédito público*". Anuario de Derecho Concursal, nº 52. Enero-Abril 2021.

serían clasificables concursalmente como subordinados, sin perjuicio de que pudiera hacerse efectivo su cobro a través del procedimiento administrativo de apremio.

Por otro lado, en lo que se refiere a los dividendos, se ha suscitado la cuestión del momento a partir del cual el Fondo podría hacer efectiva dicha prelación legal[618]. El Acuerdo de Consejo de Ministros, en su punto 6.1 establece que hasta el reembolso definitivo del apoyo público temporal recibido con cargo al FASEE para reforzar su solvencia, el beneficiario estará sujeto a determinadas restricciones, con las adaptaciones que pudiera introducir ulteriormente el Marco Temporal, y añade "*debiendo adoptar los acuerdos sociales o, en su caso, las modificaciones estatutarias que aseguren debidamente su puntual cumplimiento*", citando expresamente en su apartado e) la prohibición de distribución de dividendos, abonar cupones no obligatorios o adquirir participaciones propias, salvo las de titularidad estatal por cuenta del FASEE. Tales limitaciones, extremadamente gravosas en términos de coste de la financiación para las empresas afectadas, operan a modo de incentivos para la salida del Estado de la sociedad, dados los efectos distorsionadores máximos que produce esta medida en la competencia. Se trata de una limitación que figura también en el Marco Temporal[619], respecto a la cual no se admiten excepciones basadas en la normativa nacional. De hecho, en este caso concreto, se prevé específicamente en la Decisión de la Comisión y en el Acuerdo de Consejo de Ministros que, si fuera necesario, se hagan las modificaciones estatutarias necesarias para hacer efectivo su cumplimiento, pudiendo incluso exigir prueba de ello con anterioridad a cualquier desembolso[620]. Por este motivo, no parece a priori factible oponer la posible preferencia al cobro de los acreedores sobre los activos de la sociedad como excepción a la prohibición, pues ello podría considerase como el incumplimiento de una de las condiciones de concesión de la ayuda de Estado. Tampoco parece posible argumentar el posible carácter subordinado de dicho crédito por considerar al Estado -en cuanto socio- como persona especialmente relacionada con el concursado, en aplicación de los artículos 281.1.5º y 283, pues ello supondría un resultado contrario al establecido

[618] Sobre esta cuestión, BERMEJO (vid. Op.cit) apunta a que ello sólo podría tener lugar una vez que la Junta General ha aprobado el acuerdo de distribución de beneficios, pero sin que dicha prelación pudiera oponerse frente a los acreedores sobre el patrimonio de la sociedad.

[619] Punto 77 del MT: *Mientras las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 no hayan sido amortizadas íntegramente, los beneficiarios no pueden ni distribuir dividendos, ni efectuar pagos de cupones no obligatorios, ni recomprar acciones, salvo en relación con el Estado.*

[620] SA.57659(2020/N): *The Spanish authorities explain that proof of such amendments will be provided before the disbursement of any aid amount.*

en el Marco Temporal, que impone la prelación de cobro a favor del Estado como resultado (en la práctica) de la prohibición de distribución de dividendos. En este contexto, debe resaltarse que todo órgano jurisdiccional debe velar por la aplicación de las normas comunitarias pertinentes en el ámbito de las ayudas estatales y a la jurisprudencia de los tribunales comunitarios[621], de modo que el juez del concurso habría de velar por su cumplimiento.

Asimismo, debe mencionarse la prelación específica que recoge la Decisión de la Comisión en relación con los préstamos participativos, los cuales, según su punto 18) a) tendrán prioridad de pago frente a los titulares de participaciones/acciones tanto en un escenario de empresa en funcionamiento como en sede de liquidación, resultando de aplicación tanto al FASEE como al FONREC [622] . Esta regla supone también el establecimiento de una regla especial, si bien, desde el punto vista de nuestra normativa concursal, gozarían ya de prelación los préstamos participativos (citados en el artículo 281.2º TRLC) sobre los créditos titularidad de las personas especialmente relacionadas con el concursado, como serían los socios/accionistas de la sociedad (artículo 281.1. 5º y artículo 283 TRLC).

Como créditos de derecho público, los créditos derivados de las operaciones de financiación del FASEE podrían beneficiarse del reconocimiento forzoso, a efectos de lo previsto en el artículo 260, previa expedición de la correspondiente certificación administrativa. Por otro lado, como especialidades en sede de concurso, de acuerdo con el artículo 317.2, la propuesta de convenio no podrá contener proposiciones adicionales, que sí podrán ser admisibles para todos o algunos acreedores o para determinadas clases de acreedores. En segundo lugar, únicamente podrá admitirse como contenido respecto a dichos créditos, quitas o esperas (no superiores a diez años, ex artículo 317 TRLC), pero no podrá suponer ninguno de los contenidos previstos en el número 2 del artículo 318 ("*el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones*

[621] Vid. Punto 89 de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2009/C 85/01), que prevé incluso la posible solicitud de un dictamen cuando se susciten dudas sobre la aplicación de la normativa y jurisprudencia comunitaria en cuestión.

[622] *Participating loans enjoy seniority of repayment over equity in going and gone concern. Participating loans are considered as part of the issuer equity for corporate law purposes, for instance in cases of share capital reduction.*

sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario").

La consideración de los créditos del FASEE como créditos de derecho público suscita problemas específicos en sede de la afectación en planes de reestructuración prevista en los artículos 616 y 616 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal. Estos problemas derivan esencialmente del hecho de que dichos preceptos parecen haber sido concebidos, en su dicción literal, a una categoría específica de créditos de derecho público, los créditos tributarios y de Seguridad Social. En efecto, de un lado, para su afectación al plan de reestructuración, se exige que el deudor se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la presentación en el juzgado de las correspondientes certificaciones emitidas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social. En segundo lugar, se dispone que los créditos no pueden tener una antigüedad inferior a dos años, computados desde la fecha de su devengo de acuerdo con la normativa tributaria y de la Seguridad Social hasta la fecha de presentación en el juzgado de la comunicación de apertura de negociaciones. Ninguno de estos requisitos parece acomodarse a la naturaleza de los créditos derivados de operaciones realizadas con cargo al FASEE, lo que da lugar al interrogante, no menor, de si resultan o no exigibles para que dichos créditos puedan quedar afectados por el plan. La cuestión, insistimos, no es baladí, ya que la afectación de créditos de derecho público [623] sin cumplir el requisito de estar al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y se seguridad social es causa de impugnación del plan de reestructuración, de acuerdo con los artículos 654 y 655.

A ello, se añade que, de ser afectados como créditos de derecho público, no podrán aplicarse a dichos créditos (y no cabrá arrastre) los efectos previstos en el artículo 616 bis, esto es: *"la reducción de su importe; el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el originario*". Y, además, los créditos de derecho público afectados conforme al plan han de ser íntegramente satisfechos en los plazos previstos en dicho precepto, como máximo

[623] Se analizará con más detalle en otro lugar, pero conviene dejarlo aquí ya apuntado.

de dieciocho meses desde la fecha de comunicación de la apertura de negociaciones. En los créditos derivados de operaciones realizadas con cargo al FASEE la aplicación de esta previsión normativa va a suponer, con toda probabilidad, un vencimiento anticipado de las operaciones incompatible con la finalidad del plan de reestructuración, efecto indeseado que solo se explica si se parte de la consideración de que estamos ante un precepto que está desde luego concebido para una categoría específica de créditos de derecho público, esto es, créditos tributarios y de Seguridad social. En aquellos casos en que el deudor que pretenda llevar a término un plan de reestructuración haya recibido apoyo público temporal del FASEE, la problemática se va a plantear con toda su crudeza, sin que a nivel normativo ni jurisprudencial exista a día de hoy una solución que aporte seguridad jurídica a esta cuestión[624].

En el caso del FONREC, sin embargo, no parece tan sencillo sostener su carácter privilegiado, pues no son conceptuados en su normativa específica como ingresos de derecho público y su gestión se atribuye a COFIDES, sociedad mercantil estatal que se encuentra sometida íntegramente a derecho privado, siendo los créditos derivados de sus operaciones conceptuados habitualmente como créditos financieros, no como créditos de derecho público. De hecho, en la práctica judicial existe un precedente en que se ha clasificado el crédito como subordinado, por tratarse de un crédito participativo (Caso García Faura) [625], si bien ha sido objeto de impugnación por lo que esta clasificación puede verse modificada por la decisión judicial que se adopte.

Finalmente, debe abordarse igualmente la confluencia entre la financiación pública avalada ICO COVID-19 y la financiación del FASEE. En este caso, la aplicación de la obligación de compartición de garantías en operaciones financiadas a través del FASEE o del FONREC, cuando se trate de empresas que tienen financiación avalada por alguna de las Líneas ICO Avales, se ha establecido que ICO ha de autorizar de forma expresa y puntual cada caso, previa solicitud de la entidad, a cuyo efecto se examinará la afectación de nuevas garantías, adicionales a las otorgadas en la deuda avalada por ICO, que faciliten la financiación adicional a la empresa avalada por alguno de los instrumentos públicos estatales. En un escenario concursal, la financiación pública avalada se rige por lo establecido en el artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2021 y demás normativa de

[624] A la fecha de cierre de este trabajo, se tiene constancia de un plan de reestructuración presentado por un deudor que suscita precisamente esta cuestión, sin que se haya producido todavía su homologación: https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-08-08/sepi-losan-reestructuraciones-concurso_3938841/ .
[625] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona de 13 de mayo de 2024.

desarrollo, tal y como proclama la Disposición Adicional Octava de la Ley 16/2022, de Reforma de la Ley Concursal, de modo que la misma tendrá la consideración de pasivo financiero y deberá ser clasificado como ordinario, salvo que cuente con garantía real, en cuyo caso será privilegiado especial. En este punto, la problemática puede surgir por razón de la prelación que se atribuye al Estado en la financiación del FASEE y la posición de la financiación pública avalada en el concurso. El artículo 10.3 de la Ley General Presupuestaria se ocupa de la coordinación en procedimientos concursales de entidades públicas, indicando que reglamentariamente han de establecerse los procedimientos para asegurar la adecuada coordinación en los procedimientos concursales en que concurran créditos de la Hacienda Pública estatal con créditos de la Seguridad Social y del resto de las entidades que integran el sector público Estatal, y en aquellos procedimientos concursales en los que se concurra con procedimientos judiciales o administrativos de ejecución singular correspondientes a las referidas entidades.

En desarrollo de esta norma, la Disposición adicional segunda del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, ha establecido los criterios de coordinación, en concreto, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria con la Tesorería General de la Seguridad Social en procesos concursales, previendo el intercambio de información, circunstancias y datos relativos a dichos procesos que consideren relevantes. A estos efectos, se prevé la posible adopción de criterios comunes, relativos, entre otros aspectos, a la suscripción de acuerdos o convenios, sobre la base de los principios de colaboración y cooperación. Estos principios serán, por tanto, presumiblemente los que hayan de presidir igualmente las relaciones entre las entidades públicas implicadas la gestión de los concursos en que concurra financiación pública avalada y la financiación del FASEE (AEAT, Ministerio de Economía, Comercio y Empresa, ICO, Ministerio de Hacienda), sin perjuicio de la posibilidad de que se formalice un convenio entre ellas para facilitar en su caso el intercambio de información y la fijación de criterios de coordinación, en su caso.

Por último, se ha suscitado igualmente si esta medida puede considerarse Ayudas de Salvamento, de las previstas en las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis, sobre todo por razón de la aplicación en este último caso del principio de ayuda única "*one time-last time*". No son identificables, habida cuenta que la base para la adopción de las medidas del Marco Temporal es artículo 107, apartado 3, letra b), mientras que las Directrices sobre ayudas

estatales de salvamento tienen su base legal en el artículo 107, apartado 3, letra c). Así parece confirmarlo el punto 85 del Marco Temporal, que dispone que en caso de que, transcurridos seis años desde la recapitalización en el contexto de la COVID-19, la intervención del Estado no se haya reducido a menos del 15 % del capital del beneficiario, deberá notificarse a la Comisión para su aprobación un plan de reestructuración con arreglo a las Directrices de salvamento y reestructuración, previendo que la Comisión evalúe si las medidas previstas en el plan de reestructuración garantizan la viabilidad del beneficiario —teniendo también en cuenta los objetivos de la UE y las obligaciones nacionales relacionados con la transformación ecológica y digital— y la salida del Estado sin afectar negativamente al comercio en una medida contraria al interés común. Ello abona la conclusión de que efectivamente se trata de medidas con una base jurídica diferente y que son independientes, aunque presenten finalidades de naturaleza similar.

3. Comunicación de inicio de negociaciones y acreedores de derecho público.

La Ley 16/2022 ha modificado íntegramente el Libro II, "*Del Derecho preconcursal*", para acometer la transposición de la Directiva. En primer lugar, debe destacarse como novedad, la introducción de un precepto dedicado al presupuesto subjetivo (artículo 583) en el que tras señalar que "*cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional podrá efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración de conformidad con lo previsto en este Libro*." En el apartado 2, sin embargo, se establecen una serie de exclusiones, por razón de la condición de deudor, añadiendo el apartado 3 expresamente que "*las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público no quedan comprendidas en el presupuesto subjetivo del apartado 1 de este artículo".* De este modo, quedan expresamente excluidos aquellos entes que, a su vez, también quedan fuera del presupuesto subjetivo del concurso en el artículo 1.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

El artículo 586, en lo relativo al contenido de la comunicación, prevé, en su apartado 10º que, "*en el caso de que se pretenda que el plan de reestructuración afecte al crédito público, la acreditación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social mediante la presentación por el*

deudor en el juzgado de los correspondientes certificados emitidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, o la declaración del deudor de que no se encuentra en dicha situación." De hecho, la importancia de este requisito es tal que su incumplimiento habilitará a los acreedores legitimados ex artículo 654-655 a impugnar el auto de homologación por este solo motivo.

El artículo 600 fija como norma general la prohibición legal de iniciación de ejecuciones, indicando que hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales en las que se solicite el embargo de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. El artículo 601, por su parte, complementa dicha prohibición general con la suspensión ope legis de las ejecuciones que se encontraran en tramitación desde el momento en que se reciba la resolución del juzgado teniendo por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores.

Si bien potencialmente el procedimiento de reestructuración puede afectar a todo tipo de créditos, sí pudiera haber cierto margen de apreciación en relación a los créditos de derecho público[626]. De hecho, la Directiva (Considerando 33) admite que los Estados miembros puedan establecer presunciones refutables de la existencia de motivos de denegación de la suspensión, citando a este respecto "*un impago importante con respecto a las administraciones tributarias o de seguridad social*". Es harto discutible que esta mención pueda justificar una exclusión general. Es verdad que la propia Directiva reconoce a los Estados miembros margen para rechazar la moratoria, con carácter general, sobre la base de una presunción iuris tantum de que en tales supuestos el deudor ya no se encuentra en una mera "*probabilidad de insolvencia*" (*likelihood of insolvency*) sino en insolvencia actual (manifestada en el impago de créditos públicos), de modo que en puridad, más que acudir a una reestructuración, debería instar un procedimiento formal de insolvencia conforme a su derecho nacional. Pero la amplitud de nuestro presupuesto objetivo en sede de reestructuración, que abarca la probabilidad de insolvencia, la insolvencia inminente y la insolvencia actual, no encaja completamente con este razonamiento. Esta es una cuestión que no resuelve de forma clara la Directiva, porque si

[626] En este sentido se pronuncia el IMF WORKING PAPER (WP/21/152) "*Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive"*, de José Garrido, Chanda DeLong, Amira Rasekh y Anjum Rosha. Mayo 2021, Pág. 17.

el impago no fuese "*importante*", cabe plantearse si estaría justificada la suspensión ope legis de las ejecuciones de acreedores públicos. Y, por otro lado, si nuestro legislador nacional ha entendido que la existencia de una insolvencia actual (incluso aquella en la que concurra "*un impago importante con respecto a las administraciones tributarias o de seguridad social")* permite acudir a la reestructuración, bien pudiera haberse establecido la suspensión automática también respecto a procedimientos de ejecución instados por acreedores públicos, por elementales razones de coherencia.

A este respecto, se ha indicado que una de las razones precisamente de esta ambigüedad de la Directiva es precisamente la escasa experiencia de determinados Estados miembros (entre los cuales se encuentra España) en relación con la participación de acreedores de derecho público en negociaciones informales (colectivas) entre acreedores y deudores. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la Directiva, dada la base normativa utilizada para su aprobación, no puede modificar el régimen de recaudación de los créditos de derecho público y de seguridad social, de modo que esta opción abierta permitiría a algunos Estados miembros la introducción de un procedimiento de restructuración que cumpliera con los requerimientos de la Directiva sin colisionar con su derecho interno. Sin embargo, como han puesto de manifiesto en ocasiones diversos organismos internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional), ello podría reducir la utilidad de estos instrumentos de reestructuración, sobre todo en aquellos casos en que la cantidad adeudada a acreedores públicos es relevante.

A la luz de lo anteriormente expuesto, cabían, en un plano teórico, al menos tres opciones: en primer lugar, incluir el crédito público como crédito afectado por los planes de reestructuración, con los efectos inherentes a tal afectación, en un plano de igualdad (*pari passu)* con los acreedores privados, siendo la distinción fundamental, por tanto, a estos efectos, si están o no garantizados; en segundo lugar, excluir los créditos de derecho público de los planes de reestructuración, de modo que quedarían indemnes frente a las medidas adoptadas en dichos planes, si bien podrían acordarse singularmente aplazamientos y fraccionamientos en un plano bilateral con tales acreedores públicos; y una posición ecléctica, consistente en que el crédito público pudiera quedar afectado, con limitaciones, como parece acoger expresamente la Directiva, en aplicación del *best interest creditor´s test*, ya que cuando tales créditos tengan un estatuto privilegiado, podrán igualmente no afectarles las quitas (totales o parciales), pero sí el resto de las condiciones que se acuerden de forma colectiva.

En este punto, el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto, de 14 de diciembre de 2021, formuló una observación de carácter esencial. En concreto, analizó la exclusión a la luz del artículo 6.4 de la Directiva, que permite a los Estados miembros excluir determinados créditos o categorías de créditos del ámbito de aplicación de la suspensión de ejecuciones singulares, pero indicando que ha de hacerse "*en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando: no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa; o la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos."*

El Consejo de Estado consideró que la exclusión no había sido debidamente justificada en la Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto, por lo que entendió que debía ser o bien eliminada o ajustada a las exigencias del artículo 6.4. Así, el actual artículo 605, en su párrafo primero, referido a la exclusión de los acreedores de derecho público, ha sido modificado en su redacción inicial, precisando ahora que "*Lo dispuesto en esta sección no será de aplicación a los procedimientos de ejecución de los acreedores públicos, al tratarse de una categoría de acreedores que no se verá afectada por la suspensión de ejecuciones singulares*."

En la Exposición de Motivos, a los efectos de dar cumplimiento a dicha observación del Consejo de Estado, se añade una justificación, explicando que cumple con la previsión contenida en el artículo 6.4 de la Directiva, ya que, declara que la misma "*no pone en peligro la reestructuración de la empresa, en la medida en que la regulación específica en derecho Tributario como en Seguridad Social cuentan con mecanismos de reestructuración de la deuda de empresas en el presupuesto del libro segundo, como el aplazamiento y el fraccionamiento de deuda, lo que además resulta coherente con la naturaleza de la regulación sectorial, en la medida que en el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, la presentación de la solicitud de aplazamiento no suspende el procedimiento recaudatorio, lo que no ha impedido la reestructuración y flexibilización de las condiciones de regularización de la deuda de las empresas, en ejercicio de las facultades de autotutela de la Administración Tributaria y de Seguridad Social."*

Vemos que la norma implementa la excepción del artículo 6.4 de la Directiva basada en que no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa. Como ha destacado la doctrina, las dos excepciones previstas en el artículo 6.4

citado son similares a los criterios que habilitan para levantar la suspensión de ejecuciones en el *US Bankruptcy Code* (Section 362(d))[627]. En el supuesto ahora comentado, el US *Bankruptcy Code* hace referencia al levantamiento de la suspensión de la ejecución que se sigue frente a una determinada propiedad si el deudor no es titular ni tiene participación en dicha propiedad y la misma no es necesaria para una reorganización efectiva.

Sin embargo, el lenguaje en este caso no es completamente idéntico, pues el artículo 6.4 de la Directiva hace referencia no a la propiedad, sino al crédito titulado por el acreedor (o incluso a una categoría de créditos) para determinar si la excepción ha de ser establecida o no por el Estado miembro. De este modo, si se observa el crédito titulado por el acreedor, ello nos proporcionará escasa información en relación con el impacto que pueda tener la ejecución en la reestructuración, a no ser que, al tiempo, se tenga en cuenta el activo o activos sobre los que se va a hacer efectiva dicha ejecución. Es precisamente esa eliminación del activo concreto el que en su caso tendrá un impacto negativo (o no) sobre la capacidad del deudor para acometer la reestructuración del negocio.

Por ello, se concluye que la excepción del artículo 6.4 de la Directiva debería tomar en consideración el activo o activos sobre los cuales se va a ejecutar el crédito, no el crédito en sí. De hecho, se ha señalado que carece de sentido pensar en la aplicación de esta excepción para una categoría de acreedores en general o incluso respecto a acreedores privilegiados que pueden ejecutar sus créditos sobre la generalidad de los activos del deudor[628].

Finalmente, en el artículo 605 se ha optado por excluir los créditos de Derecho Público de los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores contemplados en el Capítulo II del Título II, en concreto, respecto a los efectos que dicha comunicación produce sobre acciones y procedimientos ejecutivos[629]. Así las cosas, se

[627] PAULUS/DAMMANN: "*European Preventive Restructuring*". Hart/Beck/Nomos. 2021. Pág.112.
[628] PAULUS/DAMMANN, op.cit. Pág. 113. De hecho, señala que cuando la Directiva habla de categorías de créditos lo hace en relación a los acreedores que pueden ejecutar sus créditos sobre un mismo bien, como en el caso de bonos garantizados o créditos sindicados.

[629] En el Anteproyecto de la Ley de Reforma se había incluido en su momento una previsión similar a la anteriormente contemplada en el artículo 592 del Texto Refundido de la Ley Concursal, pero en el Proyecto de Ley se modificó la redacción, justificando la exclusión de los acreedores públicos de la regla general suspensión de ejecuciones singulares. El régimen previsto tras las enmiendas formuladas en el Congreso prevé un régimen general de no afectación de los acreedores por la suspensión, basado según la Exposición de Motivos en la cobertura ofrecida por el artículo 6.3 de la Directiva 2019/1023 y sus Considerandos 33, 34 y 44, unido a una suspensión de carácter especial. Ello sobre la premisa de que los aplazamientos y fraccionamientos previstos en la normativa tributaria y de Seguridad Social ofrecen unos mecanismos de reestructuración equivalentes a los contemplados en la Directiva.

aprecia cierta incoherencia en el régimen de los efectos de la comunicación si examinamos el previsto para las clases de acreedores en los planes de reestructuración, por cuanto que el artículo 616 sí permite afectar a los créditos de derecho público (con limitaciones), y, a pesar de esta circunstancia, los acreedores públicos no van a verse afectados por la suspensión (como regla general, sin perjuicio del régimen especial que veremos), pudiendo, por tanto, durante la fase de negociaciones, iniciar o continuar cualesquiera ejecuciones dirigidas contra bienes integrantes del patrimonio del deudor, minorando el activo disponible para la reestructuración. Ello exigirá, a nuestro juicio, una especial diligencia por parte del deudor respecto al cumplimiento de dichas obligaciones tributarias y de seguridad social, a los efectos de solicitar y obtener aplazamientos/fraccionamientos de forma tempestiva, sin incurrir en impagos, pues la existencia de deudas en período ejecutivo podría llegar a poner en peligro la reestructuración, al ser susceptible de privar al deudor de liquidez para culminarla con éxito[630].

Ahora bien: como consecuencia de una enmienda transaccional en la Comisión del Congreso se introdujo un segundo párrafo en el precepto, desarrollando un régimen especial de suspensión de ejecuciones, pretendiendo atender a la naturaleza de los créditos de derecho público propiamente dichos.

En primer lugar, se dice que, si la ejecución recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación por el juez que estuviera conociendo del mismo. Es decir: que la suspensión solamente entrará en juego cuando se trate de bienes en los que concurra esta nota de "*necesariedad*", lo que supone que no cabe extender la suspensión a bienes distintos de los expresamente calificables como tales, a diferencia de lo que sucede con respecto a la generalidad de los acreedores.

Además, el carácter necesario o no de los bienes debe determinarse conforme a lo previsto en el artículo 600 del Texto Refundido de la Ley Concursal, pudiendo el resto de los acreedores impugnar dicha calificación a través del recurso de revisión (art. 590.3 TRLC),

[630] A ello se refieren igualmente PAULUS/DAMMANN, op.cit. Pág. 113, indicando precisamente que exceptuar créditos privilegiados de la moratoria que puedan ejecutarse sobre el "*cash"* del deudor puede hacer imposible la reestructuración al privarle del circulante necesario para ello.

con la particularidad de que el plazo para la impugnación comenzará a contarse a partir de la comunicación a la administración, en lugar de la notificación al acreedor de la resolución por la que la autoridad judicial acuerde la suspensión.

Se suscita la duda sobre si dicha suspensión tiene carácter automático y ope legis, o, por el contrario, cabe cierto margen de discrecionalidad por la autoridad judicial que ha de decretarla, por razón de la expresión legal "*podrá*", recogida en el artículo 605. En este punto, ha de recordarse que el artículo 602 hace referencia expresa a que la suspensión puede ordenarse "*cuando resulte necesaria para asegurar el buen fin de las negociaciones*". Puede entenderse que, en definitiva, la suspensión debería ser automática, pues en caso contrario el régimen especial pudiera quedar desvirtuado en su aplicación práctica. En todo caso, la suspensión, en caso de que la ejecución sea judicial, se producirá cuando se reciba del juzgado la resolución teniendo por realizada la comunicación (ex art. 601 TRLC) y si la ejecución es extrajudicial debería ordenarse por la autoridad judicial ante el que se presentó la misma (ex art. 603 TRLC)[631]. Este último supuesto será lo habitual, pues, como es sabido, lo característico de los créditos de derecho público (en sentido estricto) es precisamente el privilegio de autotutela declarativa y ejecutiva, pudiendo la Administración acudir al procedimiento administrativo de apremio para ejecutar sus créditos, quedando excluidos los créditos de derecho privado, que se sujetan para su ejecución a procedimientos de esta naturaleza (ex artículo 19 LGP).

Asimismo, se prevén también especialidades en cuanto al momento en que tiene lugar la suspensión, pues ésta se produce en la fase de realización o enajenación del bien o derecho, esto es, en cualquier momento, pudiendo continuar tras la comunicación del inicio de negociaciones hasta la realización del bien a través de subasta, concurso o adjudicación directa, admitiendo por tanto el embargo de los bienes. Finalmente, en cuanto a su duración, el plazo de suspensión no admite prórroga y finalizará transcurridos tres meses desde la comunicación, no requiriendo resolución judicial ni actuación alguna del letrado de la Administración de Justicia.

El régimen de suspensión de ejecuciones de créditos de derecho público previsto por el legislador nacional ha pretendido, de forma un tanto timorata, acoger, tras una regla

[631] Vid. CABANAS TREJO, R.: "Comentario al artículo 605 del Texto Refundido de la Ley Concursal", en Comentario a la Ley Concursal, 3ª edición, Tomo II. Dir. PULGAR EZQUERRA, J. Págs. 939-942.

general prohibitiva, la posibilidad de acordar la suspensión, con importantes diferencias respecto al resto de acreedores, rompiendo la regla de que la suspensión ha de poder producirse respecto de la totalidad de los acreedores que van a verse afectados por el plan de reestructuración (vid. artículo 606 TRLC). En este caso, la redacción aprobada sí permite la afectación de acreedores de derecho público, con importantes limitaciones, como veremos. Es verdad que puede considerarse que, en la medida en que legalmente existen limitaciones en la afectación, también debieran considerarse justificadas ciertas especialidades en sede de suspensión de ejecuciones, manteniendo así la coherencia del sistema. Ahora bien: no puede perderse de vista que la suspensión automática de ejecuciones singulares derivada de la comunicación está al servicio de las negociaciones con los acreedores y de la propia reestructuración. Cualquier excepción a esta finalidad ha de ser necesariamente objeto de interpretación restrictiva, teniendo presente que en ningún caso debe poner en riesgo el buen fin de la propia reestructuración.

4. Planes de reestructuración y acreedores públicos.

4.1. El perímetro de afectación y formación de clases.

El artículo 616.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal se ocupa de los créditos afectados, acogiendo un concepto normativo de "*afectación",* a saber: *la modificación de sus términos y condiciones, en particular, la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o intereses, conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales, o en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito, el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito*. Debe reseñarse que el artículo 616 establece, como se deduce de su tenor literal, una relación *ad exemplum*, meramente ejemplificativa y no exhaustiva, de la "*reestructuración"* que es susceptible de imponerse sobre los créditos afectados.

No obstante, respecto de los créditos de derecho público, el artículo 616.2 y el 616 bis establecen importantes limitaciones en cuanto a éstos. Se dispone que los créditos de derecho público podrán ser afectados, exclusivamente en la forma prevista en el artículo 616 bis, y únicamente cuando concurran los siguientes requisitos:

1.º Que el deudor acredite, tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones, como en el momento de solicitud de homologación judicial del plan, que se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la presentación en el juzgado de los correspondientes certificados emitidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social;

2.º Que los créditos tengan una antigüedad inferior a dos años, computados desde la fecha de su devengo[632] de acuerdo con la normativa tributaria y de la Seguridad Social hasta la fecha de presentación en el juzgado de la comunicación de apertura de negociaciones.

En relación con el primer requisito, debe resaltarse la importante diferencia de trato que se produce respecto de los acreedores privados, pues lo que se está exigiendo, para que dichos créditos públicos queden afectados, es que se hayan satisfecho de forma preferente éstos frente a los privados, con independencia de su clasificación. En este escenario nos encontraríamos ante una insolvencia actual *sui generis*, la cual no podría admitirse como presupuesto objetivo de la reestructuración respecto a acreedores públicos, pero sí respecto a acreedores privados. Esta diferencia no concuerda con los términos del artículo 584, que admite como presupuesto objetivo del preconcurso la probabilidad de insolvencia, la insolvencia inminente y la actual. Es cierto que el Considerando 33 de la Directiva parece establecer (cuando menos implícitamente) una clara diferenciación entre el presupuesto objetivo de los marcos de reestructuración y de los procedimientos formales de insolvencia, posibilitando el establecimiento de presunciones refutables de denegación de la suspensión cuando tenga lugar *el impago importante con respecto a los trabajadores o a las administraciones tributarias o de seguridad social*, asimilando sus

[632] Recuérdese que, en los créditos tributarios, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley General Tributaria se define el devengo como "*el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal."* En este sentido, comoquiera que ello no coincide con la fecha del pago, deben distinguirse claramente, en primer lugar, el devengo, que determina, como se ha indicado, el nacimiento de la obligación tributaria, y el momento en que la cuota tributaria es exigible, cuando ya se ha determinado la cuota a ingresar, puesto que el devengo puede haber tenido lugar en un momento muy anterior a aquél en que deba efectuarse el pago. Ello ha dado lugar a una problemática especial en cuanto a la distinción entre créditos concursales y contra masa, siendo el devengo el criterio generalmente seguido para determinar su carácter, por ser el momento en que en puridad tiene lugar el nacimiento de la obligación tributaria. Su importancia se refleja en el artículo 586 del Proyecto de Reforma, que exige preceptivamente, como parte del contenido de la comunicación, en el caso de los créditos de derecho público, que se haga constar la fecha de devengo de los mismos.

consecuencias jurídicas a las derivadas del supuesto en que el deudor *adopta un comportamiento típico de alguien que no puede pagar las deudas vencidas,* presupuestos éstos típicos de un procedimiento formal de insolvencia. Pero también debe señalarse que hay un amplio espectro, a efectos de la delimitación del presupuesto objetivo del preconcurso respecto a acreedores públicos, entre el impago "*importante"* a las administraciones tributarias o de seguridad social y el requisito de estar al corriente del pago de tales obligaciones.

En lo que se refiere al certificado de encontrarse al corriente de obligaciones tributarias el artículo 74 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, señala que para su emisión el obligado tributario estará al corriente cuando concurran los siguientes requisitos:

- Estar dado de alta en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores, cuando se trate de personas o entidades obligados a estar en dicho censo, y estar dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, cuando se trate de sujetos pasivos no exentos dicho impuesto.
- Haber presentado las autoliquidaciones que correspondan por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
- Haber presentado las autoliquidaciones y la declaración resumen anual correspondiente a las obligaciones tributarias de realizar pagos a cuenta.
- Haber presentado las autoliquidaciones, la declaración resumen anual y, en su caso, las declaraciones recapitulativas de operaciones intracomunitarias del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Haber presentado las declaraciones y autoliquidaciones correspondientes a los tributos locales.
- Haber presentado las declaraciones exigidas con carácter general en cumplimiento de la obligación de suministro de información reguladas en los artículos 93 y 94 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- No mantener con la Administración tributaria expedidora del certificado deudas o sanciones tributarias en período ejecutivo, salvo que se trate de deudas o

sanciones tributarias que se encuentren aplazadas, fraccionadas o cuya ejecución estuviese suspendida.

- No tener pendientes de ingreso multas ni responsabilidades civiles derivadas de delito contra la Hacienda pública declaradas por sentencia firme.

Las circunstancias indicadas en los párrafos b) a e), ambos inclusive, del artículo 74 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, se referirán a autoliquidaciones o declaraciones cuyo plazo de presentación hubiese vencido en los 12 meses precedentes a los dos meses inmediatamente anteriores a la fecha de la certificación.

Nos interesan a estos efectos las deudas y sanciones tributarias que pudieran encontrarse aplazadas, fraccionadas o cuya ejecución estuviese suspendida, por cuanto que, junto a los créditos tributarios que se encuentren en período voluntario, constituyen los créditos que son susceptibles de quedar afectados por el plan de reestructuración. El artículo 65 de la Ley General Tributaria precisa que pueden ser objeto de aplazamiento y fraccionamiento las deudas tributarias que se encuentren en período voluntario o ejecutivo en los términos que se fijen reglamentariamente y previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos[633]. En consecuencia, la mera existencia de deudas y sanciones pendientes de pago no es obstáculo para la emisión de un certificado de encontrarse al corriente, siempre y cuando estén en período voluntario, no ejecutivo (aplazadas o suspendidas).

Mención especial merecen los créditos derivados de "*las liquidaciones vinculadas a delito contra la Hacienda Pública reguladas en el Título VI de la Ley 58/2003, de 17 de*

[633] El precepto enumera una serie de deudas tributarias que no podrán ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento: a) Aquellas cuya exacción se realice por medio de efectos timbrados; b) Las correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta. c) En caso de concurso del obligado tributario, las que, de acuerdo con la legislación concursal, tengan la consideración de créditos contra la masa. d) Las resultantes de la ejecución de decisiones de recuperación de ayudas de Estado reguladas en el título VII de esta Ley. e) Las resultantes de la ejecución de resoluciones firmes total o parcialmente desestimatorias dictadas en un recurso o reclamación económico-administrativa o en un recurso contencioso-administrativo que previamente hayan sido objeto de suspensión durante la tramitación de dichos recursos o reclamaciones. f) Las derivadas de tributos que deban ser legalmente repercutidos salvo que se justifique debidamente que las cuotas repercutidas no han sido efectivamente pagadas. g) Las correspondientes a obligaciones tributarias que deba cumplir el obligado a realizar pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades. En consecuencia, a los efectos de poder afectar los créditos tributarios en los términos fijados en el artículo 616 las deudas enumeradas en el artículo 65 de la Ley General Tributaria han de haber sido íntegramente satisfechas, en su caso.

diciembre, General Tributaria, y los créditos por responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y contra la Tesorería General de la Seguridad Social, cualquiera que sea la fecha de la resolución judicial que los declare", créditos éstos que son clasificados íntegramente con de carácter privilegiado general, ex artículo 280.5º del Texto Refundido de la Ley Concursal[634]. Por lo tanto, tales créditos, mientras la sentencia no haya adquirido firmeza, podrán quedar igualmente afectados por el plan de reestructuración. El artículo 250.1 de la Ley General Tributaria prevé que procederá dictar liquidación de los elementos de la obligación tributaria objeto de comprobación, separando en liquidaciones diferentes aquellos que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública y aquellos que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública (con las salvedades previstas en el artículo 251). Debe recordarse que frente a tal liquidación no cabe recurso en vía administrativa, correspondiendo al juez penal su determinación en sentencia, aplicándose, por tanto, el régimen previsto para la responsabilidad civil y multa. Frente a la liquidación que resulte de la regularización de los elementos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito, cabrá interponer los recursos y reclamaciones previstos en la Ley General Tributaria, por lo que dichos créditos podrán quedar igualmente afectados por el fraccionamiento previsto para el plan de reestructuración.

En lo que hace a la responsabilidad civil y multa por delito a la Hacienda Pública, las especialidades derivan de lo establecido en la Disposición adicional décima de la Ley General Tributaria, indicando que "*incluidos sus intereses de demora, junto a la pena de multa, se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio*". La ejecución, de acuerdo con su apartado segundo, tendrá lugar una vez que sea firme la sentencia, si bien cabe la posibilidad de que el juez o tribunal acuerde la ejecución provisional de la sentencia recurrida. En todo caso, cuando se hubiera acordado el fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil o de la multa, conforme al artículo 125 del Código Penal (atendiendo en este caso a las posibilidades económicas del responsable para determinar el período e importes de los plazos), el juzgado o tribunal lo comunicará a la AEAT,

[634] En lo que se refiere a los créditos tributarios, debe tenerse en cuenta lo establecido en el Título VI de la Ley General Tributaria (título añadido por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre) denominado "*Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda pública".* Debe resaltarse que la Disposición adicional segunda de la Ley General Tributaria expresamente dispone que la misma no será de aplicación a los recursos públicos que correspondan a la Tesorería General de la Seguridad Social, que se regirán por su normativa específica.

iniciándose el procedimiento administrativo de apremio en caso de que se incumplan los términos del fraccionamiento. Se prevé que, además, la Administración Tributaria informe al juez o tribunal sentenciador de la tramitación y, en su caso, de los incidentes relativos a la ejecución encomendada. Por lo tanto, el fraccionamiento que se hubiera acordado por el juez penal quedará desplazado por los efectos del plan de reestructuración.

Por su parte, el requisito de estar al corriente de obligaciones de la Seguridad Social exige que el sujeto no tenga pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. En particular, de conformidad con el artículo 31.3 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, la concesión de un aplazamiento de deudas con la Seguridad Social, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en este reglamento y en la resolución que lo conceda, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, la exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social causadas durante aquél, la contratación administrativa y a cualquier otro efecto previsto por ley o en ejecución de ella. Existen, sin embargo, una serie de deudas que no serán aplazables, de acuerdo con el artículo 23.3 de la LGSS, como las cuotas correspondientes a la aportación de los trabajadores y a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. La eficacia de la resolución administrativa de concesión quedará supeditada al ingreso de las que pudieran adeudarse en el plazo máximo de un mes desde su notificación. Asimismo, el apartado 7 de dicho precepto aclara que se considerará incumplido el aplazamiento en el momento en que el beneficiario deje de mantenerse al corriente en el pago de sus obligaciones con la Seguridad Social, con posterioridad a su concesión.

En segundo lugar, el artículo 616 bis prescribe una serie de contenidos que no podrán aplicarse a los créditos de derecho público, al declarar que "*En ningún caso, el plan de reestructuración podrá suponer para los créditos de Derecho público la reducción de su importe; el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión del crédito en acciones o*

participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el originario." El artículo 616 bis, apartado segundo, por su parte, determina que los créditos de derecho público deberán ser íntegramente satisfechos en los siguientes plazos:

- Doce meses a contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración, con carácter general.
- Seis meses a contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración, en el caso de que sobre dichos créditos se hubiese concedido un aplazamiento o fraccionamiento previamente.
- En cualquier caso, todos los créditos de derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en un plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha de comunicación de apertura de negociaciones.

Por contraposición a lo previsto en sede de convenio, no cabe "*reducción de su importe*", esto es, se prohíben específicamente las quitas sobre los créditos de derecho público, dejando margen únicamente para esperas. La base normativa para dicha exclusión puede encontrarse en el Considerando 52 de la Directiva, que se refiere a la prueba del *«interés superior de los acreedores*» , la cual se considera superada cuando ningún acreedor disidente se vea más perjudicado por el plan de reestructuración de lo que se vería en caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación gradual o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, o en el caso de la mejor solución alternativa si no se confirmase el plan de reestructuración. En este sentido, la Directiva permite a los Estados miembros elegir uno de esos dos umbrales al aplicar la prueba del interés superior de los acreedores en la normativa nacional, a cuyo efecto, señala que esta prueba ha de aplicarse, en todo caso, cuando deba confirmarse un plan a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes o, según los casos, categorías de acreedores disidentes. Precisamente como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, "*cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores*"[635].

[635] Sobre la aplicación de la prueba del interés superior de los acreedores a los créditos públicos, PULGAR EZQUERRA ha puesto de manifiesto que ello previsiblemente acabará incrementado la litigiosidad, porque cuando el acreedor público se vea arrastrado, se verá compelido a impugnar la homologación judicial del plan por este motivo, en aras de la mejor defensa del interés general que representa. Por otro lado, también resalta la dificultad de la determinación de la cuota de satisfacción, pues no hay un mercado secundario de

Esta es la filosofía que subyace en la norma de transposición efectuada, pues deja margen para que los Estados miembros puedan excluir quitas totales o parciales cuando los acreedores públicos ostenten un crédito privilegiado que pudiera verse más perjudicado por el plan de reestructuración que en un escenario de liquidación o "*en el caso de la mejor solución alternativa si no se confirmase el plan de reestructuración*"[636].

Pues bien: en sede preconcursal el plan de reestructuración no podrá, con arreglo a dicha norma, imponer quitas sobre el crédito público, ni privilegiado, ordinario o subordinado. Es cuestionable, sin embargo, que tal previsión sea susceptible de ser aplicada en su globalidad a la totalidad de los créditos de derecho público, o si, por el contrario, la norma de transposición debería permitir quitas sobre los créditos ordinarios y subordinados, en la medida en que, en puridad, la Directiva sólo hace referencia a los créditos que tengan un "*estatuto privilegiado"* conforme a su normativa nacional, y los créditos ordinarios y subordinados carecen de tal cualidad. A nuestro entender, el legislador debiera haber limitado su aplicación a la parte privilegiada del crédito, sin que esta discriminación sea ajena a nuestro sistema, pues en sede de convenio el derecho de abstención únicamente se predica en puridad de la parte privilegiada, sin que se extienda al crédito ordinario y subordinado, como se expondrá posteriormente.

Nótese, en todo caso, el cambio de paradigma que ha supuesto respecto de estos créditos la (al menos potencial) afectación por el plan de reestructuración, habida cuenta de que, en los ya derogados acuerdos de refinanciación, dichos créditos quedaban en todo caso y sin excepción excluidos ex lege (vid. Disposición Adicional 4ª.1 LC). Ello obedecía, como es sabido, a que los acuerdos de refinanciación en la regulación precedente tenían vocación de abarcar la totalidad del pasivo financiero, incluyendo a los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estuvieran sometidos o no

---

créditos públicos que permita, como sucede con el resto de los créditos, valorar la medida en que el acreedor resultaría peor tratado en un escenario de reestructuración que en un escenario de liquidación concursal. PULGAR EZQUERRA, J.: *"Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores*". Revista de Derecho Mercantil 2021, número 322.

[636] Ello hace referencia a que, como los procedimientos preventivos de reestructuración pueden preceder a u procedimiento formal de insolvencia, es posible que aun en el caso de que el plan de reestructuración no sea aprobado, el deudor pueda evitar la liquidación si dentro de tal procedimiento formal de insolvencia existe la opción de que la empresa continúe, bien sea a través de una "liquidación conservativa" o de un convenio. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. "*Article 10*" en PAULUS/DAMMANN "*European Preventive Restructuring",* op.cit. págs. 172-174. FLORES SEGURA, M. "*La prueba del interés superior de los acreedores*", *Revista de Derecho Mercantil* 318, Octubre-Diciembre 2020, págs. 183-196.

a supervisión financiera, lo que dejaba fuera del perímetro de afectación de los acuerdos de refinanciación a los acreedores por créditos laborales, los acreedores comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.

Esta cuestión, como es sabido, viene determinada por la propia Directiva 2019/1023, que, en sus considerandos 44 y 52, admite expresamente la potencial afectación de los créditos tributarios y de Seguridad Social, dado que, de un lado, aun partiendo de su carácter privilegiado, permite que puedan verse afectados solamente en cuanto a las esperas que se acuerden, pudiendo quedar indemnes respecto de las quitas; y, de otro lado, previendo que el interés común en estos casos es el interés público que subyace en ellos. Obviamente, la Directiva 2019/1023 no parece que esté mencionando otros créditos de derecho público que no sean tributarios y de Seguridad Social, como sucede en Derecho español, pues está concebida para categorías de créditos comunes en todos los Estados miembros.

En consecuencia, como se desprende del artículo 616 citado, cualquier pasivo (incluyendo el público) es susceptible de ser afectado, con las especialidades y limitaciones previstas en el precepto. En efecto, los planes de reestructuración pueden potencialmente afectar todos los créditos, pero no necesariamente, ya que determinados créditos o clases de créditos pueden no resultar afectados. Y es que la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal, en línea con lo establecido en la Directiva 2019/1023, permite a los promotores del plan determinar el perímetro de afectación, lo que implica decidir qué créditos van a quedar afectados, al indicar que "*la ley, siguiendo a la Directiva, deja a los interesados que, en función de las necesidades de cada caso y del proceso de negociación decidan si quieren afectar a la totalidad del pasivo o solo a una parte, y la cuantía o identidad de esta*" (Vid. Exposición de Motivos). Existe, empero, una restricción o limitación, referida a la razonabilidad de la decisión, pues el artículo 633.8º del Texto Refundido de la Ley Concursal exige que se fijen en el plan de reestructuración "*las razones de la no afectación"* de créditos excluidos.

El marco de reestructuraciones instaurado por la Ley de Reforma no constituye un procedimiento de carácter universal, sino simplemente colectivo, de forma que la delimitación del perímetro de afectación corresponde al proponente del plan, como ha

establecido recientemente la doctrina jurisprudencial[637]. La configuración del perímetro se erige, en el nuevo derecho de las reestructuraciones, como un elemento crucial, tanto para alcanzar las mayorías necesarias como para arrastrar a los acreedores y clases disidentes a los efectos de lograr la aprobación del plan. De acuerdo con la práctica jurisprudencial, parece claro que la delimitación del perímetro de afectación es susceptible de ser objeto de control judicial, tanto en el trámite previo de confirmación judicial facultativa de clases (arts. 625 y 626 TRLC), como en el trámite de la homologación judicial del plan (art. 638 TRLC). En este punto, existe cierta indefinición legal, pues no se establece un cauce procesal específico o motivo de impugnación autónomo en el que hacer valer una incorrecta delimitación del perímetro de afectación. No obstante, la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 da por sentado que el control judicial es perfectamente posible, cuando explica que "*el control judicial sobre cómo se han agrupado los créditos para formar las distintas clases presupone un control sobre cómo se ha delimitado ese perímetro de afectación y garantiza que responda a criterios objetivos y suficientemente justificados".* Por su parte, la Directiva 2019/1023 no establecía tampoco una norma clara en torno a la vía concreta a través de la cual se podría hacer valer una defectuosa delimitación, limitándose a indicar en su Considerando 46 que *"se debe examinar (…) la selección de acreedores afectados por el plan cuando un plan de reestructuración se presenta para su confirmación*".

Con todo, hay que reconocer que la norma sí fija una serie de pautas al respecto, pues el artículo 633.5º exige que el plan de reestructuración incluya una relación de los acreedores cuyos créditos van a quedar afectados por el plan, así como una relación de "*acreedores o socios que no vayan a quedar afectados por el plan, mencionados individualmente o descritos por clases, así como las razones de la no afectación"* (8º). La vía, por tanto, "*natural"* para hacer valer una incorrecta o arbitraria delimitación del perímetro parece ser la defectuosa formación de clases (art. 654.2 TRLC), pues la

[637] Vid. la Sentencia núm. 131/2024, de 23 de abril, de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en el "Caso Torrejón Salud" en la que se indicaba *"Debemos puntualizar que el plan de reestructuración no es un instrumento que deba afectar universalmente a todos los acreedores. La definición del perímetro del plan de reestructuración es una facultad discrecional de los proponentes del plan. La selección de los acreedores afectados por el plan de reestructuración, con la consiguiente exclusión del resto, es un mecanismo expresamente contemplado en el Texto Refundido de la Ley Concursal (art. 633.5ª y 7ª TRLC)."*

configuración del perímetro de afectación constituye un prius lógico de la misma, si bien se ha puesto de manifiesto la inadecuación del cauce procesal específico para la confirmación de clases de los artículos 625 y 626 del texto legal[638]. La Sentencia de la Audiencia Provincial de 10 de abril de 2023[639] fue la primera resolución que examinó la

[638] VALENCIA GARCÍA, F. y YUSTE BONILLO, A.: "*Reflexiones sobre la configuración del perímetro de afectación y su control judicial",* en *Análisis práctico de cuestiones relevantes en el derecho de reestructuraciones español*, Cuatrecasas, Junio de 2024. Estos autores sistematizan las cuatro principales posiciones que se han venido manteniendo en doctrina y jurisprudencia en relación con el alcance del control judicial del perímetro de afectación en la homologación de planes de reestructuración:

- Libertad del deudor en la determinación el perímetro: es la tesis sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid en el Caso Torrejón Salud, al señalar que "*Los créditos (…) están fuera del perímetro de afectación del plan de reestructuración, por lo que no pueden utilizarse como referencia para analizar el requisito del trato paritario. A tales efectos, tampoco pueden utilizarse el resto de los créditos no afectados por el plan de reestructuración."* Esta postura puede dar lugar a situaciones de fraude de ley, pudiendo además colisionar con el principio de paridad de trato.
- Control judicial a través de los principios generales del derecho: supone la aplicación de las cláusulas del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en conexión con los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil. Sin embargo, como señalan los autores citados, son remedios subsidiarios y extraordinarios, lo que limita su posible utilización en la práctica procesal.
- Control judicial mediante la regla de la no discriminación de acreedores del mismo rango: entre otros inconvenientes, suscita uno relevante, que cualquier crédito que no quedara afectado por el plan recibe por definición un mejor trato que los afectados, por lo que siempre que hubiese créditos fuera del perímetro de afectación su impugnación podría encauzarse a través de la infracción del principio de paridad de trato. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del Caso Torrejón Salud señaló a este respecto que "*El hecho de que el plan de reestructuración considere afectos determinados créditos y excluya otros supone en sí mismo un trato diferenciado. Sin embargo, ese trato diferenciado es aceptado por la Ley como mecanismo dotado de flexibilidad para la consecución de los objetivos del plan".*
- Control judicial de la correcta formación de las clases: Esta es la tesis que los autores consideran más correcta. Ha sido acogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial del Caso Xeldist, al indicar que el control judicial de la conformación de clases "presupone un control sobre cómo se ha delimitado el perímetro de afectación y garantiza que responda a criterios objetivos y suficientemente justificados". En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Valencia en el Caso Das Photonics: "*la correcta formación del perímetro es la premisa o presupuesto previo para una correcta formación de las clases".*
-

[639] Vid. al respecto MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F.J. "Sobre la impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración no consensual (Comentario a la SAP Pontevedra, Sección 1ª, núm.179/2023, de 10 de abril, Caso Xeldist)" en Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones, núm. 10, 2023, págs. 249ss. De acuerdo con el plan de reestructuración, no quedaban afectados y por tanto estaban fuera del perímetro de afectación los créditos inferiores a mil euros, los créditos públicos y los créditos derivados de avales ICO y análogos, los últimos de los cuales fueron precisamente objeto de impugnación.

En lo que respecta al perímetro del plan, la Audiencia Provincial efectúa una serie de consideraciones relevantes, al hilo de la exclusión de un crédito con aval de Aval Madrid y los créditos ICO. En particular, con carácter previo a resolver sobre la procedencia de la exclusión o no de tales créditos del perímetro de afectación, la Audiencia explica la viabilidad del control judicial y el cauce para su impugnación. Sobre ello, la Audiencia entiende que, si bien la delimitación del perímetro de afectación y la formación de clases no son lo mismo, están conectados y sí cabría considerar su inclusión dentro del ámbito de la correcta formación de clases, cuando menos en su sentido negativo. Así, la Audiencia declara que no existe una causa de impugnación que expresamente haga mención del perímetro de afectación en los arts. 654 a 656 del Texto Refundido de la Ley Concursal, pero la referencia del artículo 654.2º del citado texto legal como causa de impugnación a que la formación de las clases de acreedores no se haya producido de conformidad con lo previsto en los capítulos III y IV de este título puede abarcar cuestiones sobre el perímetro de afectación. Así parece deducirse, además, de la mención expresa contenida en el artículo 633.8º, relativa a que han de incluirse tanto los acreedores o socios que no vayan a quedar afectados, como las razones de la

impugnación de la homologación de un plan de reestructuración, en relación con la sociedad *Xeldist Congelados S.L*[640]. Siguiendo dicha doctrina, es factible la impugnación de la delimitación del perímetro de afectación, erigiéndose por tanto su control judicial como un prius respecto a la formación de clases, siendo ello viable cuando haya acreedores disidentes, por parte de acreedores individualmente considerados dentro de una clase como una clase entera disidente (arts. 654.1º y 655.1 TRLC), o cuando los socios no hayan aprobado el plan y este requisito sea necesario (art. 656.1.1ºTRLC). Pueden citarse también las recientes Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia

---

no afectación. Otra opción (no excluyente de la anterior) sería articularlo sobre la causa prevista en el artículo 658.6º, "*la reducción del valor de sus créditos sea manifiestamente mayor que al que resulta necesario para garantizar la viabilidad de la empresa*", entendiendo que de incluirse estos créditos el sacrificio exigido a los incluidos sería inferior, lo que conlleva la acreditación de cierta semejanza entre ellos y la quiebra del test de equidad, esto es, el principio de no discriminación injustificada. Lo que subyace aquí es el principio de que no cabe admitir diferencias de trato no justificadas, de ahí la necesidad de consignar en el plan los motivos de la no afectación y la razonabilidad de la medida.

El perímetro de afectación es la premisa básica para la correcta formación de las clases, señala la Audiencia. Declara asimismo que "*el control sobre cómo se han agrupado los créditos para formar las distintas clases presupone un control sobre cómo se ha delimitado es perímetro de afectación y garantiza que responda a criterios objetivos y suficientemente justificados (…). Por lo que cabe concluir que una correcta formación del perímetro de afectación debe examinarse en el marco de la decisión sobre una correcta formación de clases que, lógicamente, resultaría afectada-al igual que las mayorías para aprobar o no el plan- si se excluyen indebidamente clases de créditos que deberían formar parte del pasivo afectado, al igual que si se incluyen créditos en la formación de clases que deberían haber quedado fuera del perímetro de afectación".* Por lo tanto, la Audiencia sí considera que el control judicial sobre el perímetro de afectación resulta factible, por cuanto que constituye un prius lógico respecto de la impugnación de la formación de clases, siendo, en consecuencia, incluso viable en sede de confirmación judicial facultativa de clases (arts. 625 y 626 TRLC). En este contexto, la Audiencia concluye que "*a pesar de los motivos de impugnación, el plan expone con claridad las razones de la no afectación (art. 633.8º TRLC), las cuales pueden considerarse objetivas y suficientemente justificadas. Que un crédito esté garantizado por un tercero es un criterio objetivo, pues deriva de un hecho perfectamente constatable, ajeno a interpretaciones subjetivas*". En relación con los créditos ICO, justifica la exclusión con base en la novedad de su régimen de afectación, lo que dificultaba su inclusión dentro del perímetro, dada la posible consecuencia del perjuicio del aval para las entidades financieras. Actualmente, sin embargo, no parece que esta razón pueda ser aducida para la no afectación.

En lo que hace a los créditos de derecho público, se justifica la no afectación en que no concurría el requisito legal para ello, relativo a estar al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, lo cual presenta total razonabilidad al basarse literalmente en lo establecido en la Ley (sin perjuicio de que esta opción legislativa haya sido puesta en tela de juicio por la doctrina que se ha ocupado de ello en cuanto a su compatibilidad con la Directiva 2019/1023).

[640] En este caso, se trataba de un plan de reestructuración homologado por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Pontevedra que contemplaba la existencia de una serie de clases: proveedores, proveedor aportante, Frigalsa, Factor Energía, Vinova, Leasings, Arrendadores de Inmuebles y Acreedores financieros. Se establecía el siguiente tratamiento para los créditos afectados ordinarios:
Proveedores: 50% de quita y espera de 6 años o 20% de quita y espera de 5 años.
Proveedor aportante: 0% de quita y espera de 5 años.
Arrendadores: 0% quita y pago inmediato.
Acreedores financieros: 85% de quita y espera de 6 años.

de 27 de marzo de 2024 ("Caso Das Photonics"), la de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de mayo de 2024 ("Caso Pharmex") y la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de julio de 2024 ("Caso Vilaseca"), que han puesto de manifiesto cuán relevante es la correcta configuración del perímetro de afectación[641].

Ha sido habitual excluir el crédito público del perímetro, sobre la base fundamentalmente de dos tipos de justificaciones. De un lado, la más frecuente es el limitado contenido que se puede imponer a tales créditos (vid. art. 616.2 y 616bis TRLC, que examinaremos después), lo que ha sucedido en casos como Vilaseca[642], Das Photonics[643], Tralemsa[644], TDS Ingeniería[645] o Real Murcia CF[646]. Además, en el caso de los créditos de derecho público, la razonabilidad vendría determinada por la norma legal (art. 655.2.5º TRLC), pues para afectarlo es preciso estar al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social (Real Murcia CF), habiéndose aducido esta justificación para la exclusión de los créditos de derecho público del perímetro. Así las cosas, dadas las medidas que pueden adoptarse desde el punto de vista de la normativa específicamente aplicable a dichos créditos, se ha considerado posible que no quedaran afectados, siendo factible (e incluso a veces más favorable) la adopción de medidas administrativas fuera del preconcurso que resultasen eventualmente más efectivas para la reestructuración que las adoptadas en sede preconcursal, lo que justificaría la no afectación del crédito público.

En otras ocasiones, también se observa que se justifica la exclusión de determinados créditos por considerarlos de derecho público, siendo supuestos éstos que, concursalmente, hasta ahora, no venían siendo clasificados como tales. Este el caso de Move Art Mission[647], en que se dejaron fuera del perímetro los créditos del Instituto Catalá de Finanzas y de la Empresa Nacional de Innovación (ENISA). Por otro lado,

[641] Asimismo, en determinados casos, se han homologado planes de reestructuración que únicamente han afectado a créditos de los socios de la compañía, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de abril de 2024 ("Caso Torrejón Salud") o al socio mayoritario, como la del Juzgado de lo Mercantil nº12 de Madrid, de 18 de septiembre de 2023 ("Caso Aldesa").

[642] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, núm. 479/2023, de 15 de septiembre, y SAP (15º) de Barcelona, núm 701/2024, de 9 de julio.

[643] En este caso, además, se han suscitado dudas sobre la aplicación del principio de paridad de trato en el mismo rango de incluirse los créditos de derecho público en el perímetro. En este caso, además, se justificó en base a acuerdos alcanzados con la administración pública que otorgaban un trato más favorable al deudor que el que se podría obtener a tenor del artículo 616 bis.

[644] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº15 de Madrid, de 26 de abril de 2024.

[645] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Badajoz, núm. 91/2024, de 29 de febrero.

[646] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Murcia, núm.250/2024, de 2 de mayo.

[647] Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, nº11, núm. 226/2024, de 23 de julio.

también ha habido casos en la práctica reciente en que se han afectado créditos de derecho público, como Comercial Pernas [648], Fandicosta[649], Faming Agrícola[650], Inmobiliaria Obanos[651] o Real Murcia CF.

En lo que se refiere a la formación de las clases, el artículo 9.4 de la Directiva establece que los Estados miembros velarán por que las partes afectadas sean tratadas "*en categorías separadas que reflejen una comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables, con arreglo a la normativa nacional*". La clasificación en categorías, según el Considerando 44 de la Directiva, significa "*el agrupamiento de partes afectadas con el propósito de adoptar un plan de modo tal que refleje sus derechos y la prelación de sus créditos e intereses".* Establece que, como mínimo, los acreedores con y sin garantía deben ser tratados siempre como categorías diferentes, habilitando a los Estados miembros a exigir que se formen más de dos categorías de acreedores, en particular categorías diferentes de acreedores con y sin garantía y categorías de acreedores con créditos subordinados. Prevé, además, que los Estados miembros también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social. En todo caso, el plan de reestructuración ha de conferir un trato equitativo a aquellos acreedores que se encuadran en la misma clase[652], de modo que se considera que debería estar prohibida la inclusión, en la misma clase, de créditos garantizados y no garantizados (denominada en derecho alemán *Mischgruppenverbot*), así como créditos con rangos diferentes, salvo que sean tratados de forma equitativa conforme al plan.

En este punto, el artículo 624 bis, en su inicial redacción, al efectuar la transposición de la Directiva, ha optado por integrar en una clase separada y única los créditos de derecho público. El problema es que la Directiva parte de la premisa de que la formación de las clases se basa en el rango de los créditos conforme a derecho nacional y en derecho español los créditos de derecho público presentan rangos heterogéneos, pues incluyen

[648] Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Pontevedra, núm. 95/2024, de 16 de octubre, si bien deniega la homologación con contradicción judicial previa. Los acreedores públicos afectados eran la AEAT, TGSS y organismos públicos.
[649] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Pontevedra, de 20 de mayo de 2024. El acreedor afectado era el CDTI.
[650] Auto del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Palencia, núm.85/2024, de 14 de junio. El acreedor afectado era la AEAT.
[651] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Almería, núm.308/2024, de 22 de mayo. El acreedor afectado era el Ayuntamiento, por razón del IBI y EMUASA (Aguas de Murcia).
[652] DAMMANN: "*Article 9*", "*European Preventive Restructuring*", op. cit. págs.156-160.

créditos con privilegio especial, privilegio general, ordinarios y subordinados. Una solución a este problema podría ser la formación de una clase separada que incluyese solamente la parte privilegiada, mientras, que, por el resto, los créditos públicos podrían integrarse en cada una de las clases, en función de su rango concursal, de acuerdo con lo que establece con carácter general el artículo 623.2 ("*Se considera que existe interés común entre los créditos de igual rango determinado por el orden de pago en el concurso de acreedores"*), según corresponda (p.ej. dentro de los créditos ordinarios, podrían quedar separados). La aprobación del plan exige, de acuerdo con el artículo 638, la concurrencia de una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra, en su ordinal 3º, que el plan haya sido aprobado por todas las clases de créditos por el deudor o, en su caso, por los socios. Asimismo, el ordinal 4º cita el requisito relativo a "*Que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria.*" Por lo tanto, a efectos de voto en el plan, los créditos de derecho público, como clase única, serían computados de forma igualitaria, con independencia de su rango a efectos concursales, lo que sería contradictorio con la previsión del artículo 632.2 citado, siendo, por tanto, los acreedores de derecho público una excepción a esta regla general, ya que en este caso el "*interés común*" viene determinado por el sujeto titular del crédito (una entidad de derecho público) y no por el rango concursal. Con todo, es cierto que la Directiva no es muy explícita, porque cuando se refiere al tratamiento de los acreedores de derecho público lo hace en los Considerandos (no en el articulado) habilitando la formación de éstos como una clase separada, pero, claro está, sin proyectarlo sobre la situación normativa concreta existente en cada uno de los Estados miembros.

Cabe plantearse en esta sede la hipótesis del arrastre contemplado en el artículo 639. Como excepción a lo previsto en el ordinal 3.º del artículo anterior, esto es, la aprobación del plan por todas las clases, el precepto establece que también podrá ser homologado el plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos si ha sido aprobado por una mayoría simple de las clases, "*siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general".* El problema que se suscita aquí es el concepto de clase de créditos que "*en el concurso habrían sido clasificados como créditos con privilegio general",* porque en puridad, éstos serían los enumerados en el artículo 280 del Texto Refundido. De este modo, parecía que habría que conformar una clase con créditos con privilegio general, siendo ésta además susceptible de arrastrar con su voto a la mayoría

simple de las clases. Sin embargo, como resulta de la dicción del artículo 280, aquí se incluirían también los acreedores de derecho público, que conforman per se, una clase separada y única. Una posible solución sería considerar que la mayoría simple alcanzada en cualquiera de las clases que incluyera "*créditos con privilegio general*" (aun cuando no estuviera integrada exclusivamente por créditos de esta naturaleza) tendría virtualidad para que se entendiera aprobado el plan por mayoría simple de las clases en los términos del artículo 639.

La norma citada suponía la quiebra del principio contenido en la Directiva relativo a la prohibición de inclusión de créditos garantizados y no garantizados dentro de una misma clase. Además, cuando la Directiva reconoce la singularidad de este tipo de créditos, no está permitiendo que se quiebre este principio, sino que simplemente atiende a su especialidad a los efectos de que puedan conformar una clase separada, sin predeterminar qué tipo de créditos quedan incluidos ni su rango, pues ello difiere en cada uno de los Estados miembros y no es misión de esta Directiva (ni tampoco de la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022) la armonización de la prelación legal de este tipo de créditos. La integración de todos los créditos de derecho público en una clase separada y única supondría en la práctica la infracción del principio general contemplado en el artículo 623.2, que ordena atender al rango concursal a los efectos de determinar el interés común para llevar a cabo la formación de clases. En consecuencia, nos parece que la modificación del precepto operada durante la tramitación parlamentaria solventa el problema expuesto, ajustándose en mayor medida a los principios generales, aun reconociendo que sigue existiendo, desde luego, una atribución de un poder exorbitante a los acreedores de derecho público por razón del poder de arrastre que se les atribuye ex artículo 639 en planes no consensuales (siendo ello común a los créditos con privilegio especial).

Subsiste, no obstante, un efecto colateral, como consecuencia de que el crédito público solamente puede verse sujeto a esperas en virtud del plan de reestructuración (art. 616 bis TRLC), como hemos visto, de modo que como el principio de equidad obligaría a que la clase de pequeños acreedores (art. 623.3 TRLC) no pudiera recibir un trato peor que los acreedores de su mismo rango, de modo que los límites de afectación del crédito público en la práctica podrían dar lugar a una mayor protección de esta clase de pequeños

acreedores, elevando el estándar de protección[653]. En todo caso, esta norma imperativa resultará de aplicación también cuando concurran con créditos en el mismo rango concursal, en relación con la cual se ha indicado que ello permite a dichos créditos decidir si son clase aceptante o disidente, siendo una especialidad considerada lógica para los créditos de derecho público y que existe en derecho comparado (p.ej. Países Bajos)[654].

4.2. El principio de paridad de trato y la problemática de los créditos de derecho público.

Uno de los requisitos establecidos para la homologación del plan aprobado por todas las clases, de acuerdo con el artículo 638 del Texto Refundido de la Ley Concursal, consiste en que "*los créditos dentro de una misma clase sean tratados de forma paritaria"* (núm.4º). Esta previsión legal refleja lo que se ha denominado el principio de trato paritario de los acreedores dentro de cada clase, que reviste perfiles específicos en el caso de los créditos de derecho público, como veremos.

En efecto, el juez, de acuerdo con el citado artículo 638.4º, ha de comprobar que todos los créditos dentro de una misma clase reciben un tratamiento paritario. Ello implica, en el seno de planes consensuales, el posible arrastre horizontal dentro de cada clase. Sin embargo, en el caso de planes no consensuales, de acuerdo con lo que dispone el artículo 639, resultarán de aplicación los requisitos del artículo 638 para la homologación de planes consensuales (con la excepción del número 3º, obviamente, relativo al consentimiento de todas las clases de acreedores, deudor y socios, en su caso, y entre clases distintas de acreedores, ex artículo 655.2. 3º).

Así las cosas, cabe diferenciar el tratamiento paritario intraclase, aplicable cuando el plan es consensual (art. 638), en que el acreedor puede compararse solo y exclusivamente con los restantes acreedores de su misma clase o clases dentro de cada rango; y el tratamiento

[653] GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: "Apuntes sobre la formación de clases en el derecho preconcursal", Almacén de Derecho, Nov 15, 2022. En este sentido, concluye que el legislador español no ha previsto que exista un derecho a formar clase separada dentro de créditos del mismo rango afectados, a excepción precisamente de pequeños acreedores y el crédito público.

[654] THERY, A. "Comentario al artículo 624 bis" en "Comentarios a la Ley Concursal", VV.AA. Dir. PULGAR EZQUERRA, J. 3ª Ed. Aranzadi-La Ley.

paritario entre clases (art. 655.2. 3º), cuando el plan es no consensual, en cuyo caso la comparación se realiza entre acreedores que pertenecen a clases con distinto rango.

Debe reseñarse la posibilidad prevista en la Ley de Reforma, en cuya virtud los créditos de un mismo rango concursal pueden ser separados en subclases cuando haya razones que lo justifiquen, en atención a diversos criterios de carácter objetivo (conflicto de intereses, forma de afectación conforme al plan, carácter financiero o no del crédito, etc, ex artículo 623.3 TRLC).

La consecuencia de lo expuesto es que cuando estamos ante un plan consensual, la existencia de un tratamiento discriminatorio de clases dentro del mismo rango no permitirá la impugnación por parte del acreedor disidente por razón de que la clase a la que pertenece reciba un tratamiento menos favorable que otra clase del mismo rango, ya que la totalidad de las clases han votado a favor del plan, de modo que no podrán impugnar la homologación del plan al amparo del artículo 654.5º [655]. Siguiendo esta misma línea de razonamiento, la mera existencia de un tratamiento discriminatorio entre clases distintas dentro del mismo rango, si es consentido por todas las clases en los planes consensuales, no supone una infracción del principio de paridad de trato a los efectos del número 4º del artículo 638, sin perjuicio de la eventual vulneración de la regla del mejor interés de los acreedores a la luz del artículo 654.7º.

En todo caso, tratándose de planes no consensuales, entrarían en juego las reglas previstas en el artículo 639 y sus requisitos para la homologación del plan no aprobado por todas las clases, en cuyo caso han de respetarse los principios de tratamiento paritario intraclases y entre clases. A tenor de lo que se desprende del artículo 655.2. 3º, no cabe imponer un trato menos favorable a la clase disidente que a cualquier otra clase del mismo rango, con la salvedad que la clase perjudicada acepte voluntariamente esta diferencia de trato. Esta previsión lo que pretende es, en definitiva, evitar que se premie de alguna forma a la clase que haya votado a favor del plan, "*discriminando*" a la que vota en contra del plan, pues ello podría, como se ha puesto de manifiesto, generar mayor litigiosidad y plantearía dudas sobre el carácter justificado o no de la diferencia de trato[656].

[655] PULGAR EZQUERRA, J.: "Comentario al artículo 638", en *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Dir. PULGAR EZQUERRA, J.,3ª edición, Editorial La Ley. Págs.1189-1193.

[656] PULGAR EZQUERRA, J., op. cit. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de abril de 2023 (caso Xeldist) que acoge el test de equidad sobre la base del principio de "no discriminación injustificada", con la finalidad de flexibilizar los planes de reestructuración.

Este principio, en el ámbito de los planes consensuales, plantea un análisis específico cuando el control que ha de realizar el juez de la concurrencia de los requisitos del artículo 638 para la homologación involucra a créditos de derecho público, dados los términos del artículo 616 bis, ya mencionado. En efecto, este precepto no permite acordar quitas respecto de los acreedores de derecho público, y tampoco las medidas concretas que en él se prevén (capitalizaciones de deuda, cambio de ley aplicable, etc). Además, estos créditos solamente pueden ser objeto de esperas, en los estrictos plazos previstos en el artículo 616. En estos supuestos, tratándose de planes consensuales, no parece que se vayan a plantear dudas en cuanto a la posible infracción del principio de paridad de trato, pues los créditos de derecho público conformarán una clase separada dentro de cada clase dentro de su mismo rango concursal (art. 624 bis), siendo susceptible de fijarse un tratamiento distinto y discriminatorio a estos créditos si ello ha sido aceptado por todas las clases formadas dentro del mismo rango de acuerdo con el artículo 638. En este caso, el acreedor disidente no podría impugnar el plan por comparación con el tratamiento otorgado a los créditos de derecho público al amparo del artículo 654.5º, aunque sí podría hacerlo por vulneración de la regla del mejor interés de los acreedores efectuando una comparación entre lo que el crédito público recibiría en sede de reestructuración y en liquidación concursal.

Ahora bien: tratándose de planes no consensuales la cuestión es más compleja, por cuanto que la comparación ya no se realiza solamente dentro de la misma clase, sino entre acreedores pertenecientes a distintas clases, de modo que los acreedores de la clase que hubiera votado en contra podrían eventualmente impugnar la homologación del plan de reestructuración por vulneración del artículo 655.2.3º, a lo que se podría unir también la posible infracción de la regla de la prioridad absoluta pues ninguna clase de rango inferior debe recibir pago alguno hasta que las de rango superior sean íntegramente satisfechas, habida cuenta de la imposibilidad de imponer quitas al crédito público en sede de reestructuración, incluso en el que se encuentre en un rango inferior (ex arts. 616 bis y 624 bis TRLC). Por ello, la opción que quedaría en esta situación sería, para respetar la regla de la paridad de trato, otorgar un tratamiento equivalente al resto de los acreedores que estén en la misma clase que los créditos públicos, esto es, pago íntegro, aplicando los exiguos plazos de espera del artículo 616, sin que quepa acordar capitalizaciones ni los contenidos previstos en el artículo 616 bis.

Como es obvio, en tales condiciones, el plan de reestructuración no será en modo alguno realista en la inmensa mayoría de los supuestos. La solución más pragmática será, en consecuencia, renunciar a afectar al crédito público, para evitar los efectos distorsionadores de su inclusión en el plan respecto al tratamiento otorgado a otros acreedores. Esto provocará que en la práctica vaya a ser extremadamente difícil afectar el crédito público con éxito, por lo que los sacrificios en las reestructuraciones recaerán sobre los acreedores privados, dejando al deudor únicamente la posibilidad de reestructurar el crédito público a través de mecanismos puramente administrativos, como aplazamientos y fraccionamientos, como venía sucediendo hasta ahora con los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos.

4.3. La aplicación del *best interest creditor´s test* a los acreedores públicos.

La Directiva 2019/1023 de Reestructuración Temprana prevé en su artículo 14, como causa de impugnación del plan de reestructuración, el incumplimiento de lo que se denomina "*prueba del interés superior de los acreedores"* ("*best interest creditors´test*"). A tenor de lo establecido en el artículo 2.1.6 de la Directiva, se define como la prueba "*que se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración*". Nos encontramos, en resumidas cuentas, ante un mecanismo de protección individual de los intereses de acreedores disidentes y afectados por un plan de reestructuración y mecanismo de protección también colectiva, de clases completas de acreedores afectadas por el plan, cuya plasmación normativa en esta sede trae causa del Chapter 11 del Bankruptcy Code norteamericano, que distingue entre "*class-based rights"* y los "*individual rights*"[657].

De conformidad con la definición recogida en la Directiva, se trata de garantizar que ningún acreedor que no hubiera votado a favor del plan de reestructuración se encuentre

[657] Vid. BAIRD, D.G.: "Elements of bankruptcy", New York, 2006; MARKELL, B.A." Clueless on classification: towards removing artificial limits on chapter 11 claim classification", Bankruptcy developments Journal, Vol. 11. 1995. Pp. 1-47.

en peor situación en el plan de reestructuración que en un escenario de liquidación concursal. Se asegura, por tanto, cualquier acreedor ha de recibir en sede de reestructuración al menos una cuantía igual (o superior) a la que recibiría en sede de liquidación en aplicación del orden de prelación crediticia concursal, bien sea mediante una liquidación fragmentaria (*piecemeal liquidation*) o como empresa en funcionamiento *(as a going concern*), de manera que se produce la preservación de una cuota mínima de liquidación concursal.

La regla comentada no es del todo novedosa en nuestro Derecho, pues con anterioridad a la aprobación de la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque del fracaso empresarial, de 12 de marzo de 2014, ya había sido acogida jurisprudencialmente por los juzgados de lo Mercantil, al hilo de la interpretación que se estaba realizando del "*carácter desproporcionado del sacrificio exigido*", en sede impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación (Disposición Adicional Cuarta de la LC), introducidos en nuestro derecho por virtud de la Ley 38/2011, de 11 de octubre.

Así, la interpretación del "*sacrificio desproporcionad*o" se realizaba sobre la base de la recuperación que el acreedor impugnante podría alcanzar en sede de liquidación concursal, de lo cual son exponentes relevantes resoluciones judiciales que conforman actualmente la base de nuestro derecho de reestructuraciones (SJM nº2 de Sevilla de 24 de octubre de 2016; SJM nº2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017; SJM nº11 de Madrid de 22 de julio de 2016 "Bodybell"; SJM nº10 de Barcelona de 29 de noviembre de 2016; SJM nº2 de Madrid de 14 de enero de 2019, Isolux).

Posteriormente, se incorpora en el Texto Refundido de la Ley Concursal un concepto normativo de "*sacrificio desproporcionado*", en el artículo 619.3, 3., considerando como tal el sacrificio *si fuera diferente para acreedores iguales o semejantes, así como si el acreedor que no goce de garantía real pudiera obtener en la liquidación de la masa activa una mayor cuota de satisfacción que la prevista en el acuerdo de refinanciación.*

Actualmente, la norma de transposición de la Directiva 2019/1023 ha acogido la terminología propia de ésta para definir la regla del "*mejor interés de los acreedores"* (*best interest creditors´test*)[658], siendo esta expresión técnicamente preferible a la acogida

[658] En este punto, es relevante la precisión realizada por PULGAR EZQUERRA relativa a la traducción española de la expresión, que en puridad sería "*mejor interés de los acreedores"*. Al referirse al "*interés superior de los acreedores*" puede dar a entender que se trata de una única categoría, mientras que en realidad concurren diferentes acreedores, con intereses incluso contrapuestos, sin que pueda considerarse

legalmente. Actualmente la referencia se encuentra contenida en el artículo 654.7º del Texto Refundido de la Ley Concursal, al prever como motivo de impugnación del auto de homologación del plan aprobado por todas las clases de créditos "*Que el plan no supere la prueba del interés superior de los acreedores. Se considerará que el plan no supera esta prueba cuando sus créditos se vean perjudicados por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación concursal de los bienes del deudor, individualmente o como unidad productiva. A los efectos de comprobar la satisfacción de esta prueba, se comparará el valor de lo que reciban conforme al plan de reestructuración con el valor de lo que pueda razonablemente presumirse que hubiesen recibido en caso de liquidación concursal. Para calcular este último valor, se considerará que el pago de la cuota de liquidación tiene lugar a los dos años de la formalización del plan*". En la Ley de Reforma, por tanto, se ha optado por regular, por tanto, la prueba del mejor interés de los acreedores de forma que se erige como mecanismo de protección individual del acreedor disidente, acogiendo el modelo español el requisito de una sola mayoría en la votación del plan mediante un criterio cuantitativo, sobre la base del importe de los créditos, al exigir la concurrencia de dos tercios del importe del pasivo de la clase correspondiente o tres cuartos del pasivo en el caso de tratarse de créditos con garantía real (ex art. 629 TRLC).

Es reseñable, con todo, que nuestro modelo no haya hecho uso de la posibilidad prevista en la Directiva 2019/1023 de utilizar como elemento de comparación para determinar la superación de la prueba del mejor interés de los acreedores "*el mejor escenario alternativo*" (art. 2.1.6) por cuanto que, como ha venido afirmando la doctrina[659], ello podría introducir elementos de discrecionalidad dando lugar a una mayor inseguridad jurídica en su determinación[660]. La determinación de la cuota de liquidación que sirve a

---

que la prueba mida la satisfacción de los acreedores en su conjunto, sino que se trata más bien de una garantía individual, que ha de ser analizada de forma concreta, caso por caso. Vid. PULGAR EZQUERRA, J. "La prueba del interés superior de los acreedores", Comentario al artículo 654, en Comentario a la Ley Concursal, 3ª edición, Ed. Wolters Kluwer. 2023. Págs.1313 ss. En idéntico sentido, FLORES, M. "La prueba del interés superior de los acreedores", Revista de Derecho Mercantil, nº318, Octubre-Diciembre 2022. Págs.5ss.

[659] PULGAR EZQUERRA, J. "La prueba del interés superior de los acreedores", Comentario al artículo 654, en Comentario a la Ley Concursal, 3ª edición, Ed. Wolters Kluwer. 2023. Pág. 1317.

[660] Vid. también, en este mismo sentido, PULGAR EZQUERRA, J.: "*Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores".* Revista de derecho mercantil, Nº 323, 2022; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., – "Rangos crediticios, opciones y subrogación", Almacén de Derecho, 12 de diciembre de 2018 (disponible on-line en https://almacendederecho.org/rangos-crediticios-opciones-ysubrogacion). Se sostiene la conveniencia de situar el elemento comparativo en la liquidación y no en

la finalidad de efectuar la comparación con la cuota de reestructuración constituye un elemento fáctico, basado en una prueba económica/financiera, que está basada en la valoración económica de la compañía como empresa en funcionamiento. A estos efectos, la valoración puede realizarse a través de diferentes metodologías: patrimonial, sobre la base de la información contable; por transacciones comparables y de descuento de flujos de caja, siendo este método el más comúnmente utilizado[661]. También es preciso tener en consideración elementos temporales, de acuerdo con el artículo 654.7º, que fija el plazo de pago de la cuota de liquidación en dos años, a los efectos de la aplicación de la tasa de descuento correspondiente. Además, la clasificación concursal del crédito resulta relevante, ya que la prelación crediticia que rige la liquidación va a determinar el quantum a percibir, debiendo distinguirse entre créditos privilegiados (generales o especiales), ordinarios, subordinados y masa.

El segundo elemento de comparación es la cuota de reestructuración, que comprende el valor presente de lo que el acreedor disidente va a percibir conforme al plan de reestructuración, incluyendo instrumentos de crédito, capital, etc. A estos efectos será relevante la formación de clases y la clase donde está encuadrado el acreedor, así como vencimiento de cada instrumento, descuentos aplicables, etc.

De acuerdo con lo establecido en la Directiva, se pretende que el plan sea eficaz desde el momento de su aprobación, sin necesidad de que haya sido previamente confirmado por una autoridad judicial o administrativa. Así sucederá en el caso de un plan que haya sido aprobado por todas las partes afectadas, en aplicación del principio de relatividad contractual. En este caso, como se ha adelantado, no entra en juego el test del mejor interés de los acreedores, pues siendo un mecanismo de protección individual de acreedores, nada habría que proteger en este supuesto, ya que todos los afectados han consentido y aprobado el plan. Por el contrario, si el plan no hubiera sido consentido por todas las partes afectadas, habría acreedores disidentes o no participantes, afectados por el plan, exigiendo en tal caso confirmación judicial o administrativa. De acuerdo con el artículo 10.2 de la Directiva, esta confirmación judicial puede producirse ex ante, en cuyo

otros posibles escenarios alternativos, como el convenio, explicando las razones de política jurídica que justifican esta opción como más adecuada.

[661] Sobre la valoración económica de la empresa en funcionamiento y los diferentes métodos de valoración cabe citar la importante Sentencia del Juzgado Mercantil nº2 de Barcelona, núm. 26/2023, de 4 de septiembre. Vid. LOBATO LAVÍN, A.: "Sentencia Grupo Celsa: Lecciones aprendidas". Comentarios de jurisprudencia, R&I, nº11, Noviembre 2023.

caso no habría necesidad de prever recurso alguno; o bien ex post, mediante una impugnación ante un órgano judicial superior.

No obstante, una lectura conjunta del artículo 10.2.d) de la Directiva, en conexión con el artículo 14.1.a), permite concluir que la prueba del mejor interés de los acreedores únicamente tiene virtualidad para ser objeto de impugnación en sede de una autoridad administrativa o judicial superior. En efecto, en el artículo 14.1.a) de la Directiva se establece que "*La autoridad judicial o administrativa tomará una decisión sobre la valoración de la empresa del deudor solo si una parte afectada disidente impugna un plan de reestructuración en razón de: a) un supuesto incumplimiento en lo que respecta a superar la prueba del interés superior de los acreedores prevista en el artículo 2, apartado 1, punto 6".* El artículo 10.2.d), por su parte, establece que los Estados miembros velarán por que las condiciones para la confirmación de un plan de reestructuración por la autoridad judicial o administrativa estén claramente especificadas incluyendo, entre otros aspectos, que *"cuando haya acreedores disidentes, el plan de reestructuración supere la prueba del interés superior de los acreedores".* En consecuencia, comoquiera que es precisa la articulación de una impugnación judicial o administrativa del plan para verificar la superación de la prueba del mejor interés de los acreedores, será la doctrina jurisprudencial fijada al resolver tales impugnaciones la que delimitará su contenido.

Una cuestión no baladí a este respecto es la relativa a los efectos de la impugnación, por cuanto que el artículo 16.3 de la Directiva 2019/1023 prevé, como regla general, que los recursos contra el plan de reestructuración no tendrán efectos suspensivos sobre su ejecución. Por excepción, se podrá suspender la ejecución cuando sea necesario para garantizar los intereses de una parte. En caso de estimación, prevé el artículo 16.4 de la Directiva 2019/1023 la posibilidad de dejar sin efecto el plan de reestructuración, o confirmar el plan de reestructuración, con enmiendas cuando así lo disponga la normativa nacional, o sin enmiendas. Asimismo, también se puede prever en la normativa nacional que se indemnice a la parte que haya sufrido pérdidas financieras y cuyo recurso hubiera sido estimado.

En lo que se refiere a la legitimación y los motivos de oposición y de impugnación de la homologación en los arts. 653 a 661, de acuerdo con la remisión que realiza el art. 663.2.º se incluye entre los motivos que el plan "*no supere la prueba del mejor interés de los acreedores*" (art. 654.6.º). En punto a la legitimación para oponerse ex ante o impugnar

ex post la homologación del plan con base en este motivo, observamos una ampliación de su ámbito, al mencionar como legitimados a los "*titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan de reestructuración aprobado por todas las clases de créditos*" (art. 654, primer párrafo). En todo caso, debe destacarse que, a diferencia de la regulación precedente, dentro de los motivos de oposición o de impugnación del plan de reestructuración, la prueba del mejor interés de los acreedores se ha erigido como un motivo independiente del sacrificio desproporcionado, el cual figura implícitamente reconocido en el art. 654.5.º, al hacer referencia a la paridad de trato entre créditos dentro de una misma clase.

La Ley de Reforma, en lo tocante a los efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación, ha optado por prever que, como regla general, en este caso no se extenderán los efectos al acreedor impugnante, sin incluir la infracción de la prueba del mejor interés de los acreedores como causa de impugnación determinante de la ineficacia total del plan (art. 661), pues ello sólo tendrá lugar cuando afecte a la formación de las mayorías necesarias o a la correcta formación de las clases de acreedores. En consecuencia, se mantendrán los efectos del plan para el resto de los acreedores y socios, en su caso, como ya había sucedido en nuestro derecho de reestructuraciones precedente (vid. caso Abengoa).

La doctrina ha analizado diversos supuestos problemáticos de aplicación de la prueba del mejor interés de los acreedores, tales como créditos de derecho público, créditos con privilegio especial plenamente cubiertos con el valor del activo gravado, así los socios afectados por el plan en contra de su voluntad[662]. En relación con los créditos de derecho público, debe tenerse en cuenta la especial posición de éstos en sede preconcursal, estando sometidos, como hemos indicado, a relevantes limitaciones tanto constitucionales como legales, que condicionan su intervención en procesos de reestructuración.

A ello se añade el hecho de que, tratándose particularmente de créditos tributarios y de Seguridad Social, estamos ante acreedores involuntarios, a diferencia de lo que sucede con los acreedores financieros, sirviendo a los intereses generales, lo que, en gran medida, da sentido a sus privilegios y prerrogativas. Por otro lado, como hemos visto, la involucración de los acreedores públicos en este tipo de procesos puede implicar la

[662] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores".* Revista de derecho mercantil, Nº 323, 2022, pp. 64 ss.

eventual existencia de una ayuda de estado indirecta, debiendo en todo caso respetar la normativa europea en materia de competencia (art. 107 TFUE).

En este contexto, se ha de examinar cuál es la posición de los acreedores de derecho público en la Directiva 2019/1023 (si es que se posiciona de alguna forma al respecto) para abordar, continuación, las opciones abiertas al legislador español al efectuar la transposición y cuál ha sido la alternativa finalmente acogida en nuestro modelo. En este punto, como en muchos otros de la Directiva 2019/1023, nos encontramos con una regulación extremadamente abierta, habiéndose optado por una armonización mínima, en la que caben diversas opciones, incluso contradictorias, lo que puede desvirtuar la bondad de la transposición y los efectos pretendidos por la Directiva 2019/1023[663].

En lo que se refiere específicamente a la aplicación de la prueba del mejor interés de los acreedores respecto a los acreedores públicos, ha de partirse de la mención contenida en el Considerando 52 in fine de la Directiva, al disponer que: "*cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores".* Debe recordarse que, conforme a la Directiva, cabían varias opciones en este punto, sin imponer una posición concreta respecto a los acreedores de derecho público (probablemente por sus implicaciones en materia de política fiscal) ni obligar a que en todo caso tales créditos debieran quedar afectados por los planes de reestructuración de igual modo que el resto de los acreedores. Es verdad que la Directiva permite claramente su afectación, sin especialidades, pero no lo impone de forma taxativa, pudiendo, en consecuencia, ser afectados con especialidades y matices, atendiendo a su particular idiosincrasia, dadas las limitaciones constitucionales y legales que les son propias. Esta filosofía es la que explica la posible (que no obligada) exclusión de las posibles quitas que se puedan imponer en virtud del plan de reestructuración[664], cuestión ésta especialmente sensible desde el punto de vista del régimen de ayudas de Estado.

---

[663] GARRIDO, J. /DELONG, C. /RASEK, A/ROSHA, A. "Restructuring and insolvency in Europe: policy options in the implementation of the EU Directive" IMF, working paper, Mayo 2021, p. 22.

[664] Nos referimos, claro está, al principio de la indisponibilidad de los créditos de derecho público ex artículo 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), en conexión con el artículo 5.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), que incluye "*los tributos y los demás derechos de contenido* económico cuya titularidad corresponde *a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas*", sin perjuicio

Dado el tenor de los artículos 616 y 616 bis, el legislador español ha abierto la posibilidad de que los acreedores públicos participen de forma voluntaria, una vez cumplidos los requisitos exigidos en dichos preceptos, en cuyo caso no entraría en juego la prueba del mejor interés de los acreedores, pues habrían optado por participar en la reestructuración de forma voluntaria.

Por el contrario, si se ven arrastrados por las esperas impuestas en el plan, sí operaría la prueba del mejor interés de los acreedores, debiendo realizarse una comparación entre lo que percibirían en sede de liquidación y en reestructuración, tomando en consideración los plazos establecidos para el repago de los créditos. A ello se añade la consideración general de que la situación en reestructuración, como regla general, va a resultar más beneficiosa para este tipo de acreedores que una liquidación, pues en la primera no van a sufrir quita alguna mientras que en liquidación este aserto puede no cumplirse. Por otro lado, no podemos dejar de llamar la atención sobre el resultado que ello va a producir sobre los incentivos de la reestructuración, produciéndose el efecto "*espejo*" que subyace en la regulación del nuevo Libro II, en el sentido de que aquello que pueda hacerse en convenio sea también posible en sede de reestructuración, pues no se podrán imponer quitas en los planes de reestructuración, pero sí en sede de convenio concursal. En consecuencia, dicho resultado puede llegar a suponer un incentivo para acudir a mecanismos concursales (convenio) en lugar de una reestructuración, resultado que, si bien respeta la literalidad del Considerando 52 de la Directiva 2019/1023, no parece desde luego coherente con la finalidad que se pretende.

En segundo lugar, se ha señalado que la aplicación de la prueba del mejor interés de los acreedores a los créditos de derecho público puede implicar una mayor litigiosidad, pues el acreedor se puede ver arrastrado e impugnar la homologación del plan, en defensa del interés que tenga encomendado. También se ha destacado que la inexistencia de un mercado secundario de créditos públicos impide realizar una comparación exacta entre lo que se podría percibir en sede de reestructuración y en sede de liquidación[665], pero, como se ha indicado, la plasmación legislativa de la imposibilidad de aplicar quitas en sede reestructuración (así como las restantes limitaciones legales) y la exigencia del requisito de encontrarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad

de lo establecido en relación al derecho de abstención previsto en los artículos 164.4 LGT y 10.3 LGP, aplicable únicamente a la parte privilegiada del crédito, no a la ordinaria ni a la subordinada.

[665] PULGAR EZQUERRA, J.: "*Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores".* Revista de derecho mercantil, Nº 323, 2022.

social hace difícil que no se supere la prueba del mejor interés de los acreedores, siendo más que previsible que se alcance un mayor valor en reestructuración que en liquidación, dada la imposibilidad de imponer quitas y las rígidas condiciones requeridas para su afectación.

4.4. La aplicación de la regla de prioridad absoluta: especialidades del crédito de derecho público.

Tradicionalmente la regla de la prioridad absoluta (abreviadamente, RPA) ha sido considerada como la regla que disciplina el reparto del valor de la reorganización, plasmado en el principio "*nadie puede cobrar más de lo que debe, ni menos de lo que merece*" [666]. Como ya hemos expuesto, la Directiva 2019/1023 acoge el modelo del derecho norteamericano de reestructuraciones, de modo que para comprender el alcance de esta regla debemos acudir, en primer lugar, a la previsión normativa contenida sobre la *absolute priority rule* en el Código de Quiebras de EEUU (§ 1129 (b) (2) (B))[667]. La doctrina ha considerado que la RPA implica una doble protección: en primer lugar, garantiza que los acreedores *senior* y los que gocen de prelación de cobro respecto a los accionistas han de ser satisfechos con anterioridad a los acreedores *junior*; en segundo lugar, también se protege a las clases *junior*, puesto que los acreedores que gocen de prelación de pago no pueden recibir más que el 100% de su crédito, debiendo distribuirse el excedente del valor de la reestructuración entre las clases *junior* de acreedores, y si procediera, a los accionistas.

La regla figura mencionada es anunciada en el preámbulo de la Ley de Reforma, declarando que: "*Adicionalmente, cuando el plan no haya sido aprobado por todas las clases de créditos o por los socios, la ley exige que se haya respetado la llamada «regla de prioridad absoluta».* Ello exige que la regla sea respetada cuando se pretenda arrastrar verticalmente a clases de acreedores disidentes, sus intereses colectivos, a diferencia del *best interest creditor´s test*, mediante el cual se protege al acreedor disidente. El

[666] Vid. BUIL ALDANA, I.: "*Comentario al artículo 655*" en Comentario a la Ley Concursal, 3ª edición, Tomo II, Editorial La Ley-Wolters Kluwer (Dir. Pulgar Ezquerra, J.), 2023. Págs. 1344ss. Más ampliamente en "*Subordinación contractual relativa y marcos de reestructuración preventiva*", Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2021, publicada en Editorial La Ley-Wolters Kluwer, abril 2024.

[667] Vid. KLEE, K.N. "All you ever wanted to know under the New Bankruptcy Code", *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 53, 1979, pp. 133-172; y "Cramdown II", *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 64, 1990, pp. 229-244.

preámbulo de la Ley de Reforma prescribe que es preciso establecer garantías para asegurar el correcto funcionamiento de las decisiones colectivas: "*Para garantizar el buen funcionamiento de cualquier mecanismo de decisión colectiva resultan imprescindibles ciertas garantías procedimentales. La ley vincula estas garantías a la concurrencia de tres elementos fundamentales: [...]el respeto a un valor económico mínimo cuando haya acreedores o clases de acreedores disidentes."* Su justificación se encuentra, según el preámbulo en las siguientes consideraciones: "*La opción por la regla de prioridad absoluta, que es una de las opciones que ofrece la Directiva, se justifica por dos motivos. Por un lado, resulta más justa, ya que respeta los rangos crediticios negociados ex ante por los acreedores. Y, por otro lado, ofrece un marco más sencillo para la negociación entre las distintas clases y para la posterior homologación judicial del plan."* La doctrina se ha referido la necesidad de prevenir un resultado expropiatorio, esto es, que los acreedores mayoritarios se apropien de la totalidad del valor a costa de los minoritarios y, al tiempo, evitar el riesgo de extorsión, impidiendo que la minoría bloquee la aprobación de un plan de reestructuración de forma arbitraria[668].

La plasmación legal de ambos mecanismos de protección se encuentra en el artículo 655.2. 4º y 2º, respectivamente[669]. En efecto, en virtud de lo establecido en el artículo 655.2.4º, los acreedores que hayan votado en contra del plan y estén integrados en una clase que a su vez también haya votado en contra, ostentan un derecho de impugnación del plan (denominado "*class-based rights*"). De este modo, este derecho de impugnación es lo que se ha venido denominando como "*salvaguarda de clase*", que opera en caso de "*cross-crass cram down"*[670]. En la práctica, esta regla implica que los acreedores de clases junior no pueden recibir valor de la compañía hasta que la clase disidente hubiera sido satisfecha, de modo que no cabría el arrastre salvo que los accionistas no reciban

[668] GARCIMARTÍN, ALFÉREZ, F., "La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad. El arrastre de acreedores disidentes y la llamada «regla de prioridad absoluta»" en *Anuario de Derecho Concursal*. 43, 2018, enero-abril.

[669] Si bien la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.179/2023, de 10 de abril, parece acoger una concepción más amplia, entendiendo que la regla incluiría los números 2º, 3º y 4º del apartado segundo del artículo 655 TRLC. Esta interpretación amplia ha sido acogida por la doctrina, como GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., "Las reglas del reparto económico en el nuevo derecho preconcursal", en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2023, p. 277.

[670] Vid. LEURA, M.: "La reestructuración forzosa de la deuda: una evolución del "intra-class cramdown" al "cross-class cramdown", en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 51, 2020; PULGAR EZQUERRA, J.:" Marcos de reestructuración y segunda oportunidad en la Directiva 2019/1023", *Diario La Ley*, núm. 10039, 2019.

ningún valor de reorganización de acuerdo con el plan. En consecuencia, si los acreedores no se ven satisfechos en su totalidad, los accionistas no podrían conservar la propiedad de la compañía y, por tanto, ésta debería venderse para repagar a los acreedores o entregarla a éstos, en pago de sus respectivos créditos.

En cuanto a la denominada "*reverse rule*" o regla inversa, ésta se plasma en el artículo 655.2.2º, como motivo de impugnación para acreedores y para socios (art. 656). En efecto, de acuerdo con dicha regla, nadie puede mantener o recibir, de acuerdo con el plan, derechos, acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus respectivos créditos. En puridad, supone que el plan no ha de favorecer a una clase frente a otra si ambas ostentan el mismo rango. Se plantea si esta regla, así formulada, puede confundirse con el principio de paridad de trato (art. 655.2.3º). En este punto la doctrina considera que mientras éste último es un *test horizontal*, esto es, entre clases, de forma que créditos o intereses de la misma naturaleza deben recibir el mismo trato (paritario), salvo que la clase que reciba el trato más desfavorable lo acepte, la regla inversa constituye un *test vertical*, previsto tanto para acreedores como para socios, siendo motivos de impugnación diferenciados. La diferencia estribaría en que la exigencia del trato paritario es mayor en el art. 655.2.3º, ya que no se limitaría a la clase, sino a todas las clases del mismo rango[671].

En cuanto a la posible verificación y análisis del cumplimiento de la regla de prioridad absoluta en sede de homologación de planes de reestructuración no consensuales, la afectación de créditos de derecho público supondrá una complejidad añadida. En efecto, ello será así por razón de la exigencia prevista en el artículo 616 bis relativa a que los créditos de derecho público afectados por un plan de reestructuración sean satisfechos en su integridad- dado que no admiten quitas-, previéndose además importantes limitaciones temporales en relación con las esperas- única medida admisible en sede de reestructuración-, todo ello con absoluta abstracción de su clasificación y rango

[671] Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 179/2023, de 10 de abril: "*La regla de la prioridad absoluta […] se concreta en los motivos de impugnación -respecto de los planes no consensuales- 2º, 3º y 4º del art. 655 TRLC, es decir, ninguna clase de acreedores debe recibir en la ejecución del plan un valor actual neto superior al importe de sus créditos (acciones o participaciones) antes del plan, ni tampoco mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior (o los socios) van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración. De igual modo, como segunda dimensión de la exigencia de que nadie reciba menos de lo que se merece, se contempla como límite que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes no pueden recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango.*"

concursal. Es palmario que la afectación de los créditos de derecho público, dadas las extraordinarias restricciones expuestas en el artículo 616 y 616 bis, es más que susceptible de infringir la regla de prioridad absoluta, puesto que ninguna clase de rango inferior podría recibir ningún pago sin que las de rango superior hubieran sido completamente satisfechas, y ello inevitablemente sucederá en este caso porque el repago íntegro del crédito de derecho público ha de tener lugar, como hemos indicado, con total abstracción de su clasificación y rango concursal, abarcando no solamente la parte privilegiada del crédito, sino también el ordinario y subordinado.

Este efecto únicamente podría, como es obvio, ser evitado en el caso de que los créditos privados recibieran conforme al plan un tratamiento idéntico al previsto para los créditos de derecho público, previéndose la satisfacción íntegra de sus respectivos créditos en los plazos previstos en el artículo 616 bis, teniendo presente que no podrán ser objeto de ninguna de las medidas prevista en dicho precepto (capitalizaciones, conversiones, etc.). En el supuesto de planes de reestructuración con involucración del acreedor público se produciría una mejora sustancial del tratamiento atribuido al resto de acreedores, con lo que la potencia de las medidas de reestructuración se va a ver sustancialmente mermada.

Así, en aquellos planes en que se considere necesaria la afectación de créditos de derecho público, las medidas que podrán acordarse quedarán restringidas a las esperas en los breves plazos previstos en el artículo 616 bis (máximo 18 meses), dado el elevado riesgo de quiebra del principio de prioridad absoluta y por tanto impugnabilidad del propio plan. En consecuencia, la actuación más previsible será, como viene sucediendo, la no inclusión de los créditos de derecho público en los planes de reestructuración cuando se pretenda adoptar alguna o algunas de las medidas prohibidas por el artículo 616 y 616 bis.

4.5. Las Administraciones Públicas y modificaciones estructurales en planes de reestructuración.

Bajo la denominación de modificaciones estructurales se hacía referencia en la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, a *"aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las meras modificaciones estatutarias, para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad".* Si bien este tipo de operaciones se han diseñado habitualmente para sociedades que no estaban en crisis, sí resulta de utilidad práctica la posible involucración de empresas que se

encuentran atravesando dificultades económicas, dados los efectos legales anudados a dichas operaciones de modificación estructural, que comportan una transmisión de relaciones jurídicas en bloque, sin necesidad de acudir a una transmisión individualizada de relaciones jurídicas activas y pasivas. Con todo, las operaciones de modificación estructural siempre han incluido salvaguardias y mecanismos de tutela de los derechos de los acreedores, por el potencial riesgo que pueden implicar para éstos. Por ello, resultaba especialmente relevante la interacción entre el derecho de insolvencia y las operaciones de modificación estructural de sociedades mercantiles, planteándose la posibilidad de que sociedades que estuvieran inmersas en procedimientos de insolvencia pudieran ser objeto de este tipo de operaciones, lo que conllevaría un incremento de riesgo para los acreedores. En este contexto, se había excluido la posibilidad del traslado internacional de domicilio respecto de sociedades en concurso de acreedores (art. 93.2 LME), pero el artículo 100.3 de la Ley Concursal sí había previsto la fusión o escisión de la sociedad concursada como contenido posible de un convenio concursal. Ello suscitó la necesidad de articular la relación entre el régimen aplicable a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el derecho de la insolvencia.

La doctrina[672] ha identificado una serie de cuestiones que en este marco de interacciones era preciso resolver. En primer lugar, la determinación del momento temporal en que la junta general ha de adoptar el acuerdo de modificación estructural, pues en caso de que tal acuerdo no hubiera sido adoptado con anterioridad a la aprobación de los acreedores y homologación judicial del convenio, quedaría pendiente del cumplimiento de dicha condición, en una situación claudicante. En segundo lugar, qué mecanismos de protección de acreedores resultan de aplicación, si los previstos en la normativa de modificaciones estructurales o si éstos fueran desplazados por los mecanismos propios del derecho de insolvencia, como el derecho de oposición de los acreedores al convenio. En tercer lugar, la extinción de la persona jurídica como efecto derivado de la modificación estructural y sus repercusiones en sede concursal, así como una posible sucesión procesal, en caso de fusión por absorción. En cuarto lugar, la compatibilidad entre los mecanismos de tutela de acreedores y el posible ejercicio de acciones rescisorias respecto a la modificación estructural inscrita, a la luz de la dicción del artículo 47.1 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales, que vedaba toda impugnación tras la

[672] PULGAR EZQUERRA, J.: "El nuevo marco de relaciones entre las modificaciones estructurales y el Derecho de la insolvencia". *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 332, abril-junio 2024.

inscripción, siempre que hubiera sido realizada de conformidad con dicha Ley. En este punto, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de noviembre de 2016 declaró la inviabilidad de la acción rescisoria concursal frente a las modificaciones estructurales. Esta "tesis de la resistencia" ha dotado de una protección especial las modificaciones estructurales y la reestructuración empresarial, ya que evitaba el carácter claudicante de una modificación inscrita y eficaz como consecuencia de una eventual acción de impugnación en sede concursal.

En este contexto, tuvo lugar la aprobación de la Directiva 2019/1023, de Reestructuración Temprana y de la Directiva 2019/2121, de Transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, suscitándose de nuevo el marco de relaciones entre las modificaciones estructurales de sociedades y el derecho de insolvencia, incluyendo la reestructuración empresarial. La transposición de la Directiva 2019/2121 fue llevada a cabo gracias al trabajo del grupo de expertos designados por el Ministerio de Justicia en el seno de la Comisión General de Codificación (al igual que ya sucediera con la transposición de la Directiva 2019/1023), siendo presentados los trabajos el 14 de febrero de 2023. Con posterioridad, fueron introducidas modificaciones por diferentes Ministerios en el texto y, dado que había finalizado el plazo de transposición, se optó por razones de política legislativa, por aprobar la transposición de la Directiva 2019/2121 mediante el 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, que se ocupa en su Libro de la transposición de la Directiva de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

Los antecedentes de la Directiva 2019/212 se encuentran en la Directiva UE 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del derecho de sociedades, a la que se había incorporado la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, que tenía

por objeto las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital y que constituye un importante precedente de las operaciones transfronterizas objeto de la nueva norma[673].

La finalidad de la Directiva UE 2019/1121 ha sido ampliar la regulación de las transformaciones transfronterizas, abarcando las transformaciones y escisiones parciales y totales que impliquen la formación de nuevas sociedades, proporcionándole una nueva regulación y terminología al traslado internacional de domicilio que ahora pasa a considerarse legalmente "*Transformación transfronteriza".* La Directiva presenta estrechas conexiones con la Directiva UE 2019/1023, de Reestructuración Temprana, explicitadas en su texto, respecto a procedimientos concursales y preconcursales.

El ámbito de aplicación de la Directiva UE 2019/2121, como ha señalado la doctrina, no es el propio de una directiva de armonización mínima[674], a diferencia de la Directiva UE 2019/1023, de Reestructuración Temprana. Pueden, por tanto, distinguirse exclusiones de naturaleza imperativa (artículo 86 bis, 2 y 3) y exclusiones de carácter potestativo, en las que se exige que el Estado miembro en cuestión adopte una decisión de política legislativa (artículo 86.bis.4). Dentro de las exclusiones de naturaleza imperativa, el artículo 3 del Real Decreto-Ley 5/2023 se refiere a las siguientes:

- Las sociedades en liquidación que hayan comenzado a repartir sus activos entre los socios, por lo que las sociedades en liquidación que no hayan comenzado a efectuar tal reparto sí podrían ser parte en una modificación estructural interna o transfronteriza, como transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo (artículo 3.1 del Real Decreto-ley 5/2023)[675]. En todo caso, debe aclararse

[673] La Comisión Europea, con anterioridad, había publicado la Comunicación denominada "*Mejorar el mercado interior: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas*", de 28 de octubre de 2015, indicando que evaluaría la actualización de las normas vigentes en materia de fusiones transfronterizas para facilitar a las pymes la elección de sus estrategias empresariales y su adaptación a los cambios en las condiciones de mercado, manteniendo la protección del empleo. De este modo, con posterioridad, en la misma dirección, la Comisión publicó una nueva Comunicación, el 25 de octubre de 2016, denominada "*Programa de trabajo de la Comisión para 2017: Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad",* haciendo ya referencia a una iniciativa para facilitar las fusiones transfronterizas.

[674] PULGAR EZQUERRA, J.: "Principios de política jurídica, sistemática y ámbito de aplicación de la nueva Ley de modificaciones estructurales", en *La nueva Ley de modificaciones estructurales*, Dir. PULGAR EZQUERRA, J. Coord. FUENTES NAHARRO, M. Editorial La Ley, 2024. Págs.57ss.

[675] Ello supone una continuidad con respecto al régimen precedente contenido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales, cuyos artículos 5, 28 y 83, dedicados respectivamente a la transformación, fusión y cesión global de activo y pasivo, admitían que las sociedades en liquidación pudieran participar en una modificación estructural. En este punto, PULGAR EZQUERRA considera que sí es viable la realización de modificaciones estructurales en sede de liquidación concursal, con la salvedad de la transformación transfronteriza. Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: El nuevo marco de relaciones entre

que el precepto se refiere a la liquidación societaria, no concursal, dada la remisión contenida en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley a la posibilidad de que sociedades que se encuentren en concurso de acreedores puedan participar en una modificación estructural.

- Sociedades que sean objeto de instrumentos, competencias y mecanismos de resolución del Título IV de la Directiva UE 2014/59 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2014, por la que se establece el marco de reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión previstos en el Capítulo IV de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de transposición de la Directiva que regula las medidas de actuación temprana, resolución mediante diferentes instrumentos, como la venta del negocio, entidad puente, sociedad de gestión de activos, operaciones de recapitalización, amortización y conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna.

- En tercer lugar, se excluyen del ámbito de aplicación de la ley las sociedades cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y que funcionan sobre el principio de reparto de riesgos y cuyas partes sociales a petición del tenedor de las participaciones se readquieran o se rescaten directa o indirectamente con cargo a los activos de dichas sociedades (artículo 81 del Real Decreto-ley 5/2023).

Por su parte, las exclusiones de naturaleza potestativa vinculadas al concurso de acreedores y a los institutos preconcursales son manifestación de determinadas opciones de política legislativa, en conexión con la Directiva 2019/1023, de Reestructuración Temprana, objeto de transposición mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Debe en este punto tenerse en cuenta los fines asignados a los procedimientos de reestructuración preventiva y también a los procedimientos concursales. En efecto, si bien es cierto que nuestro derecho no contiene una declaración expresa de cuáles son los fines que debe satisfacer el concurso, como ya hemos expuesto, nuestros institutos concursales tienen una función primordialmente

las modificaciones estructurales y el Derecho de la insolvencia". *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 332, abril-junio 2024. Por su parte, CABANAS TREJO es contrario a esta posibilidad, entendiendo que ello no puede acometerse sin acuerdo colectivo de los acreedores y sin derecho individual por su parte, al encontrarse en esta fase ya vencidos ex lege. Vid. CABANAS TREJO, R.: "La ingeniería societaria: modificaciones estructurales e insolvencia. El cierre en falso del concurso", en Jornadas Bilbao (26-27 de octubre 2023), Estudios de la insolvencia del País Vasco", Cizur Meno, Aranzadi, pp. 409-439.

satisfactiva de los derechos de los acreedores, a lo que se une la concurrencia de unos fines reestructuradores de empresas viables que se encuentran en dificultades, reestructuración que podría articularse en el concurso bien a través del convenio, bien a través de una liquidación bajo el principio de empresa en funcionamiento, mediante la transmisión de la unidad productiva.

Pues bien: las modificaciones estructurales pueden constituir un elemento relevante en este ámbito, para facilitar y reforzar la reestructuración de compañías viables pero que están atravesando dificultades económicas. A estos efectos, las más relevantes van a ser las modificaciones estructurales traslativas, esto es, las que afectan a la estructura organizativa y patrimonial de la sociedad, y pueden contribuir a la reestructuración y continuidad empresarial, con la finalidad de superar la situación de insolvencia, unidas a una reestructuración del pasivo[676].

Ello plantea una problemática especial, pues, como hemos adelantado, tales institutos han de proteger y tutelar los intereses de los acreedores, siendo preciso cohonestar la articulación de tal protección en sede concursal y preconcursal con los mecanismos de tutela propios de las modificaciones estructurales. A estos efectos, debe atenderse a la diferente naturaleza que presenta cada uno de estos institutos en el activo y en el pasivo de las sociedades implicadas. En todo caso, ha de destacarse igualmente los distintos efectos que producen las modificaciones estructurales contempladas, pues en algunos casos hay un cambio en la estructura patrimonial de la sociedad (como en la transformación, fusión y escisión), mientras que en otros casos no hay tal cambio (como en la transformación transfronteriza).

En aquellos casos en que se produzca efectivamente un cambio en la estructura patrimonial de la sociedad estaremos ante institutos que pueden servir como herramienta para la reestructuración de la empresa que atraviese dificultades económicas. En efecto, en la Directiva 2019/1023 de Reestructuración Temprana se parte de un concepto de reestructuración amplio, que captura tanto el activo como el pasivo de la sociedad, en los siguientes términos: "*aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital*

[676] Vid. AHEDO PEÑA, O.:" Modificaciones estructurales y convenio concursal: especial referencia al proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones*, 5 (2022), 319-348.

del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos."

Las modificaciones estructurales van a permitir, en este marco, la modificación de la estructura organizativa de la empresa, afectando a la esfera patrimonial o personal de la sociedad, sin que se haya producido la disolución, liquidación ni constitución de una nueva sociedad, sobre la base del principio de identidad entre ambas. De este modo, se facilita la adaptación a las necesidades societarias, de forma que haya continuidad y conservación de la empresa, que es el objetivo último de la reestructuración.

De este modo, como consecuencia de la fusión, dos o más sociedades van a unir su patrimonio y sus socios, produciéndose una serie de efectos patrimoniales y corporativos, con disolución sin liquidación societaria y extinción de estas, para constituir una nueva sociedad (fusión por constitución de una nueva sociedad) o de todas menos una que absorbe a las demás (fusión parcial). En estos casos, rige el principio de sucesión universal, de forma que puede representar una manera de llevar a cabo la reestructuración de la empresa, sobre todo cuando tenga lugar una fusión por absorción, que permite que la sociedad dominante "*absorba"* el activo y el pasivo, en aras del equilibrio patrimonial de la absorbida.

En segundo lugar, en la escisión parcial, por ejemplo, se observa cómo una parte de la sociedad pasa a formar parte de otra sociedad, absorbiéndola, la cual está en una situación saneada, lo que permite equilibrar el pasivo. Este resultado puede también obtenerse a través de una cesión global de activo y pasivo, por virtud de la cual se produce una transmisión patrimonial a título universal.

Hay que destacar que estas operaciones de modificación estructural, por sus efectos, pueden tener incidencia en los derechos de crédito de los acreedores, sobre todo, en la fusión por absorción y escisión total, cuando tiene lugar la extinción de la persona jurídica preexistente, lo que supone un riesgo para los acreedores [677] . Sin embargo, en contraposición con este tipo de operaciones, en el caso de las transformaciones transfronterizas, no se observa un cambio en la estructura patrimonial de la sociedad, pues conserva su personalidad jurídica, sus activos y pasivos, de modo que en esta modalidad no concurrirían los riesgos precitados y sí podría resultar de utilidad para llevar a cabo la

[677] PULGAR EZQUERRA, J. op. cit. "Principios de política jurídica…" P. 63.

reestructuración de empresas en crisis. En estos casos, se produce un cambio en la ley aplicable al contrato de sociedad y la jurisdicción competente, sin que ello, obviamente, implique per se un cambio de la ley aplicable a las relaciones jurídicas preexistentes entabladas con terceros. Estas consecuencias sí pueden presentar efectos perjudiciales para los acreedores, en la medida en que puede suponer un mayor coste el mero hecho de tener que litigar en una jurisdicción diferente y bajo una ley distinta de la que inicialmente había sido prevista por las partes. Estos efectos darían sentido a la previsión normativa relativa a la exclusión de la transformación transfronteriza de las posibles modificaciones que pudieran afectar a las sociedades que se encontraran inmersas en un procedimiento judicial de insolvencia, contenida en el artículo 93.2 de la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales. Esta exclusión actualmente ha sido eliminada, en el entendimiento de que la transformación transfronteriza no tiene por qué implicar un fraude a los derechos de los acreedores, sino que puede perfectamente responder a finalidades lícitas de reducción de costes o de optimización fiscal. Y, en este contexto, puede también obedecer a la finalidad de aplicar una normativa más favorable en materia de reestructuración (concursal o preconcursal), dado que, como ha destacado la doctrina [678] , no se ha pretendido una armonización plena de este tipo de procedimientos a través de la Directiva 2019/1023, de Reestructuración Temprana, de modo que las diferentes opciones legislativas de transposición acogidas por los Estados miembros bien pueden servir para elegir la más favorable a tal fin, atendiendo a las reglas de prioridad absoluta o relativa, el *best interest creditors´ test* o la afectación de los socios en los planes de reestructuración, entre otros elementos.

El artículo 3.2 del Real Decreto-ley 5/2023 dispone que las sociedades que se encuentren en concurso de acreedores o sometidas a un plan de reestructuración o, en su caso, a un plan de continuación, podrán proceder a una transformación, fusión, escisión o cesión global. En estos casos, la formación de la voluntad social, los derechos de los socios y la protección de los acreedores se ajustarán a lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Debe destacarse, por lo demás, que, en la práctica, ya se han integrado las modificaciones estructurales como contenido de los planes de reestructuración[679].

[678] PULGAR EZQUERRA, J. op. cit. "Principios de política jurídica…" P. 65.

[679] Así ha ocurrido en Ezentis (Auto del Tribunal de Primera Instancia de Sevilla de 12 de junio de 2023), Telepizza (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid de 28 de septiembre de 2023) y Celsa (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Barcelona 4 de septiembre de 2023).

En este punto, en lo que concierne al ámbito del presente trabajo, debe hacerse referencia a la exigencia contenida en diversos preceptos del Real Decreto-Ley/2023, de Modificaciones Estructurales, en que se exige el certificado de encontrarse al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social: art.20.3.3º en el proyecto de transformación; art.40.9ª en el proyecto de fusión; art. 64.3º en el proyecto de escisión; art.74.1.5º en el proyecto de cesión global; art. 90.2.7º en las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas [680] . Este requisito parece inspirarse en la previsión contenida en la Directiva UE 2019/2121, en sus artículos 86.m y considerandos 35 y 39 de la Directiva, como un medio de tutela ante posibles indicios de un fraude y perjuicio a los acreedores. Ello es también exigido en el marco de los planes de reestructuración (vid. artículos 616.2. 1º y 633.12 TRLC), lo que plantea, dado el presupuesto objetivo de los institutos preconcursales, la existencia de una suerte de insolvencia "*selectiva"* como presupuesto objetivo de los citados institutos, en la medida en que las dificultades económicas no podrían darse respecto a acreedores de derecho público, pero sí respecto al repago de créditos sujetos a derecho privado.

En este marco, se ha cuestionado la conformidad de la exigencia citada con la Directiva 2019/2121, en cuanto que podría implicar en la práctica la inadmisibilidad de sociedades con dificultades económicas inmersas en procedimientos de insolvencia/reestructuración como sujetos de operaciones de modificación estructural, ya que dichas entidades pudieran igualmente no encontrarse en condiciones de satisfacer sus obligaciones tributarias y de seguridad social, siendo que en muchas ocasiones son éstas las primeras deudas que dejan de ser atendidas en situación de crisis empresarial[681]. Esta exigencia, como es obvio, constituye una manifestación más de la protección que se otorga al acreedor público frente a los acreedores meramente privados. Por otro lado, también se ha considerado que no resulta viable la modificación estructural en este ámbito[682], a pesar

---

[680] Destaca PULGAR que tal exigencia no partió del grupo experto nombrado para la elaboración de la propuesta legislativa de transposición de la Directiva, sino de los Ministerios implicados, particularmente, el de Hacienda. Vid. PULGAR EZQUERRA, J. op. cit. "Principios de política jurídica…" P. 68.

[681]Destaca PULGAR que tal exigencia no partió del grupo experto nombrado para la elaboración de la propuesta legislativa de transposición de la Directiva, sino de los Ministerios implicados, particularmente, el de Hacienda. Vid. PULGAR EZQUERRA, J. op. cit. "Principios de política jurídica…" P. 68.

[682] CERDÁ ALBERO, F.: "Modificaciones estructurales societarias e insolvencia: plan de reestructuración, pre-pack y convenio concursal", *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones* 14/2024, noviembre 2024.

de opiniones contrarias al respecto, que sí sostienen que es posible el cumplimiento de este requisito aun en situación de insolvencia[683].

El requisito de "*estar al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social"* es compatible con el aplazamiento y fraccionamiento de obligaciones pendientes de pago, a tenor de lo que establece el artículo 74 del Reglamento general de las actuaciones y de procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de tributos, aprobado mediante Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. También se ha entendido que puede darse esta situación en el supuesto a que se refiere el artículo 74.1.g) del Real Decreto citado, esto es, "*que se trate de deudas o sanciones tributarias…..cuya ejecución estuviera suspendida*". Ello tendría lugar en el plano concursal (arts. 143, 144.1.2º TRLC) y en el plan de reestructuración, con la comunicación de negociaciones y homologación judicial (arts. 601 ss TRLC)[684].

Sin embargo, este criterio ha sido cuestionado por la Sentencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Séptima) núm.101/2017, de 13 de marzo, señalando que ello es acertado en tanto en cuanto las deudas anteriores a la declaración del concurso, y no otras, no se encontrasen en período voluntario. Reconoce que efectivamente, la declaración de concurso supone una causa legal de suspensión de las deudas tributarias que permite su equiparación a la situación de encontrarse en período voluntario. No obstante, concluye que el efecto derivado de la suspensión del cumplimiento de las obligaciones tributarias respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso alcanza solamente a aquellas que no se encuentren en período ejecutivo. En consecuencia, parece que no operaría de forma automática sino en aquellos casos en que las deudas no se encontrasen en período ejecutivo al tiempo de la declaración de concurso o de la comunicación de inicio de negociaciones/procedimiento de homologación judicial correspondiente.

---

[683] CERDÁ ALBERO (op. Cit.) entiende que estas opiniones son contra legem y las califica de artificiosas. Por su parte, PULGAR EZQUERRA (op.cit.) destaca que es preciso haber obtenido un aplazamiento o fraccionamiento, de acuerdo con la normativa tributaria, lo que podría considerarse compatible. Otros, como CORTÉS DOMÍNGUEZ,L./PÉREZ TROYA, A. "Planes de reestructuración y modificaciones estructurales. Los nuevos paradigmas y algunas paradojas", Anuario de Derecho Concursal, 62, defienden que tales sociedades que no cumplan este requisito lo hagan constar en el proyecto. No consideran que se trate de un requisito sine qua non, de modo que si no están al corriente, no sería exigible la aportación del certificado para continuar desarrollando la operación.

[684] CERDÁ ALBERO (op. Cit.), citando a PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F.

Los créditos de derecho público plantean también otra antinomia entre el nuevo régimen de modificaciones estructurales y el derecho de insolvencia y reestructuraciones. Nos referimos a que el efecto propio de las modificaciones estructurales, la transmisión patrimonial por sucesión universal (arts. 33,34,59-62, 72 del Real Decreto-Ley 5/2023) no encaja, respecto a los créditos de derecho público, con la prohibición de que el plan de reestructuración pueda suponer para los créditos de derecho público el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago (art. 616 bis TRLC). Este resultado es incompatible con el efecto propio de sucesión universal de una modificación estructural, que necesariamente ha de afectar a todos los acreedores. En este supuesto, los acreedores afectados por el plan de reestructuración no tendrán los derechos de tutela individual propios de la modificación estructural (art. 631.3 TRLC). Podría pensarse en una distinción entre la afectación por razón del plan de reestructuración, con aplicación de las reglas concursales, y afectación por razón de la modificación estructural[685]. Siguiendo ese razonamiento, se podría considerar que los que no estén incluidos en el perímetro del plan por razón de la aplicación de la modificación estructural sí podrían estar legitimados para ejercitar tales mecanismos de tutela individual. En todo caso, la doctrina postula, para viabilizar tales modificaciones estructurales, hacer compatibles ambas normas, pudiendo interpretarse, como se ha señalado, que en este caso el cambio de deudor no es el contenido propio del plan de reestructuración[686].

Lo que resulta en todo caso indubitado es que la remisión efectuada por la normativa reguladora de las modificaciones estructurales (Real Decreto-ley 5/2023) a la normativa concursal y preconcursal (Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) supondrá un desplazamiento hacia esta última, generando un efecto "*sustitución"* de la protección individual dispensada hacia a los acreedores por una protección de carácter colectivo, en el caso, claro está, de que concurran los requisitos aplicables al presupuesto objetivo, cual es que la entidad objeto de la modificación estructural se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia actual o insolvencia inminente.

[685] Solución ésta propuesta por CABANAS TREJO, R.: Insolvencia y modificaciones estructurales (la sombra del arrastre es alargada). *El Notario del Siglo XXI*, Revista 112.

[686] En este sentido, CERDÁ ALBERO, F., op.cit.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L./PÉREZ TROYA, A., op.cit.; CABANAS TREJO, R., op.cit.

Como hemos expuesto, la Directiva 2019/1023 ha permitido a través de su transposición y la consiguiente plasmación en nuestro derecho interno de los planes de reestructuración, el surgimiento de un nuevo Derecho de las Reestructuraciones, cohonestando la regulación societaria y concursal, permitiendo la reestructuración de activo y pasivo. Así, el artículo 614 TRLC define el contenido del plan de reestructuración, de forma muy amplia, incluyendo cualquier modificación del activo y del pasivo, de sus fondos propios, modificaciones operativas, así como la transmisión de la empresa en funcionamiento, a través de los planes liquidativos. A través de los planes liquidativos, va a ser posible llevar a cabo, en caso de insolvencia actual o inminente, una "*ejecución por apropiación"*, a través de una venta en globo del negocio del deudor, incluso contra la voluntad de los socios[687].

El plan de reestructuración puede partir de la iniciativa de los acreedores o del mismo deudor, pudiendo solicitarse la homologación cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia actual o insolvencia inminente (artículo 643 TRLC). Si el deudor fuera una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración exigirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales. En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente (artículo 640 TRLC).

Los planes de reestructuración exigen la negociación entre el deudor y los acreedores, si bien la norma prevé planes no consensuales, esto es, planes que se pueden imponer por una clase de acreedores a las demás, lo que implica una reestructuración forzosa o *cross class cram down*. Todo ello con la salvedad de la probabilidad de insolvencia, en que no se podrá imponer el plan en esta fase a los socios, y las pequeñas y medianas empresas, en que se requiere que el acuerdo sea adoptado por el deudor y los socios (artículo 684.2 TRLC).

En este punto, las modificaciones estructurales van a permitir mecanismos de reestructuración que vayan más allá de lo que se venía haciendo hasta ahora, incluyendo como novedad la asignación de valor, o derechos a los socios incluso cuando no se

[687] IRIBARREN BLANCO, I. "Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la Ley concursal", *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones*, 6, 2022, 97-139.

satisfagan íntegramente sus derechos a determinadas clases de acreedores, siempre que ello sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores no se vean perjudicados injustificadamente (artículo 655.3 TRLC).

Por lo que se refiere a las cuestiones procedimentales que puede plantear el plan de reestructuración que contenga modificaciones estructurales, el Texto Refundido de la Ley Concursal no indica nada a este respecto, por lo que cabría aplicar analógicamente la previsión del artículo 317 Texto Refundido de la Ley Concursal, referida al convenio con modificación estructural, que exige que la propuesta vaya firmada por los respectivos representantes con poder suficiente de las entidades intervinientes. Es preciso acudir también a lo establecido en el artículo 313 del Texto Refundido de la Ley Concursal, modificado por el Real Decreto-Ley 5/2023, en lo que hace particularmente a los derechos del socio, en especial, el derecho de información. En particular, en cuanto a este punto, el punto 3º del apartado 2, dispone que "*En la convocatoria de la junta, el orden del día se limitará exclusivamente a la aprobación o al rechazo del plan en todos sus términos, sin que se puedan incluir o proponer otros asuntos. El derecho de información del socio se ejercerá exclusivamente respecto a este punto del orden del día, incluso si se trata de una sociedad cotizada."*

En cuanto a la remisión a la legislación societaria, el apartado 3 del artículo 313 Texto Refundido de la Ley Concursal la concreta indicando que cualquier operación societaria que prevea el plan deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable. En particular, en el caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores a los que afecte el plan no tendrán los derechos de tutela individual reconocidos en el libro primero del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio. Este precepto ha de ser interpretado, según la doctrina[688], en el sentido de que, dado el principio de especialidad del Texto Refundido de la Ley Concursal respecto de la Ley de Modificaciones Estructurales en los términos ya vistos, este efecto sustitución o desplazamiento ha de materializarse tanto respecto de las operaciones de modificación estructural como respecto de otras operaciones, como reducciones de capital.

En consecuencia, ha de entenderse que ello no supone una reducción de derechos de los acreedores sino más bien que, atendidas las especiales circunstancias en que se producen este tipo de modificaciones estructurales, ha de atemperarse o moderar su ejercicio, dadas

[688]PULGAR EZQUERRA, J. op. cit. "Principios de política jurídica…" P. 68.

las posibilidades que en este ámbito también ofrece la propia legislación concursal, como el ejercicio de acciones rescisorias en caso de que posteriormente se declare el concurso del deudor (artículo 667 TRLC), sin perjuicio, claro está, de la impugnación de la homologación del plan por los acreedores por los cauces del artículo 653 Texto Refundido de la Ley Concursal (y por los socios, ex artículo 313.2. 5º TRLC: "*El acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnable exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación*").

Por otro lado, debe también destacarse una especialidad prevista para el plan que tenga como contenido una modificación estructural, relativa al "*best interest creditors´ test"* o "*mejor interés de los acreedores*"[689]. A los efectos de la aplicación de la regla del mejor interés de los acreedores de las sociedades sometidas a un plan de reestructuración, la cuota hipotética de liquidación se calculará por referencia a lo que se obtendría en un procedimiento concursal abierto en España (artículo 3.3 del Real Decreto-ley 5/2023). Esta previsión sobre el mejor interés de los acreedores constituye uno de los mecanismos de tutela de los acreedores más relevante de los establecidos en la Directiva 2019/1023. Hay que recordar que los planes de reestructuración (y también los planes de continuación y convenios) permiten el arrastre a acreedores disidentes, de modo que los efectos del plan serán aplicables a los acreedores que han votado a favor del plan (o convenio), así como a aquellos que hayan votado en contra o se hayan abstenido, considerando que se encuentran suficientemente tutelados por los mecanismos de defensa previstos en la Directiva y en la norma de transposición, particularmente, mediante la impugnación de la homologación del plan (artículo 654.7ª TRLC) y la oposición al convenio (artículo 383.6º TRLC).

La prueba del mejor interés de los acreedores implica que el acreedor disidente tiene derecho a que se respete, al menos, la cuota de liquidación que le correspondería en un eventual procedimiento de insolvencia, cuando el concurso se hubiera declarado en los dos años siguientes a la formalización del plan. Ello implica que no tendrían, en este contexto, derecho a solicitar garantías en el contexto del plan a cambio del respeto a su cuota de liquidación. En caso contrario, se haría de mejor condición al acreedor disidente del plan que al aceptante del plan. El cálculo ha de realizarse por referencia a la cuota de liquidación concursal, en el marco de un concurso declarado en España, excluyendo que

[689] Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: "Reestructuraciones preconcursales: el mejor interés de los acreedores", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 323, enero-marzo 2022.

la comparación se realice sobre la base de un "*mejor escenario alternativo*", opción permitida por la Directiva pero que no ha sido acogida por nuestra legislación positiva.

En el caso de los acreedores de derecho público, cuando la afectación tenga lugar vía arrastre, operaría la prueba del mejor interés de los acreedores, debiendo efectuarse una comparación entre lo que recibirían en sede de reestructuración y en liquidación. Dadas las importantes limitaciones legales que operan respecto a las condiciones en que tendrá lugar el arrastre (prohibición de quitas, esperas limitadas, etc), la prueba difícilmente tendrá como resultado mayores posibilidades de cobro, pues las limitaciones que operan en reestructuración no se producen en sede de liquidación concursal. Es previsible, por tanto, que, como ya hemos indicado, la práctica tenderá a no afectarles para no elevar el estándar mínimo de protección del resto del pasivo dadas las condiciones favorables de afectación del crédito público frente al resto de acreedores privados.

5. Privilegios de los acreedores públicos en materia de incumplimiento e impugnación.

Por último, en lo que respecta al incumplimiento del plan de reestructuración, debemos dar cuenta de una previsión específica contenida en el artículo 671.1 in fine, que va a legitimar a los acreedores públicos a instar judicialmente la resolución (parcial) del plan en caso de incumplimiento. En efecto, el artículo 671 dispone que una vez homologado, no se podrá pedir la resolución del plan de reestructuración por incumplimiento ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados, dejando a salvo lo que al efecto pudiera prever el plan, que será el que regule los supuestos y efectos del incumplimiento. Se trata de una previsión novedosa[690], que ha de completarse con la

[690] El artículo 628 derogado establecía las normas que disciplinan los efectos anudados al incumplimiento del acuerdo de refinanciación, disponiendo que si el deudor no cumple los términos del acuerdo cualquier acreedor afectado por el acuerdo podrá solicitar la declaración de incumplimiento, la cual habrá de sustanciarse por los trámites del incidente concursal, finalizando por sentencia frente a la cual no cabrá recurso de apelación.

Asimismo, el artículo 629 derogado, por su parte, desarrollaba los efectos sustantivos derivados del incumplimiento, indicando que tal declaración supondrá la resolución del acuerdo y la desaparición de los efectos sobre los créditos. Además, declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares, salvo que se hubiese pactado la extinción de las garantías preexistentes o las constituidas en ejecución de este acuerdo. La doctrina ha señalado que nos encontramos ante un procedimiento de uso muy excepcional, porque en el momento en que el deudor tiene conocimiento de que no va a poder cumplir con el acuerdo, presenta solicitud de concurso o intenta abrir una negociación para suscribir un nuevo acuerdo de refinanciación.

contenida en el apartado 2, que especifica que si el incumplimiento del plan tuviera como causa la insolvencia, cualquier persona legitimada podrá solicitar la declaración de concurso. En tal caso, parece que no sería necesario, por tanto, instar judicialmente la declaración de incumplimiento del convenio, pudiendo el acreedor solicitar la declaración de concurso del deudor cuando concurran los requisitos previstos en el artículo 2.4 del Texto Refundido, relativos a los "*hechos externos reveladores de la insolvencia"*.

Entre las novedades introducidas se recoge en la norma de transposición una previsión específica ahora en el artículo 671, habilitando a los acreedores de derecho público afectados por el plan de reestructuración a instar la resolución dicho plan, pero solamente en cuanto afecte a los créditos de derecho público, en caso de incumplimiento. En este sentido, señala el precepto que el plan de reestructuración se entenderá incumplido tanto por el impago de cualquiera de los plazos de amortización de la deuda por créditos de derecho público en las condiciones previstas en el artículo 616 bis, como por la generación de deuda por cuota corriente tributaria y de seguridad social durante su vigencia. Observamos, en primer lugar, que el incumplimiento del plan comprende no solamente los créditos afectados por el plan, sino también créditos posteriores a la homologación judicial del plan y no incluidos, por tanto, en el mismo. La previsión legal desde luego no deja lugar a dudas en cuanto a la intención de que el deudor, en todo momento, tanto para la afectación de los créditos de derecho público, como durante la fase de vigencia del plan, se encuentre al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social, exigiendo una especial diligencia en el cumplimiento de dichas obligaciones.

Se suscitan, sin embargo, dudas no menores en torno a la articulación procesal de dicha resolución parcial, pues si bien en la normativa anterior se había previsto específicamente la tramitación de la declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación a través del incidente concursal, ahora no se dice nada y no cabe aplicar analógicamente la regla anteriormente prevista en el artículo 531 del Texto Refundido (que remitía al incidente concursal la resolución de las cuestiones que no tuvieran señalada otra tramitación) pues éste ha sido suprimido. Esta laguna debería ser colmada con una norma específica procesal indicando cómo ha de tramitarse la declaración de incumplimiento ante el órgano jurisdiccional. Además, también deberían indicarse, en su caso, los recursos que quepan contra la decisión judicial sobre el incumplimiento, ante el silencio legal.

Por otro lado, se plantea la duda de si tal declaración judicial de incumplimiento constituye o no presupuesto de procedibilidad para que la Administración (AEAT, Seguridad Social) pueda llevar a cabo la ejecución administrativa de sus créditos tras la constatación del incumplimiento del plan. En este punto, alguna resolución judicial (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 12 de febrero de 2018) desestimó precisamente el recurso de apelación interpuesto contra el auto denegatorio del despacho de la ejecución singular al encontrarse vigente el acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, remitiéndose precisamente al incidente concursal previsto en la DA4ª.11 de la Ley Concursal.

A nuestro juicio, la interpretación más conforme con el texto legal es la exigibilidad de tal declaración judicial de incumplimiento, dada la inclusión de esta legitimación especial para la resolución del plan respecto a los créditos de derecho público. En caso contrario, dicha previsión no tendría sentido ni utilidad práctica alguna, además de la posible indefensión que podría producirse si se pretendiera la ejecución administrativa de los créditos afectados por el plan sin haberse declarado su incumplimiento con audiencia del deudor.

Ahora bien: a este respecto, no podemos perder de vista que el incumplimiento abarca no solamente créditos afectados por el plan, sino también deuda por cuota corriente tributaria y de seguridad social durante su vigencia. En el caso de que el impago solo se produzca respecto de la deuda por cuota corriente, y no respecto a créditos afectados por el plan, es dudoso que la declaración judicial de incumplimiento pueda considerarse un requisito de procedibilidad para que la Administración pueda ejecutar sus créditos. Debe recordarse que la aprobación del plan de reestructuración no figura dentro de los motivos admisibles de oposición contra la providencia de apremio, previstos en el artículo 167.3 Ley General Tributaria[691] o en el artículo 38.3 de la Ley General de Seguridad Social[692]. Ello porque

[691] Las causas son: extinción total de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago; solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en período voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación; falta de notificación de la liquidación; anulación de la liquidación; error u omisión en el contenido de la providencia de apremio que impida la identificación del deudor o de la deuda apremiada.

[692] El precepto permite el recurso de alzada contra la providencia de apremio solo por los siguientes motivos: pago; prescripción; error material o aritmético en la determinación de la deuda; condonación, aplazamiento de la deuda o suspensión del procedimiento; falta de notificación de la reclamación de deuda, cuando esta proceda, del acta de liquidación o de las resoluciones que las mismas o las autoliquidaciones de cuotas originen.

respecto a la cuota corriente ningún aplazamiento o fraccionamiento ha sido acordado, a diferencia de lo que constituye el crédito concretamente afectado.

En la práctica, la inexistencia de un motivo de oposición que pudiera esgrimir el deudor contra la providencia de apremio basada en la existencia de un plan de reestructuración aprobado permitirá a la Administración ejecutar sus créditos, aun cuando no se haya instado judicialmente la declaración de incumplimiento. En consecuencia, parece que tal declaración judicial de incumplimiento solamente podría constituir un requisito de procedibilidad en el caso de que se den ambos supuestos de incumplimiento (crédito afectado por el plan y cuota corriente).

También se plantean dudas en cuanto los efectos derivados de la resolución del plan, que tendrá carácter parcial, por cuanto que necesariamente va a suponer la eliminación de sus efectos sobre los créditos públicos, sin que esté claro si se produce con efectos ex nunc o ex tunc, y si solo tiene lugar respecto de los créditos públicos que hubieran sido concretamente afectados por el plan[693].

Asimismo, como corolario a la regulación expuesta, el artículo 654 en su apartado 7º, prevé, entre otros, como motivos de impugnación del auto de homologación del plan aprobado por todas las clases de créditos "*Que el deudor haya incumplido la obligación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social".* La legitimación activa para la impugnación la ostentarán los titulares de créditos que no hayan votado a favor del plan de reestructuración aprobado por todas las clases. La Exposición de Motivos justifica esta nueva causa de impugnación del plan en que la homologación judicial va a dar lugar a preferencia de cobro a los acreedores de financiación interina o de nueva financiación en caso de posterior concurso, protección que sólo considera que está justificada si concurre el presupuesto objetivo para la homologación del plan y las demás condiciones, en concreto, la justificación de la financiación interina o de la nueva financiación, así como de la proporción del pasivo afectado, sin perjuicio de la obligación del deudor de cumplir con el pago de sus deudas cuyo devengo se produzca desde la apertura del concurso, en concreto, las deudas

[693] Se ha señalado que este supuesto carecerá previsiblemente de trascendencia práctica, ya que para ello es necesario que los créditos de derecho público se vean afectados por el plan y ante los requisitos exigidos en los arts. 616 y 616 bis no parece probable que ocurra. Vid. FLORES SEGURA, M.: El incumplimiento de los planes de reestructuración: novedades e incógnitas de la reforma. Jun 1, 2002. Almacén de Derecho. https://almacendederecho.org/el-incumplimiento-de-los-planes-de-reestructuracion-novedades-e-incognitas-de-la-reforma

tributarias o de seguridad social, incluyendo cuotas y conceptos de recaudación conjunta. En consecuencia, sigue diciendo, para proteger adecuadamente los intereses de aquellos acreedores que, de forma indirecta o mediata, se puedan ver afectados por esa protección o por las preferencias de cobro de la financiación interina o de la nueva financiación, la Ley amplía a cualquier acreedor la legitimación para oponerse al plan por estos motivos.

Este tratamiento absolutamente preferente constituye, obvio es decirlo, una barrera de protección articulada para evitar los problemas que el concurso de acreedores genera (e históricamente ha generado) a los acreedores públicos, así como por razón de su escasa capacidad recaudatoria. Por ello, se obliga al deudor a satisfacer, de modo preferente, a dichos acreedores, o, al menos, solicitar (y obtener) los correspondientes aplazamientos y fraccionamientos de pago, en los términos establecidos legal y reglamentariamente. Es cierto que en la práctica de la negociación de los acuerdos de refinanciación es frecuente que se solicite el aplazamiento y fraccionamiento de los créditos públicos, por motivos obvios. Pero aquí se ha ido mucho más allá, porque su incumplimiento no constituía causa para su impugnación ni daba lugar a su resolución, precisamente por quedar fuera del acuerdo de refinanciación.

La configuración de esta causa de impugnación es, como hemos ya señalado, contradictoria con el requisito exigido relativo a que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia actual o insolvencia inminente. Dicha insolvencia, en ningún caso, podrá producirse respecto a los acreedores públicos, configurando una suerte de insolvencia "*limitada"* a determinados créditos o acreedores, pues el deudor ha de encontrarse en disposición de cumplir regularmente sus obligaciones tributarias o de seguridad social para poder acceder y mantener vigente un plan de reestructuración. La Directiva en este punto parece acoger un presupuesto objetivo distinto para la reestructuración respecto a los procedimientos formales de insolvencia. Esta interpretación podría basarse en el Considerando 33, que prevé que los Estados miembros denieguen la suspensión de las ejecuciones cuando el deudor no pueda pagar sus obligaciones vencidas, como "*un impago importante a las administraciones tributarias o de seguridad social"*. Por lo tanto, si bien en la filosofía de la Directiva sí puede tener encaje que no haya un incumplimiento generalizado o importante respecto a créditos de derecho público para que el deudor pueda acogerse a los marcos de reestructuración, ello no es identificable exactamente con el requisito relativo a encontrarse al corriente de obligaciones tributarias y de seguridad social. Lo que está claro

es que la regularización y el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de seguridad social es requisito sine qua non para acceder a la reestructuración. Con ello, se está otorgando carta de naturaleza a una suerte de insolvencia "*sui generis*", que excluye los créditos de carácter público, refiriéndose únicamente a los acreedores privados, privilegiando a los primeros sobre los segundos también en sede preconcursal.

6. Planes de continuación del procedimiento especial para microempresas y créditos públicos.

Por lo que se refiere al procedimiento especial para microempresas, se trata de una completa novedad, incluida en un Libro III, que pretende ocupar el lugar hasta ahora otorgado a los acuerdos extrajudiciales de pagos, los cuales no han tenido el éxito esperado en su aplicación práctica. Debe reseñarse que su entrada en vigor se condiciona a la disponibilidad efectiva de los medios tecnológicos necesarios, en particular, la plataforma electrónica de liquidación de activos. Hasta que ello tenga lugar, los concursos y preconcursos de microempresas se regirán por las disposiciones contenidas en los libros primero y segundo, con las especialidades previstas en la disposición transitoria segunda. Nos centraremos aquí únicamente en el tratamiento de los créditos de derecho público en dicha sede.

El artículo 687, al fijar el ámbito del procedimiento especial, declara que será aplicable a deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características:

- Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. Este requisito se entenderá cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo;
- Tener un volumen de negocio anual inferior a dos millones de euros o un pasivo inferior a dos millones de euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.

En lo que aquí interesa, el apartado 4 introduce ya una especialidad, al indicar que, si bien el procedimiento afectará a todos los acreedores del deudor, con independencia del origen

y naturaleza de la deuda, en caso de que el procedimiento se haya declarado en caso de probabilidad de insolvencia, éste no podrá afectar al crédito público[694].

Por su parte, en lo que hace al presupuesto objetivo, el artículo 688 establece que el procedimiento resulta de aplicación a microempresas que se encuentren en situación de probabilidad de insolvencia, insolvencia actual e insolvencia inminente. El presupuesto objetivo consistente en la probabilidad de insolvencia es el que, de acuerdo con la Directiva, abre paso a la reestructuración, pudiendo, en consecuencia, considerarse a estos efectos, como una reestructuración preconcursal aplicable únicamente a determinados deudores que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 687.

El artículo 694 Texto Refundido de la Ley Concursal disciplina los efectos generales de la apertura del procedimiento especial, previendo que, desde su apertura hasta su conclusión, el deudor mantendrá las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Como excepción, solamente podrá realizar los actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado. El apartado 4 proclama que la apertura del procedimiento especial supondrá la paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos del deudor, con independencia de que la ejecución se haya iniciado o no en el momento de la solicitud, aplicándose las consecuencias ya vistas, con las especialidades contenidas en este Libro. Tras declarar que no se suspenderán las ejecuciones de los créditos que no se vean afectados por el Plan de Continuación, matiza, respecto a los créditos de derecho público, que no se suspenderá la ejecución de los créditos que tengan la calificación de privilegiados de acuerdo con las reglas generales, ni, en todo caso, de los porcentajes de las cuotas de seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales, ni a los porcentajes de cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

A tenor de lo señalado en el precepto, parece que no podrá afectar la prohibición de inicio de ejecuciones y suspensión de las ya iniciadas a los créditos de derecho público, clasificados concursalmente como privilegiado general, sin aclarar si tal regla es aplicable al cien por cien del crédito o solamente al cincuenta (vid. Artículo 280.4º TRLC). Desde

[694] Las referencias al crédito público y a acreedores públicos no parece que puedan aplicarse a los créditos derivados de la ejecución de los avales ICO, dada su condición de créditos ordinarios, asimilados a los financieros.

este punto de vista, no habría diferencia alguna entre el tratamiento de los créditos de derecho público en sede de reestructuración y en el procedimiento especial. Una previsión similar figura igualmente en el artículo 701.1 in fine, al indicar que no podrán ni solicitarse ni suspenderse las ejecuciones de los créditos públicos que tengan la consideración de privilegiados generales ni los citados supra.

Ahora bien, el artículo 698.2, al regular la aprobación del plan, tras indicar que se entenderá que son créditos afectados los que tengan esta consideración de acuerdo con lo establecido en el Libro II (lo que excluiría a priori los créditos de derecho público, ex artículo 619.2), en el apartado 3 matiza que, en el supuesto de créditos públicos, no puede quedar afectada la parte privilegiada, con exclusión de los porcentajes de las cuotas de seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales, ni a los porcentajes de cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Esta aparente antinomia podría salvarse entendiendo que los efectos de la apertura del Plan de Continuación se extienden a la totalidad de los créditos de derecho público, esto es, la parte privilegiada, ordinaria y en su caso subordinada; y que, por el contrario, el contenido del Plan no puede afectar a la parte privilegiada del crédito.

Por su parte, el artículo 698.6 dispone que en ningún caso el plan de continuación podrá suponer para los créditos de derecho público el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el originario. Tampoco podrá suponer quitas ni esperas respecto de los porcentajes de las cuotas de seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes ni a los porcentajes de la cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Esta previsión parece orientada a que tales modificaciones no puedan ser aplicadas a la parte ordinaria del crédito de derecho público, que es la que puede verse afectada por el Plan, no a la parte privilegiada, que, como hemos visto, no se considera crédito afectado.

El artículo 698.10 prevé expresamente que el plan se considere aprobado cuando haya sido aprobado por todas las clases o, al menos, una mayoría simple de clases siempre que una de ellas sea una clase de créditos con privilegio especial o general, lo que incluye

lógicamente a los créditos de derecho público. A este respecto, el apartado 11 especifica que en caso de que el acreedor sea la AEAT, se entenderá que ha votado a favor del plan de continuación que contenga una quita no superior al quince por ciento del importe de sus créditos ordinarios, salvo que se indique lo contrario de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Destaca en el artículo 698 bis, apartado 3, la homologación expresa obligatoria en caso de que se incluyan créditos de derecho público en el plan, como excepción a la posibilidad bajo determinados presupuestos de la homologación tácita. Por su parte, el apartado 6.7º exige, como requisito para llevar a cabo la homologación judicial del Plan de Continuación, que hayan observado los requisitos y efectos previstos respecto de los acreedores públicos y el deudor se encuentre al corriente en el pago de las deudas tributarias y de seguridad social devengadas que hayan surgido con posterioridad a la solicitud de apertura del procedimiento especial de continuación. Se atribuye, además, en el artículo 698 quater una legitimación especial a los acreedores públicos para impugnar el auto de homologación ante la Audiencia Provincial, junto a los acreedores que hayan votado en contra del plan.

Se trata, por tanto, de un importante condicionante y sobre todo un trato más favorable al crédito de derecho público que el conferido a los restantes créditos. Ello conecta con la obligación de hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social, bajo sanción de apertura del procedimiento especial de liquidación, cuando se trate de deudas cuyo devengo sea posterior al auto de apertura del procedimiento especial (artículo 699 quater). Sobre esta concreta cuestión, debe destacarse que no estamos ante una mera declaración de incumplimiento del plan de continuación, sino directamente ante una apertura de la liquidación[695], sin que se haya previsto la posibilidad de dejar sin efecto tal pronunciamiento porque el deudor no se encuentre en insolvencia actual, pues parece que el legislador ha presumido que el mero hecho de no hallarse al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social supone encontrarse en insolvencia actual. No se concreta si la apertura de la liquidación ha de efectuarse de oficio o a instancia de parte, si bien parece requerir

[695] Así lo destaca FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V. en "El procedimiento de microempresas y empresarios: el plan de continuación como solución a la insolvencia" Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, Dir. PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N. Ed. Aranzadi, 2022, págs.. 573-574.

instancia del legitimado pues se trata de datos protegidos de carácter no público, por lo que el Tribunal en principio no tendrá constancia de ello. En todo caso, parece necesario articular un trámite de audiencia previo a la apertura, a los efectos de que el deudor pueda alegar y probar lo que tenga por conveniente en relación con la procedencia o no de la apertura de la liquidación.

Finalmente, debe destacarse también la previsión contenida en el artículo 714.5, al indicar que la retribución del administrador concursal correrá a cargo del solicitante, y si lo hubiera solicitado el deudor, el cobro se producirá tras la satisfacción del crédito público privilegiado; siendo aplicable la misma regla para la retribución del experto que hubiera sido nombrado a los solos efectos de la valoración de la empresa o de uno o más de sus unidades productivas.

Asimismo, hay una especialidad contemplada en sede de calificación del procedimiento especial en el artículo 717, que declara que los acreedores que representen, al menos el diez por ciento del pasivo, y en todo caso los acreedores públicos puedan presentar informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del procedimiento especial de liquidación, con propuesta de resolución, lo que va a permitir que tales acreedores puedan instar la apertura de la sección con independencia de la cuantía de sus créditos. El papel de los acreedores públicos se ha visto reforzado, pues, además, aun en el caso de que el informe de la administración concursal califique el procedimiento especial de liquidación como fortuito, podrá continuar la tramitación de la pieza si alguno de los acreedores públicos hubiera presentado informe calificando el concurso como culpable.

7. Los aplazamientos y fraccionamientos de pago como mecanismos extrajudiciales de reestructuración de los créditos tributarios y de seguridad social.

Los aplazamientos y fraccionamientos de créditos de derecho público constituyen un mecanismo habitual en la práctica administrativa para la reestructuración de la deuda empresarial [696] . La finalidad del aplazamiento y fraccionamiento es facilitar el

[696]Así figuraba en la justificación ofrecida en el Anexo a la Memoria de Análisis de Impacto Normativo sobre las consideraciones del Consejo de Estado, en relación con el Anteproyecto de la Ley de Reforma, que considera que las figuras del aplazamiento y fraccionamiento son una alternativa más favorable al deudor, en concreto, se califica como «*alternativa ideal*» al plan de reestructuración. Se recogen las siguientes alegaciones sobre la observación esencial del Consejo de Estado relativa a la exclusión de los créditos de Derecho Público de la suspensión de ejecuciones derivada de la comunicación de apertura de

cumplimiento de la obligación de pago, bien mediante la concesión de un nuevo plazo (aplazamiento), bien fraccionando su cuantía, previo cumplimiento de determinados requisitos, cuando concurre una situación transitoria de dificultades económicas [697] . Procederemos a analizar a continuación los perfiles de estas figuras, distinguiendo entre los créditos tributarios y los de Seguridad Social.

7.1. Los aplazamientos y fraccionamientos de créditos tributarios.

El artículo 65 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) prevé que el pago de las deudas tributarias pueda ser objeto de aplazamiento y fraccionamiento, previa solicitud del obligado tributario dirigida a la Administración, cuando su situación económico-financiera le impida transitoriamente efectuar el pago en los plazos establecidos. En principio, por tanto, las deudas tributarias, como es obvio, han de satisfacerse en los plazos previstos en su normativa correspondiente, pero la Administración puede otorgar nuevos plazos de pago como mecanismo para facilitar el pago cuando el obligado tributario se encuentre en una situación de dificultad financiera transitoria, en la que necesite liquidez.

Con esta medida se beneficia a los obligados tributarios, pero también a la Hacienda Pública, evitando las ejecuciones forzosas sobre su patrimonio realizadas en el marco de un procedimiento administrativo de apremio [698] . Por otro lado, hay que destacar la tendencia normativa a conceptuar estas medidas como una excepción a la regla general de pago puntual de las deudas tributarias (para evitar que sean utilizadas como una vía de financiación empresarial, en situaciones de dificultad de acceso al crédito, como ha ocurrido en sede concursal). Exponentes de ello son el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de

negociaciones con los acreedores, haciendo equivalentes los aplazamientos y fraccionamientos regulados en la normativa tributaria (y de Seguridad Social) a las reestructuraciones informales de la Directiva. En concreto, en los comentarios a la exclusión de los acreedores públicos del ámbito del plan, señala que *«la eficiencia del sistema (aplazamientos y fraccionamientos de créditos tributarios y de Seguridad Social) es incomparable con cualquier regulación de marcos de reestructuración preventiva que se pueda plantear que, evidentemente, provocaría un menoscabo de los sujetos afectados, que se verían supeditados a la lenta tramitación de un procedimiento extrajudicial, en lugar de la rápida y eficaz solución que proporciona el acreedor tributario a sus problemas transitorios».*

[697] DELGADO GARCÍA, A. M.: «El aplazamiento y fraccionamiento de las deudas tributarias como instrumento para el mantenimiento de las empresas». Revista Quincena Fiscal, núm. 17/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2021, 4843).

[698] Como ejemplo reciente de ello, debe citarse la previsión contenida en el artículo 14 del Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, relativa a la concesión automática de aplazamientos de deudas tributarias por seis meses sin intereses para personas o entidades con un volumen de operaciones no superior a 6 millones de euros.

diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social; o la reciente Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, que transpone la Directiva (UE) 2016/1031, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, modificación de normas tributarias y en materia de regulación del juego.

En la actualidad, la materia está regulada a nivel reglamentario en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en desarrollo del artículo 65 LGT. Además, recientemente, han sido aprobadas sendas Instrucciones 1 y 2/2023, de 31 de marzo y 3 abril, por la Directora del Departamento de Recaudación de la AEAT, sobre las garantías necesarias para la concesión de aplazamientos y fraccionamientos de pago, y para obtener la suspensión de los actos administrativos objeto de recurso y reclamación, y sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago, respectivamente. Por su parte, la Orden HFP/311/2023, de 28 de marzo, por la que se eleva el límite exento de la obligación de aportar garantía en las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a 50.000 euros, complementa dicha regulación, que está vigente desde el 15 de abril de 2023, con la cual se ha pretendido por la AEAT la flexibilización de las condiciones de aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias.

Según la información facilitada por la AEAT, las modificaciones han consistido en:

a) Aumento de los plazos de concesión;

b) Tramitación de forma automatizada en los aplazamientos hasta 50.000 euros, cuya tramitación y concesión podrán ser realizadas en cuestión de segundos;

c) Amplio abanico de posibilidades para constituir garantías en los aplazamientos o fraccionamientos superiores a 50.000 euros que precisen la constitución de garantías.

En lo que hace a las deudas susceptibles de ser aplazadas, el artículo 13 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP) califica como aplazables o fraccionables todas las deudas tributarias y demás de naturaleza pública cuya titularidad corresponda a la Hacienda Pública, con las excepciones establecidas en las leyes. También son aplazables o fraccionables las sanciones tributarias, a pesar de que por

expresa determinación legal, no tienen la consideración de deudas tributarias (vid. artículo 190 LGT). Hay que destacar que son también aplazables o fraccionables las deudas tributarias en período voluntario y en período ejecutivo, incluyendo cuotas o recargos sobre la base o la cuota, o incluso una prestación accesoria de la deuda.

Por su parte, el artículo 65 LGT establece que determinadas deudas no serán aplazables ni fraccionables, a cuyo efecto la norma CUARTA de la Instrucción 2/2023, de 3 de abril, determina que se inadmitirán las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de dichas deudas:

-Las deudas que se cobren por medio de efectos timbrados, por razón de su operativa de pago, así como su reducida cuantía[699].

- Las deudas derivadas de obligaciones tributarias que deba cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta.

-Las deudas que tengan legalmente la consideración de créditos contra masa[700], cuando el obligado tributario se encuentre en concurso. De conformidad con la norma PRIMERA de la Instrucción 2/2023, de 3 de abril, apartado 2, quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la misma la tramitación y resolución de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de pago de deudores respecto de los cuales se esté tramitando un procedimiento concursal, regulado en el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra c) en el apartado 3 de la Instrucción PRIMERA. En este caso, la norma NOVENA de la Instrucción 2/2023, de 3 de abril, apartado 3, dispone que no podrán aplazarse o

[699] MORENO FERNÁNDEZ, J. I. «El aplazamiento en el pago de los tributos». Lex Nova, Valladolid, 1996, P. 100.

[700] Este supuesto fue introducido por el artículo 1.4 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. En su momento, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la citada Ley, ello tenía por finalidad evitar «*la postergación artificiosa del crédito público como consecuencia de la simple solicitud*», dado que, una vez declarado el concurso, no es posible alterar el vencimiento de los créditos contra la masa. Sobre esta cuestión, se ha destacado precisamente que una de las características de los procedimientos concursales y que más daño recaudatorio causaba a la Hacienda Pública eran las peticiones de aplazamiento y fraccionamiento con posterioridad al concurso. Con ello, se posponía el crédito público y, al final, el mismo quedaba en peor situación ante otros créditos y generalmente tras la liquidación empresarial la Administración tributaria se veía imposibilitada de cobrar el crédito aplazado. Vid. SERRANO ANTÓN, F.: Aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias en situación de concurso de acreedores, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 27, 2017.

fraccionarse las deudas que tengan la consideración de crédito contra la masa de acuerdo con la normativa concursal[701].

-Las deudas derivadas de la ejecución de decisiones de recuperación de ayudas de Estado. Este supuesto tiene su origen en la modificación operada en la LGT por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, en concreto, la contenida en el apartado 7 del artículo único de dicha Ley, que venía motivada, según su Preámbulo, por la especial incidencia que en el ámbito de la fiscalidad tiene el Derecho de la Unión Europea, así como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con la finalidad de incrementar el grado de integración legal y efectividad del Derecho de la Unión Europea. Las Decisiones de la Comisión Europea exigiendo la recuperación de ayudas de estado son obligatorias en todos sus términos para sus destinatarios, los Estados miembros, que deberán lograr restablecer la situación existente con anterioridad al disfrute de la ayuda sin dilación y con arreglo a los procedimientos del derecho interno del Estado miembro destinatario. La Ley 34/2015 pretendió solventar una carencia de nuestro derecho interno, que no había previsto ningún procedimiento para la recuperación de ayudas de Estado en el ámbito tributario. Para ello,

[701] Con independencia de la modalidad de procedimiento concursal en la que el deudor se encuentre incurso, la tramitación de estos créditos se ajustará a las siguientes pautas:

- La solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de deudas devengadas tras la fecha del auto de declaración o auto de apertura del procedimiento especial para microempresas y antes de la eficacia del convenio o de la fecha de homologación judicial del plan de continuación, deberá inadmitirse al tratarse de créditos contra la masa de conformidad con el artículo 242 del Texto Refundido de la Ley Concursal, con independencia de la fecha de presentación de la solicitud.

- La solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de deudas devengadas tras la fecha de eficacia del convenio o tras la fecha de homologación judicial del plan de continuación, se tramitará en su integridad, conforme a lo establecido en las normas PRIMERA a OCTAVA de la Instrucción.

- No obstante, la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de los créditos contraídos por el obligado al pago durante el período de cumplimiento de convenio o del cumplimiento del plan de continuación, si se abre la fase de liquidación por incumplimiento del convenio o el procedimiento de liquidación por incumplimiento del plan de continuación, deberá ser objeto de inadmisión, al tener la consideración de créditos concursales conforme a lo dispuesto en el artículo 414 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Esta norma resulta novedosa, ya que la Instrucción 1/2017, de 18 de enero, exigía que se incluyera *«una condición resolutoria en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento de pago de estas deudas para que, de darse el caso de apertura de la fase de liquidación, se produzca la cancelación de dicho acuerdo»*, dado que, en tal supuesto, se reanudarían los efectos del concurso y las deudas tributarias recuperarían la condición de créditos contra la masa. En su momento, se había considerado que señaló que el crédito generado durante el período de cumplimiento del convenio no nacía en un contexto propiamente concursal, sino estrictamente negocial, por lo que no podría tener la consideración de crédito contra masa. Vid. SÁNCHEZ PINO, A. J.: Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión. Quincena Fiscal, n.º 8, 2016, P. 39.

se introdujo un nuevo título en la LGT regulador de los procedimientos a seguir para la ejecución de las Decisiones de recuperación en este ámbito. En la recuperación de ayudas de Estado la Administración Tributaria actúa como ejecutor de una decisión que le viene impuesta por la Comisión Europea, debiendo ajustarse a la normativa comunitaria reguladora de la materia, en particular a los principios de ejecución inmediata y efectiva de la decisión establecidos en el artículo 14 del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado. Estos principios inspiran la regulación de la ejecución de las decisiones de recuperación y justifican sus principales peculiaridades: de un lado, la posibilidad de modificar actos administrativos firmes, incluso con fuerza de cosa juzgada, tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; de otro lado, la consideración de las deudas tributarias resultantes como no susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento.

-Finalmente, hay otros tres supuestos en que las deudas tributarias no van a poder ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento, tales como las deudas resultantes de la ejecución de resoluciones firmes total o parcialmente desestimatorias dictadas en un recurso o reclamación económico-administrativa o en un recurso contencioso-administrativo que previamente haya sido objeto de suspensión durante la tramitación de dichos recursos o reclamaciones; deudas derivadas de tributos que deban ser legalmente repercutidos, a no ser que se justifique debidamente que las cuotas repercutidas no han sido efectivamente pagadas; y deudas correspondientes a obligaciones tributarias que deba cumplir el obligado a realizar pagos fraccionados del Impuesto de Sociedades. Tampoco podrán ser aplazadas o fraccionadas las deudas que deban ser declaradas mediante autoliquidación y ésta última no haya sido objeto de presentación con anterioridad o conjuntamente con la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento; las que deban ser declaradas mediante autoliquidación y ésta última haya sido presentada habiéndose iniciado con anterioridad un procedimiento de inspección que hubiera quedado suspendido de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.3.a) de la LGT, siempre que la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento se refiera a conceptos y períodos afectados por la causa de suspensión respecto de los que se hayan remitido conocimiento a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal; y las incluidas en solicitudes presentadas tras la notificación al interesado del acuerdo de enajenación de bienes embargados.

Por lo que hace a los requisitos para su concesión, el aplazamiento y fraccionamiento requiere la presentación de una solicitud por parte del obligado tributario, aportando garantías suficientes; y que el obligado acredite la existencia de dificultades económico-financieras que le impidan transitoriamente efectuar el pago en los plazos correspondientes. Al respecto, la doctrina ha venido interpretando que el acto de concesión o denegación del aplazamiento y fraccionamiento constituye un acto reglado, no discrecional[702]. Idéntica interpretación ha realizado la jurisprudencia[703], sobre la base del artículo 6 LGT, que proclama que «el ejercicio de la potestad reglamentaria y de los actos de aplicación de los tributos (..) tienen carácter reglado (...)». En este mismo sentido, el artículo 51.1 del Reglamento General de Recaudación, que establece que «El órgano competente para la tramitación examinará y evaluará la falta de liquidez y la capacidad para generar recursos y valorará la suficiencia e idoneidad de las garantías, o, en caso de solicitud de dispensa de garantía, verificará la concurrencia de las condiciones precisas para obtenerla. Realizados los trámites anteriores, se formulará propuesta de resolución que será remitida al órgano competente para su resolución».

Por lo tanto, si bien el órgano administrativo ha de valorar la concurrencia de los requisitos, no podrá denegar el aplazamiento o fraccionamiento solicitado cuando éstos queden debidamente acreditados. Como posibles causas de desestimación, se citan: la inexistencia de una situación de dificultades económico-financieras de carácter transitorio, la no presentación de garantías suficientes o el incumplimiento de los requisitos que excepcionan el deber de aportación de garantías. Por su importancia y vinculación con la materia objeto de estudio, nos detendremos en el examen de las dificultades económico-financieras.

La norma hace referencia a dificultades económico-financieras de carácter transitorio, esto es, dificultades que, una vez superada la situación que le impide al deudor proceder a su pago, no son definitivas, siendo que podrá pagar en un momento posterior. Debe reseñarse en este punto la interpretación jurisprudencial [STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 15 octubre 2015, (RJ 2015, 5133)] conforme a la cual el aplazamiento (y el fraccionamiento) en el pago de deudas tributarias constituye una excepción a la forma ordinaria de pago de las deudas tributarias, que por regla general ha

[702] Vid. GARCÍA MORENO, V. A. «La concesión de los aplazamientos y fraccionamientos es un acto reglado, no discrecional». Carta Tributaria, n.º 9, 2015. MORENO FERNÁNDEZ, J. I. Op. cit. P. 76.
[703] Vid. entre otras, la SSTS de 13 de octubre de 2015, 17 de febrero de 2016 y 28 de febrero de 2017.

de realizarse en los plazos que establezca la regulación de cada tributo, puesto que, como ha declarado la jurisprudencia, el aplazamiento no puede convertirse en un modo habitual de satisfacción de las deudas tributarias» [sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012 (casación para la unificación de doctrina 220/10 (RJ 2012, 7954), FJ 5.º)].

Además, se ha precisado que la decisión de no acceder al aplazamiento se debe fundar en la falta de cumplimiento de los requisitos a los que la ley condiciona su otorgamiento, debiendo, por lo tanto, estar suficientemente motivada, tras el examen y la evaluación de la falta de liquidez, de la suficiencia de las garantías ofrecidas o de la presencia de las condiciones que permitirían su dispensa [Vid. Sentencia de 12 de noviembre de 2009 (casa. 6984/03, FJ 3.º)]. Esa motivación ha de estar presente en el acto administrativo que deniega el aplazamiento, sin que el defecto pueda subsanarse después en la vía revisora, sea administrativa o jurisdiccional. En el caso resuelto por la sentencia, la decisión denegatoria se basó en que el obligado tributario había sido declarado en concurso voluntario de acreedores. La Administración apreció discrecionalmente que la dificultad de tesorería de la empresa solicitante era de carácter estructural y por ello denegó la petición de aplazamiento. En este punto, el Tribunal destaca que la declaración en concurso presupone el estado de insolvencia del deudor, que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, siendo su finalidad superar ese estado y garantizar la viabilidad futura de la empresa, garantizando al mismo tiempo el derecho de los acreedores a realizar sus créditos, mediando en su caso quitas y esperas, a través de pactos plasmados en el oportuno convenio, que «*es la solución normal del concurso (orientada) a alcanzar la satisfacción de los acreedores*» (apartado VI de la exposición de motivos de la Ley 22/2003). La liquidación, sin embargo, es una alternativa al convenio, que se presenta como solución subsidiaria (vid. apartado VII de la misma Exposición de Motivos).

El Tribunal concluye que la declaración en concurso del deudor no lleva automáticamente como consecuencia que su insolvencia sea estructural, pues un concurso voluntario con convenio aprobado revela una situación transitoria llamada a ser superada. Por ello, entiende que no cabe hacer el silogismo que se contiene en el acto administrativo impugnado, presumiendo iuris et de iure que un deudor declarado en concurso queda impedido de forma definitiva e ineluctable para hacer frente a sus obligaciones económicas.

Por su parte, la Instrucción 3/2023 contiene una serie de parámetros que han de ser examinados para determinar si se está ante dificultades de carácter estructural o transitorio: el cumplimiento previo de obligaciones tributarias, incluyendo aplazamientos o fraccionamientos de pago vigentes concedidos con anterioridad; la reiteración en la solicitud de aplazamientos o fraccionamientos de pago; la cancelación por incumplimiento de otros aplazamientos o fraccionamientos concedidos con anterioridad, tanto si se refiere al pago de los plazos o fracciones establecidos como a la formalización de la garantía; la importancia relativa del importe de la deuda, atendiendo a las circunstancias personales del solicitante. En todo caso, interesa también destacar que las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento formuladas por sociedades disueltas y en liquidación serán denegadas sin necesidad de realizar análisis o estudio específico de las dificultades económicas alegadas, al poder calificarlas en todo caso como estructurales, por ser consustancial a la situación de disolución o liquidación.

Asimismo, las deudas aplazadas o fraccionadas deberán garantizarse en los términos previstos en el artículo 82 de la LGT y en la normativa recaudatoria. En concreto, el artículo 82 LGT prevé, bajo el título «Garantías para el aplazamiento y fraccionamiento del pago de la deuda tributaria», que, para garantizar los aplazamientos o fraccionamientos de la deuda tributaria, la Administración Tributaria podrá exigir que se constituya a su favor aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución. En segundo lugar, cuando se justifique que no es posible obtener dicho aval o certificado o que su aportación compromete gravemente la viabilidad de la actividad económica, la Administración podrá admitir garantías que consistan en hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra que se estime suficiente, en la forma que se determine reglamentariamente. Asimismo, en los términos que se establezcan reglamentariamente, el obligado tributario podrá solicitar de la Administración que adopte medidas cautelares en sustitución de las garantías previstas en los párrafos anteriores. En estos supuestos no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 81 LGT. En todo caso, se dispone que podrá dispensarse total o parcialmente al obligado tributario de la constitución de las garantías en los casos siguientes:

a) Cuando las deudas tributarias sean de cuantía inferior a la que se fije en la normativa tributaria[704]. Esta excepción podrá limitarse a solicitudes formuladas en determinadas fases del procedimiento de recaudación.

b) Cuando el obligado al pago carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública, en la forma prevista reglamentariamente.

c) En los demás casos que establezca la normativa tributaria.

Las garantías preferentes a efectos de solicitar el aplazamiento o fraccionamiento son el aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o de certificado de seguro de caución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del Reglamento General de Recaudación. De forma subsidiaria, son admisibles otro tipo de garantías, de carácter personal o real: hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra garantía que se estime suficiente. En el caso de fraccionamientos, se permite constituir una única garantía para la totalidad de las fracciones o garantías parciales e independientes para una o varias fracciones.

Asimismo, el artículo 81 LGT permite, por su parte, la sustitución de las garantías por la adopción de medidas cautelares por parte de la Administración, de acuerdo con los artículos 82 y siguientes LGT, cuando su constitución sea excesivamente onerosa en relación con la cuantía y plazo de la deuda tributaria o si el obligado es titular de bienes y derechos que son susceptibles de embargo preventivo, sin perjuicio de la dispensa total o parcial de la aportación de garantías, en los términos vistos.

Esta regulación ha de ponerse en conexión con las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Undécima de la Ley de Reforma Concursal, relativa a «Aplazamientos y fraccionamientos de deudas y sanciones tributarias estatales en

[704] En la actualidad, la Orden HFP/311/2023, de 28 de marzo, establece el límite exento de la obligación de aportar garantía en solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a 50.000 euros, sustituyendo la Orden HAP/2178/2015, de 9 de octubre, que lo había fijado en 30.000 euros, habiendo entrado en vigor el 15 de abril de 2023. Sin embargo, la Disposición adicional undécima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por la que se aprueba la Reforma de la Ley Concursal, bajo la rúbrica «Aplazamientos y fraccionamientos de deudas y sanciones tributarias estatales en situaciones preconcursales por la Agencia Estatal de Administración Tributaria», sigue fijando el límite en 30.000 euros.

situaciones preconcursales por la Agencia Estatal de Administración Tributaria»[705]. Su ámbito de aplicación incluye las deudas y sanciones tributarias estatales que puedan ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento conforme al artículo 65 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, para cuya gestión recaudatoria resulte competente la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se encuentren en período voluntario o ejecutivo, las cuales podrán aplazarse o fraccionarse previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida de forma transitoria efectuar el pago en los plazos establecidos, en el supuesto de que el deudor haya comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con sus acreedores de acuerdo con lo previsto en los artículos 585 o 690 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y siempre que no se haya formalizado en instrumento público el plan de reestructuración, ni aprobado el plan de continuación, ni declarado el concurso, ni abierto el procedimiento especial para microempresas.

En este sentido, se establece que los acuerdos de concesión que se dicten tendrán plazos con cuotas iguales y vencimiento mensual sin que en ningún caso puedan exceder de los regulados a continuación:

a) Plazo máximo de seis meses, para aquellos supuestos en los que se den las circunstancias previstas en el artículo 82.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y se trate de personas jurídicas o de entidades a las que se refiere el apartado 4 del artículo 35 de la misma Ley. Por tanto, será aplicable cuando las deudas tributarias sean de cuantía inferior a la que se fije en la normativa tributaria.

b) Plazo máximo de doce meses, para aquellos supuestos en los que se den las circunstancias previstas en el artículo 82.2.b) de la misma Ley, o cuando se trate de personas físicas y concurran las circunstancias previstas en el artículo 82.2.a) de la citada

[705] Según redacción dada por la disposición final 33 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre. La redacción anterior llevaba por título «Aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias por la Agencia Estatal de Administración Tributaria» y se establecían los siguientes plazos máximos:
a) Plazo máximo de seis meses, para aquellos supuestos en que los aplazamientos y fraccionamientos se garanticen conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1, párrafos segundo y tercero de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y aquellos en los que se den las circunstancias previstas en el artículo 82.2.a) de la misma ley.
b) Plazo máximo de nueve meses para los supuestos en que los aplazamientos y fraccionamientos se garanticen conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1, párrafo primero de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
c) Plazo máximo de doce meses para aquellos supuestos en los que se den las circunstancias previstas en el artículo 82.2.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley. En consecuencia, este plazo máximo resultará de aplicación cuando el obligado al pago carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública, en la forma prevista reglamentariamente, y en el caso de personas físicas, cuando las deudas tributarias sean de cuantía inferior a la que se fije en la normativa tributaria.

c) Plazo máximo de veinticuatro meses, para aquellos supuestos en que los aplazamientos y fraccionamientos se garanticen conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1, párrafos segundo y tercero de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En virtud de dicha remisión, el plazo citado se aplicará cuando se justifique que no es posible obtener dicho aval o certificado o que su aportación compromete gravemente la viabilidad de la actividad económica, y se aporten en su lugar garantías consistentes en hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra que se estime suficiente; o cuando se sustituyan las garantías por la adopción de medidas cautelares.

d) Plazo máximo de treinta y seis meses para los supuestos en que los aplazamientos y fraccionamientos se garanticen conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1, párrafo primero de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Esto es, cuando se aporten las garantías preferentes, que consisten en aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución.

La comparación de los plazos máximos de concesión de aplazamientos/fraccionamientos previstos en dicha norma para situaciones preconcursales, tras la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, y los plazos máximos fijados en caso de afectación de los créditos de derecho público al plan de reestructuración permite claramente concluir que el régimen previsto en la Disposición Adicional Undécima es más favorable, pues permite un plazo máximo superior (36 meses frente a los 18 meses aplicable a los planes de reestructuración). Obvio es decir que esta previsión constituye un incentivo relevante para que los obligados tributarios acudan al mecanismo de aplazamiento y fraccionamiento previsto en la normativa tributaria, excluyendo los créditos tributarios del perímetro afectado por la reestructuración preconcursal.

7.2. Los aplazamientos y fraccionamientos de créditos de la Seguridad Social.

Con respecto a las deudas con la Seguridad Social, los aplazamientos figuran contemplados en el artículo 23 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en los artículos 31-36 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. En la actualidad, dicha normativa se encuentra desarrollada en la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio. El artículo 31 del Reglamento General de Recaudación dispone que los órganos de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme al reparto de competencias que lleve a cabo su Director General, podrán conceder aplazamientos para el pago de deudas con la Seguridad Social, a solicitud de los sujetos responsables del pago, cuando la situación económico-financiera y demás circunstancias concurrentes, discrecionalmente apreciadas por el órgano competente para resolver, les impida efectuar el ingreso de sus débitos en los plazos y términos establecidos reglamentariamente. Debe reseñarse el término «discrecionalmente», pues en el ámbito tributario, como hemos visto, no se trata de un acto discrecional, sino reglado[706].

En segundo lugar, se establece como plazo máximo de duración del aplazamiento el de cinco años. No obstante, cuando concurran causas de carácter extraordinario debidamente acreditadas, el órgano competente podrá elevar al Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social propuesta favorable para la concesión de otro período superior, dictándose por este último, en su caso, la correspondiente resolución.

En cuanto a los efectos, la concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas y en la resolución de concesión, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, la exención de responsabilidad por nuevas

[706] Vid. entre otros, PERI GÓMEZ, S.: «Aplazamiento y fraccionamiento de pago de deudas a la Seguridad Social», Anales de la Facultad de Derecho Año 1996, Número 13. Se sostiene que la autorización de los aplazamientos o fraccionamientos se configura como una potestad discrecional de la Administración, siempre que se cumplan una serie de requisitos y condiciones.

prestaciones de la Seguridad Social causadas durante aquél, la contratación administrativa y a cualquier otro efecto previsto por ley o en ejecución de ella.

Por lo que se refiere a las deudas objeto de aplazamiento, el artículo 32 del Reglamento de Recaudación indica que podrá ser objeto de aplazamiento cualquier deuda de Seguridad Social objeto de gestión recaudatoria, con las siguientes excepciones: cuotas correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y la aportación de los trabajadores correspondiente a las cuotas aplazadas, cuando se refieran a trabajadores por cuenta ajena o asimilados, incluidos en el campo de aplicación de regímenes del sistema de la Seguridad Social que prevean tales aportaciones. El objeto del aplazamiento viene constituido por las cuotas a la Seguridad Social, pero únicamente la aportación empresarial, siendo los obligados al pago de tales cuotas los propios solicitantes. El ingreso de dichas cuotas deberá efectuarse, si no estuviera ya realizado con anterioridad, en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución por la que se conceda el aplazamiento.

Asimismo, solo en el caso de que el aplazamiento se garantice íntegramente con aval podrán ser objeto de aplazamiento las cantidades adeudadas en concepto de recargo sobre prestaciones económicas debidas a accidente de trabajo o enfermedad profesional originado por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

El aplazamiento deberá incluir la totalidad de las deudas aplazables en el momento de la solicitud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, incluyendo los recargos e intereses y costas exigibles a dicho momento, sin que a partir de su concesión puedan considerarse exigibles otros recargos, intereses y costas sobre la deuda aplazada, a salvo de lo que se dispone para caso de incumplimiento. El pago efectuado en concepto de cuotas inaplazables, en cumplimiento de la resolución de concesión de aplazamiento, se imputará a éstas. El resto de los pagos del aplazamiento se imputará según las condiciones de amortización establecidas en la resolución que lo autorice.

Al igual que en el ámbito tributario, el cumplimiento del aplazamiento deberá asegurarse mediante garantía suficiente para cubrir el importe principal de la deuda, recargos, intereses y costas, con las excepciones previstas reglamentariamente.

Se prevé que el aplazamiento se considerará incumplido si las garantías que establezca la resolución de concesión no se constituyen en el plazo de los 30 días naturales siguientes al de su notificación, salvo que ésta determine un plazo superior, que no podrá exceder

de seis meses. Durante el plazo establecido para la constitución de garantías, la resolución de concesión surtirá los efectos que le son propios. Por otro lado, durante la vigencia del aplazamiento, a solicitud del interesado, el órgano que lo hubiese concedido podrá autorizar la sustitución de las garantías inicialmente constituidas por otras distintas, siempre que la deuda pendiente de pago se halle en todo momento suficientemente garantizada.

Por excepción, no será necesaria la constitución de garantías, sin perjuicio de que se mantengan como tales los embargos que hubieran podido trabarse para la ejecución de la deuda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando el solicitante sea la Administración General del Estado, una comunidad autónoma, una entidad de la Administración local u organismos o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de cualquiera de tales Administraciones, siempre que no actúen en el tráfico jurídico bajo forma societaria mercantil.

b) Cuando el total de la deuda aplazable sea igual o inferior a 30.000 euros, o cuando, siendo la deuda aplazable inferior a 90.000 euros, se acuerde que se ingrese al menos un tercio de esta última antes de que hayan transcurrido 10 días desde la notificación de la concesión y el resto en los dos años siguientes. Estas cantidades podrán ser modificadas por resolución del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social[707].

c) Cuando se trate de deuda correspondiente a prestaciones indebidamente percibidas que no hubieran sido satisfechas dentro del plazo o de los plazos reglamentarios fijados al efecto, siempre que el sujeto responsable de su reintegro mantenga su condición de pensionista de la Seguridad Social.

d) En los aplazamientos en que, por concurrir causas de carácter extraordinario que así lo aconsejen, el Secretario de Estado de la Seguridad Social autorice expresamente la

[707] La cuantía ha sido modificada por medio de la Instrucción segunda de la Resolución de 6 de abril de 2020, de la Tesorería General de la Seguridad Social, la cual, con efectos desde el 10 de abril de 2020, al prever que en el supuesto previsto en el artículo 33.4.b) del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, no será necesaria la constitución de garantías para asegurar el cumplimiento del aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social cuando el total de la deuda aplazable sea igual o inferior a 150.000 € o cuando, siendo la deuda aplazable inferior a 250.000 €, se acuerde que se ingrese al menos un tercio de esta última antes de que hayan transcurrido diez días desde la notificación de la concesión y el resto en los dos años siguientes.

exención de garantías, previa propuesta favorable del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La concesión de aplazamiento dará lugar al devengo de interés, que será exigible desde su concesión hasta la fecha de pago, conforme al tipo de interés legal del dinero que se encuentre vigente en cada momento durante el período de duración del aplazamiento. Se aplicará, en cambio, el interés de demora en aquellos aplazamientos en los que se haya eximido al sujeto responsable de pago de la obligación de constituir garantías por causas de carácter extraordinario. En todo caso, el interés que corresponda será aplicable sobre el principal de la deuda, los recargos procedentes sobre ella y las costas del procedimiento que fueran objeto de aplazamiento.

Las causas de denegación de la solicitud de aplazamiento son las siguientes:

-Que el solicitante haya incurrido en reiterados incumplimientos de aplazamientos anteriormente concedidos.

-Que, al momento de la solicitud, hubiera sido ya autorizada la enajenación de bienes embargados.

-Que el importe de la deuda aplazable no supere el doble del salario mínimo interprofesional mensual vigente al momento de la solicitud.

En caso de incumplimiento de cualquiera de las condiciones o pagos del aplazamiento se proseguirá, sin más trámite, el procedimiento de apremio que se hubiera iniciado antes de su concesión. Se dictará asimismo, sin más trámite, providencia de apremio por aquella deuda que no hubiera sido ya apremiada, a la que se aplicará el recargo del 20 por ciento del principal, si el sujeto responsable del pago hubiera cumplido dentro de plazo las obligaciones en materia de liquidación de cuotas establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o del 35 por ciento en caso contrario. En dicho procedimiento de apremio los órganos de recaudación procederán en primer lugar a ejecutar las garantías que se hubieran constituido. En todo caso, los intereses de demora que se exijan serán los devengados desde el vencimiento de los respectivos plazos reglamentarios de ingreso. En todo caso, se considerará incumplido el aplazamiento en el momento en que el beneficiario deje de mantenerse al corriente en el pago de sus obligaciones con la Seguridad Social, con posterioridad a su concesión.

De lo expuesto se deduce que el régimen de aplazamiento previsto en la normativa general de Seguridad Social es más beneficioso para el deudor que el establecido para los planes de reestructuración cuando se pretenda afectar los créditos derivados de deudas con la Seguridad, tanto en cuanto al plazo de duración (sustancialmente más reducido, frente a los cinco años como máximo) como en cuanto a sus condiciones, de modo que se incentiva legalmente, al igual que acontece en los créditos tributarios, los mecanismos de reestructuración extrajudicial/administrativa frente a la restructuración preconcursal.

III. LA POSICIÓN DEL CRÉDITO PÚBLICO EN LA REESTRUCTURACIÓN CONCURSAL.

1. La actuación de las Administraciones Públicas en convenio.

Las previsiones introducidas en la normativa de transposición se enmarcan en la obligación que la Directiva 2019/1023 impone a los Estados miembros de adoptar "*las medidas necesarias para asegurar que los procedimientos de insolvencia se tramiten de forma rápida y eficiente"* (artículo 25, letra "b"). Como la Directiva 2019/1023 no especifica qué medidas deben adoptarse para conseguir ese objetivo, corresponde a cada Estado Miembro la determinación de aquellas que, atendiendo al contexto normativo en que van a insertarse, se consideren más adecuadas para conseguir esa finalidad.

En lo que hace al convenio concursal, señala la Exposición de Motivos que se ha prestado especial atención al convenio del concursado con los acreedores a fin de potenciar esta solución, y en este sentido, se incluyen una serie de novedades: se suprime el convenio anticipado, dado que su función se pretende que se cumpla con los planes de reestructuración; se suprime también la Junta de acreedores y se establece un régimen de aprobación muy parecido al previsto para los planes de reestructuración, para dotar al convenio de mayor agilidad y simplificación a la tramitación. Si bien la reforma ha modificado los artículos del Texto Refundido de la Ley Concursal en la medida indispensable para alcanzar esa doble finalidad de supresión del convenio anticipado y de la junta de acreedores, debe reseñarse la existencia de modificaciones respecto a la regulación precedente en cuanto al régimen jurídico del crédito público en sede de convenio.

Como es sabido, en el Texto Refundido los créditos de derecho público se encuentran clasificados como créditos con privilegio general, de acuerdo con el artículo 280.4º, alcanzando dicho privilegio general únicamente el 50% del crédito, deducido de la base de cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2º del propio artículo 280, y los créditos subordinados.

Tradicionalmente se ha planteado si era posible o no la transacción por parte de la Administración Pública en el seno del concurso de acreedores [708]. El artículo 39 del TRLGP de 1988 disponía literalmente que «*no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sino mediante Decreto acordado en el Consejo de Ministros previa audiencia del de Estado en pleno*». Esta previsión, como es sabido, imposibilitaba en la práctica la involucración de la Hacienda Pública en un hipotético convenio concursal.

Posteriormente, a través de la modificación operada por el artículo 106 la Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado, se permitió acordar quitas o aplazamientos del pago de la deuda tributaria en sede concursal, mediante la adición de un nuevo apartado al artículo 39 LGP, habilitando legalmente a la Hacienda Pública para proceder a la suscripción de acuerdos o convenios en procesos concursales, con la autorización del órgano del Ministerio de Economía y Hacienda, con remisión a lo establecido reglamentariamente (vid. artículo 96 del Reglamento General de Recaudación). Asimismo, mediante la Ley 25/1995, de 20 de julio, se modificó la Ley General Tributaria, previendo que, sin perjuicio de su derecho de abstención, la Hacienda Pública estaría legitimada para suscribir convenios y acuerdos singulares de pago con el deudor con la autorización del órgano competente de la AEAT (artículo 129.4 LGT).

Actualmente, esta posibilidad figura en el artículo 164.4 LGT, debiendo, sin embargo, distinguirse dicha involucración en función de la clasificación concursal del crédito. En efecto, de acuerdo con el artículo 280.4º del Texto Refundido, el privilegio (al que se constriñe en la actualidad el derecho de abstención, tras la conocida "*poda de privilegios*" operada por la Ley Concursal) no se extiende a la parte ordinaria de sus créditos (50%) ni tampoco a los créditos subordinados (que carecen de derecho de voto). Únicamente,

[708] Vid. Sobre esta cuestión, RIBES RIBES, A.: *La posición de la Hacienda Pública en el proceso concursal (1),* en "*La fiscalidad del concurso de acreedores* ", edición nº1, Editorial, CISS, Madrid. LA LEY 7558/2015.

respecto a la parte privilegiada del crédito, subsiste tal derecho de abstención, complementada con la posibilidad legal de suscribir un acuerdo singular, cuyas condiciones de pago no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el acuerdo o convenio que pongan fin al proceso judicial, pudiendo también acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa reguladora de los ingresos públicos[709]. Tal previsión supone la obligación de respetar la normativa europea de ayudas de Estado, pues implica el cumplimiento del denominado "*test del acreedor privado",* en los términos ya analizados.

Los acreedores de derecho público, conforme a la actual normativa concursal y administrativa, pueden suscribir convenios, adherirse a ellos e incluso hacerlo con posterioridad a la aprobación judicial, una vez aceptado por los acreedores, antes de la declaración de cumplimiento de convenio, a tenor del artículo 397.1 del Texto Refundido (como sucedía ya conforme a la Ley 22/2003).

De este modo, los acreedores públicos pueden, conforme a la normativa concursal, presentar propuestas de convenio; adherirse al convenio presentado y votar en junta de acreedores a favor o en contra del convenio. A estos efectos, el artículo 357 del Texto Refundido aclara que la adhesión a la propuesta de convenio por parte de los titulares de créditos de derecho público se realizará conforme a las normas legales y reglamentarias especiales que les resulten de aplicación. También pueden presentar una propuesta ordinaria de convenio, cuando sus créditos, individual o juntamente con otros acreedores, superen una quinta parte del total del pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores (artículo 339 TRLC).

Doctrinalmente se ha señalado que la adhesión al convenio exige una declaración de voluntad de la Hacienda Pública y que la decisión ha de ser en todo caso motivada[710], habida cuenta del principio de indisponibilidad del crédito tributario y el principio de legalidad que rige esta materia. El derecho de abstención, como hemos visto, nace en un contexto normativo en el que la totalidad de los créditos de la Hacienda Pública estaban dotados de un estatuto privilegiado en sede concursal, de modo que este derecho se ejercía respecto de todos ellos. Para garantizar el principio de indisponibilidad del crédito

[709] De conformidad con la Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre, de la Directora del Departamento de Recaudación de la AEAT para la suscripción de acuerdos singulares con obligados declarados en concurso.

[710] LUQUE CORTELLA, A., *La Hacienda Pública y el crédito tributario en los procesos concursales*, Marcial Pons, 2008. Pág. 188.

tributario se articuló el derecho de abstención, considerándose además la posición normal o habitual de la Hacienda Pública, a los efectos de no quedar vinculada por el convenio concursal y poder cobrar con preferencia al resto de los acreedores. Por el contrario, en la actualidad, el derecho de abstención presenta unas consecuencias prácticas diferentes, pues no todos los créditos están amparados por el derecho de abstención, el carácter privilegiado se extiende a una parte de ellos, no a los ordinarios ni subordinados, los cuales se verán afectados por el convenio y gozarán de la prioridad concursal que les corresponda para el cobro. Además, como se ha señalado, la Hacienda Pública podrá suscribir convenios singulares de pago, siempre que sus condiciones no sean más favorables que las previstas en el convenio concursal.

En la actualidad sí puede ser beneficioso para la Hacienda Pública participar en mayor medida en sede de convenio, para poder defender mejor su expectativa de cobro, al igual que cualquier otro acreedor. En concreto, debe tenerse presente que en la actualidad el ejercicio del derecho de abstención no garantiza el cobro íntegro de la deuda, por lo que cuando concurra el elemento de la viabilidad empresarial puede estar más interesada en la continuidad de la empresa que en el cobro inmediato de los tributos adeudados; y porque si no ejerce el derecho de abstención, se la podrá incluir respecto de esos créditos en el pasivo ordinario del concurso a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de suscribir convenios singulares, en los términos de los artículos 164.4 LGT y 10.3 LGP. Su suscripción presupone la existencia de un convenio concursal, cuyo contenido opera como límite infranqueable para el convenio singular. Para ello, se dictó la Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre, de la Directora del Departamento de Recaudación de la AEAT, para la suscripción de acuerdos singulares con obligados en concurso de acreedores, que tuvo por objeto sistematizar las reglas hasta ese momento existentes, aclarando aspectos que pudieran resultar confusos.

En particular, la Instrucción (que todavía sigue vigente) tuvo por objeto adaptar la actuación de la Hacienda Pública a las modificaciones operadas en la Ley 22/2003 por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, a los efectos de facilitar la continuación de la actividad empresarial. Obsérvese que esta norma (al igual que en el momento actual) se dictó en un momento de crisis, especialmente delicado desde el punto de vista económico. Y es en este contexto precisamente en el que se introducen modificaciones en la posición del crédito público

ante el concurso de acreedores. Entre ellas, destaca la posibilidad de la vinculación de los acreedores públicos con privilegio a las condiciones del convenio de acreedores. Por ello, y para evitar el posible arrastre del acreedor público derivado de un adhesión al convenio (en los términos previstos de forma novedosa por el Real Decreto ley citado, tras la nueva redacción dada al artículo 124 LC) se trataba de incentivar la suscripción de acuerdos singulares de pago con los deudores, fijándose como fecha límite para ello la del comienzo de la eficacia del convenio de acreedores, pues a partir de ese momento cesan los efectos del concurso y podría reiniciarse el procedimiento administrativo de apremio, el cual no podría a partir de entonces verse paralizado ni suspendido por la existencia de negociaciones para alcanzar un convenio de pago.

La Instrucción concibe el convenio singular como el marco en el que se ha producir la satisfacción del crédito privilegiado en el seno del proceso concursal, por cuanto que el convenio general afecta únicamente al crédito clasificado como ordinario y como subordinado [711] .Dentro de las condiciones fijadas para la suscripción del convenio singular, se incluye la necesaria satisfacción (previa) de todos los créditos contra la masa y en su caso los créditos surgidos con posterioridad a la eficacia del convenio general. En segundo lugar, además de indicar que no podrá contener condiciones más beneficiosas que las fijadas en el convenio general, se establece que no podrán realizarse quitas sobre el crédito privilegiado, y, en ningún caso, sobre retenciones, ingresos a cuenta o deudas aduaneras. Por lo tanto, dentro de su posible contenido, se citan las esperas, garantías y otras condiciones para asegurar la mejor recuperación del crédito público. Entre estas garantías figura mencionada expresamente la posibilidad del embargo del establecimiento mercantil y la intervención administrativa del mismo en caso de incumplimiento del convenio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 170.5 de la Ley General Tributaria. El tipo de interés que se acuerde podrá ser inferior al tipo de interés de demora.

Existen otras cláusulas que podrán incluirse en el convenio singular, como la obligatoriedad de abonar un ingreso mínimo de un porcentaje de la deuda objeto del acuerdo o la previsión de que, si tiene lugar durante la vigencia del acuerdo singular la enajenación de un parte de las acciones/participaciones de la sociedad concursada, deba

[711] Si bien tampoco se excluye la posibilidad de que se incorporen al convenio general las condiciones fijadas para el crédito privilegiado, cuando las circunstancias lo hagan aconsejable y previa autorización del Departamento de Recaudación de la AEAT, en cuyo caso no procederá la celebración de un convenio singular y podrán tenerse en cuenta los criterios fijados en la Instrucción para suscribir el convenio general.

destinarse el importe obtenido a la cancelación anticipada de la deuda. Asimismo, como particularidad, se establece que el convenio no podrá ser objeto de modificación durante su vigencia, salvo que suponga una mejora de las condiciones o garantías para el crédito público[712].

En lo que se refiere a los créditos titularidad de la Seguridad Social, las instituciones titulares de los mismos están habilitadas para exigir el pago de los créditos privilegiados con carácter previo al resto de los créditos sujetos al convenio, en su totalidad, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda acordarse un aplazamiento conforme a las normas y requisitos establecidos reglamentariamente, como sucede respecto de los restantes deudores no sometidos a concurso (vid. Artículo 23 de la LGSS y 31 a 36 de la RD 1415/2004, de 11 de junio (RGRSS)[713].

---

[712] Debe recordarse que la disposición transitoria tercera del Real Decreto Ley 11/2014 (y posteriormente la disposición transitoria tercera de la Ley 9/2015) estableció la posibilidad de modificar el convenio concursal, en un contexto marcado por la crisis económica. En dichas disposiciones se exceptuaba expresamente de su aplicación a los acreedores públicos, los cuales quedarán excluidos del cómputo y de las mayorías previstas. En efecto, como regla general, se indicaba que, una vez aprobada la modificación, sus efectos se extenderían a los acreedores con créditos privilegiados u ordinarios que no se hubiesen manifestado a favor de ésta y a los acreedores subordinados, con la excepción nominativa de los acreedores públicos. Por lo tanto, la única vía posible para extender los efectos derivados de la modificación del convenio concursal a los créditos privilegiados era la modificación del convenio singular, incluyendo condiciones y garantías más favorables para éstos, pues en caso contrario no les resultarían oponibles en la parte privilegiada del crédito. Los créditos ordinarios y subordinados continuarían rigiéndose en todo caso por las condiciones del convenio originario. Recientemente, y como sucedió entonces, en un contexto también de crisis económica, esta vez provocada por la pandemia derivada del Covid-19, el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, en su artículo 8, dispuso que, durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma, el concursado podría presentar propuestas de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento. Según su apartado 2, los acreedores privilegiados (sin que ahora se mencionen específicamente a los acreedores públicos) no se verán afectados por la modificación a menos que se adhieran a la correspondiente propuesta. A pesar de que no se aclara expresamente, parece que también quedarán afectados por la modificación los acreedores privilegiados que se adhieran a la modificación ya aceptada o aprobada. Mayores dudas plantea la posibilidad del arrastre de los acreedores privilegiados respecto de la modificación aprobada, pues dicho precepto especifica que "*En ningún caso la modificación afectará (…) a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación."* En consecuencia, si los acreedores privilegiados ya en su momento quedaron afectados por el convenio, salvo que consientan expresamente, no quedan sujetos a la modificación, lo que implica que les resultarán de aplicación las condiciones del convenio originario que les hubieran sido extendidas. Si en su momento, no hubo arrastre, ahora tampoco se produciría. Este precepto pasó posteriormente a integrar el artículo 3 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Sobre esta cuestión, vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. "*Las opciones de política legislativa en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril*", en Anuario de Derecho Concursal, núm. 50, 2020. Pág. 26. AZNAR GINER, E. "*La legislación concursal de emergencia COVID-19. Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.*" Ed. Tirant lo Blanch, Concursal. 2021. Págs. 54-56.

[713] ZARCO COLÓN, P.: "*La participación en los Convenios Concursales de los Organismos Públicos". Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* ISSN 1575-5312, Nº. 17, 2007, págs. 241-256.

El Texto Refundido de la Ley Concursal, en el artículo 318, titulado "*Prohibiciones"* ha introducido, en el apartado 2, una previsión especial para los créditos de derecho público que constituye una novedad respecto a la normativa anterior. Se establece que la propuesta de convenio no podrá suponer para los créditos de derecho público (ni tampoco para los laborales) "*el cambio de ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asume sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario*". Por su parte, en el apartado 3, se especifica para determinados créditos de derecho público (porcentajes de las cuotas de la seguridad social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de la cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional) que la propuesta de convenio no podrá suponer quita ni espera. El artículo 378 ha sido igualmente modificado añadiendo un apartado 3, que aclara que "*Tampoco se considera como trato singular la aplicación de las prohibiciones del artículo 318."*

Obsérvese que la expresión utilizada en el artículo 318 es "*podrá suponer*", esto es, se mueve en el plano de los efectos del convenio, no de su contenido. En efecto, pudiera parecer a primera vista que la propuesta de convenio es susceptible de incluir, a sensu contrario, quitas y esperas no solamente respecto de créditos de derecho público ordinarios y subordinados, sino también respecto de los créditos privilegiados, dado que no distingue entre ellos. Sin embargo, esta interpretación no casa con la extensión del convenio, prevista en los artículos 396 y 397. En el artículo 397 se sigue diciendo, como sucedía en la Ley 22/2003 y en el Texto Refundido, que los acreedores privilegiados quedarán vinculados al convenio aprobado por el juez "*si hubieren sido autores de la propuesta o si se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, así como si se adhieren en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez antes de la declaración judicial de su cumplimiento."* En consecuencia, no se les extienden sus efectos, salvo que hubieran llevado a cabo alguna de las actuaciones previstas (presentación de la propuesta, adhesión al convenio...). Además, el artículo 398 del Texto Refundido (que no ha sido modificado) sigue diciendo, respecto a la eficacia objetiva del convenio, que "*los créditos ordinarios y los créditos subordinados quedarán*

extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio. La misma regla será de aplicación a aquellos créditos privilegiados a los que se extienda la eficacia del convenio." Por lo tanto, el efecto novatorio propio del convenio no se extiende a los acreedores privilegiados (con las salvedades previstas en el artículo 397 citado), de modo que quedan al margen del convenio y, por tanto, no sufren ningún tipo de novación. En esta tesitura, si los créditos privilegiados no se ven afectados por el convenio, su incumplimiento no podrá ser denunciado a través de la acción de declaración de incumplimiento de convenio, pues carecerá de legitimación para ello, de acuerdo con el artículo 402 del Texto Refundido ("*Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento").*

La doctrina ha entendido que, en este caso, el acreedor de derecho público tendría las siguientes opciones[714]:

- Iniciar o reanudar, si se suspendió, la ejecución administrativa de tales créditos privilegiados, ya que con la aprobación del convenio cesan los efectos de la declaración de concurso, como lo es la paralización de las ejecuciones. Ello porque la Administración recupera con la aprobación del Convenio, sus potestades de ejecución separada.

- Como consecuencia de la imposibilidad de denunciar el incumplimiento del convenio por falta de pago, al no estar afectado por el mismo, podría acudirse a la apertura de la liquidación prevista en el artículo 407, apartado 2, del Texto Refundido: "*Si el concursado no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso*." En consecuencia, si durante la vigencia del convenio, se produce alguno de los hechos que pueden legitimar al acreedor para solicitar la declaración de concurso necesario (p.ej. impago de tributos o cuotas de seguridad social durante un período de tres meses), el acreedor público podría solicitar al juez la apertura de la liquidación[715].

---

[714] ZARCO COLÓN, P.: "*La participación en los Convenios Concursales de los Organismos Públicos". Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, ISSN 1575-5312, Nº. 17, 2007, págs. 241-256.

[715] Por su parte, la Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre, de la AEAT sobre Acuerdos singulares de pago con obligados declarados en concurso de acreedores, prevé que, en caso de incumplimiento del convenio, se comunicará al obligado al pago de las cantidades no satisfechas y la ultimación de las condiciones impuestas. Transcurridos tres meses desde la comunicación, sin que se haya efectuado el ingreso o

En todo caso, no cabe duda de que las prohibiciones impuestas en el artículo 318.2 están orientadas a atender las particularidades del crédito público y sus efectos. En primer lugar, por lo que se refiere al cambio de ley aplicable, la normativa administrativa y presupuestaria no admite la autonomía de la voluntad en este ámbito, a tenor, de un lado, del artículo 9 de la Ley General Presupuestaria, que somete los derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal a las reglas contenidas en la propia Ley y en las normas especiales que les son aplicables. En particular, añade, el precepto, "*la aplicación de los tributos se ajustará a lo dispuesto en la Ley General Tributaria de acuerdo con su sistema de fuentes".* Por su parte, es el artículo 17.5 de la Ley General Tributaria el que además declara que los elementos de la obligación tributaria no son susceptibles de ser alterados por actos o convenios de los particulares, indicando que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas. La especialidad prevista no hace más, por tanto, que respetar lo que ya figura en la normativa administrativa.

En segundo lugar, la prohibición de cambio de deudor es consecuencia de la regulación legal de los derechos de la Hacienda Pública, si bien se exceptúa el supuesto en que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago, precisamente porque ello puede ser ventajoso para del crédito público, ampliando el perímetro de la garantía y mejorando su posición inicial si el tercero es de mayor solvencia que el deudor inicial.

La prohibición de extinción de las garantías constituye un elemento, obviamente, de carácter protector, fácilmente explicable. Sin embargo, la modificación de las garantías pudiera resultar en algún caso, de utilidad, a los efectos de conseguir que el acreedor público apoye el convenio concursal, si bien no será probablemente un supuesto frecuente, pues podría plantear la necesidad de cumplir con el requisito previsto en el artículo 378 del Texto Refundido al poder suponer un trato singular que excepciona el principio de paridad de trato entre los acreedores. En efecto, en tal caso, la propuesta tendría que ser aceptada no sólo conforme a las reglas generales y especiales del artículo 376 del Texto Refundido, sino también, en la misma proporción, por el pasivo no afectado por el trato singular. De hecho, únicamente podrá soslayarse esta doble mayoría cuando

cumplimiento, se comunicará por el Jefe de la Dependencia de adscripción del deudor al Departamento de Recaudación para que examine su posible denuncia. Una vez examinada, se dará traslado por el Departamento de Recaudación al Jefe de la Dependencia de adscripción del deudor para que inste, cuando proceda, la denuncia del acuerdo. Ello dará lugar al vencimiento anticipado de los créditos que hubieran sido aplazados y quedarán sin efectos las quitas que, en su caso, se hubieran otorgado, pudiendo iniciar el procedimiento administrativo de apremio para el cobro de los créditos sujetos al acuerdo.

se considere que dicho trato singular supone simplemente mantener a favor del acreedor privilegiado ventajas propias de su privilegio, y queden sujetos a quita, espera o ambas en la misma medida que los ordinarios.

Por lo que se refiere a la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario, lo que se pretende es excluir a los créditos de derecho público de los efectos derivados de operaciones de capitalización de créditos (conocida como *debt-equity-swap*). La conversión de deuda en capital es una operación utilizada de forma habitual en los procesos preconcursales de reestructuración y refinanciación, al permitir la mejora de las ratios de endeudamiento de empresas con dificultades financieras, evitando el concurso y la posible liquidación de la compañía. La inclusión de esta previsión en sede de convenio obedece a que la capitalización también puede ser acordada dentro de un proceso concursal, como contenido del convenio y solución normal al concurso, a tenor de lo establecido en el artículo 100.2 LC, que, en su redacción inicial, ya había previsto como posible contenido de la propuesta de convenio, "*proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos."* En este precepto, la conversión de créditos se concibe como una propuesta alternativa o adicional para todos o para algunos de los acreedores o para los de una o varias clases. Tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, el apartado 2 del artículo 100 recoge ya como excepción a la extensión de los efectos derivados de proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, precisamente a los acreedores públicos. Así, se dispuso que, entre tales proposiciones alternativas, se podrían incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Durante la tramitación parlamentaria para la convalidación del Real Decreto-Ley citado la Ley 9/2015 se añadió en el apartado 2 del artículo que la propuesta de convenio podría contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales, considerando como tales las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones

o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. En este punto, la Exposición de Motivos no aclara la motivación del cambio, limitándose a indicar que "*Se admiten proposiciones alternativas, como las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos*". La doctrina[716] ha interpretado que ello permite sostener el carácter alternativo de dicho contenido, ya que el anterior artículo 134.1 LC preveía la facultad de los acreedores subordinados de aceptar propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. En consecuencia, si no se hubiera ejercitado la opción, lo que se extendería a los acreedores sería el contenido general, sin imponer a los acreedores la capitalización sin su consentimiento[717].

Desde esta perspectiva, se plantea la duda de si era necesaria o no la mención expresa de los acreedores públicos, a efectos de garantizar su exclusión, dada la posibilidad legal de no consentir la aplicación de la capitalización a sus créditos. En tal caso, habría de ser el convenio el que predeterminase la opción aplicable si no consintieran la capitalización. En sede preconcursal, la consecuencia legal sería la asunción de una quita equivalente al valor nominal de las acciones o participaciones (más en su caso la prima de emisión) que le corresponderían en caso de haber optado por la capitalización. Dados los efectos inciertos de tal posibilidad, el legislador ha preferido excluirlos de una posible quita que, en la práctica, podría suponer la renuncia íntegra al cobro de su crédito.

Sea como fuere, el artículo 318.2 excluye de forma clara (como se hacía ya desde el Real Decreto-Ley 11/2014) a los acreedores públicos. Las razones de la exclusión son diversas. Carece completamente de sentido que la Seguridad Social, la Hacienda Pública o cualesquiera otros acreedores de derecho público se conviertan en socios de sociedades en crisis, pues, en la actualidad, no disponen de medios (personales, materiales) para poder defender eficazmente sus derechos en el seno de las sociedades concursadas, dada

[716] GALLEGO CÓRCOLES, A.: "*La capitalización de créditos mediante el aumento del capital social (debt-equity-swap)".* Editorial Aranzadi, 2019. Págs. 148-149.

[717] Existiendo, sin embargo, posiciones a favor de considerarlo como contenido adicional, lo que implica que podría imponerse a los acreedores sin su consentimiento. Vid. DÍAZ MORENO, A. "*La capitalización de créditos en los acuerdos de refinanciación homologados y en el convenio concursal: la posibilidad de imponerla sin contar con el consentimiento de los acreedores afectados*". Gómez Acebo y Pombo, 2014. Pág.2. CABANAS TREJO. R.:" *La penúltima reforma concursal: breve apunte de la Ley 9/2015, de 15 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal"* en Diario La Ley nº 8562, 2015, pág. 4 y nota 3.

su presencia en la inmensa mayoría de los concursos en España, no siendo, por lo demás, su cometido propio.

En segundo lugar, tal conversión de deuda en capital supondría la transformación de un crédito de derecho público, privándole de sus caracteres y clasificación privilegiada, una vez que hubiera finalizado el procedimiento, lo que exigiría una modificación sustancial de la normativa presupuestaria y tributaria. En el caso de acciones y participaciones, la admisión de tal posibilidad constituiría una excepción a la normativa que rige el patrimonio de las Administraciones Públicas, que establece reglas rígidas para la adquisición, tenencia y enajenación de valores mobiliarios. Y, en lo que respecta a los préstamos participativos, las dificultades tampoco son menores, pues exigiría un seguimiento continuado de los rendimientos obtenidos por cada sociedad, dado que la recuperación de crédito se lleva a cabo con cargo a los beneficios, de acuerdo con lo que al efecto pudiera establecerse en el convenio, lo que, ante el volumen de concursos gestionados por las entidades públicas, sería en la práctica inviable sin una dotación extraordinaria de medios a tal efecto.

En definitiva, las modificaciones introducidas en el régimen jurídico de los créditos de derecho público, en sede de convenio, han supuesto la positivización, a sensu contrario, de la viabilidad legal de quitas y esperas, en términos idénticos que los aplicables a créditos privados respecto a créditos ordinarios y subordinados, sin que se haya modificado en este punto la posición de la parte privilegiada del crédito público en el convenio concursal. Con todo, debe destacarse, como ya hemos indicado en otro lugar, que se ha producido una ruptura del efecto *"espejo"* pretendido entre el preconcurso y el concurso, pues en el caso concreto de los créditos de derecho público las quitas quedan vedadas en preconcurso y admitidas, por el contrario, en sede de convenio, siendo susceptible este aspecto de erigirse en un incentivo para preferir la suscripción de un convenio en lugar de un plan en el caso de que sea necesario imponer esta medida al crédito público para poder acometer la reestructuración, máxime si tenemos en cuenta que además en convenio no se exigirá la acreditación de encontrarse al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social[718].

[718] Vid. GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN, P. "El Convenio en la nueva regulación del concurso de acreedores", en Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, Dir. PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N. Ed. Aranzadi, 2022, pág.184. Califica esta regulación como un "superprivilegio" a favor de los acreedores públicos, entendiendo que no constituye una demostración del

Por otra parte, la Ley de Reforma ha introducido una nueva figura, la modificación del convenio, que en su momento fue incluida de manera provisional (a través de la Disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 11/2014, posteriormente tramitado como Ley 9/2015, de 25 de mayo), recuperada también como medida excepcional a través del artículo 8 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril y en el artículo 3 de la Ley 3/2020. El novedoso artículo 401 bis contempla, por tanto, de nuevo, el denominado reconvenio, permitiendo que, transcurridos dos años de su vigencia, el concursado pueda presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en riesgo de incumplimiento, alegando para ello causa que no le sea imputable a título de dolo, culpa o negligencia y siempre que justifique debidamente que la modificación resulta imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa. Los acreedores privilegiados (incluyendo, por tanto, la parte privilegiada del crédito público) que, su momento, hubieran suscrito la propuesta o se hubiesen adherido a ella durante el período de formación del acuerdo, integrarán el pasivo computable (art. 377 TRLC), de modo que serán convocados para adherirse a la modificación en relación a aquella parte de sus créditos que quedaran pendientes de pago[719], a los efectos de conformar las mayorías necesarias para la aprobación conforme a lo que resulta del convenio que se pretende modificar.

2. La actuación de las Administraciones Públicas en el prepack concursal.

La venta de la unidad productiva, o unidades productivas de la empresa, ha sido una de las figuras que se ha venido demostrando como útil a los efectos del cumplimiento de los fines del concurso, en la medida en que facilitan el repago a los acreedores al tiempo en que permiten la continuidad de la actividad empresarial o, al menos, de una de sus unidades productivas. Con ello también se cumple la función de selección natural, propia del Derecho de la Competencia, en el sentido de que facilita la continuidad de la actividad empresarial que es viable por tratarse de una empresa en funcionamiento (*as a going concern*), si bien ya no en poder del concursado, permitiendo la maximización de valor a los acreedores, pues habitualmente implica un mayor valor que el que se obtendría

propósito de la Ley 16/2022, de potenciar el convenio. A nuestro juicio, ello es cierto respecto a la liquidación, pero no respecto al plan de reestructuración, como hemos visto.

[719] La modificación no afectará a los créditos devengados o contraídos durante el período de cumplimiento del convenio originario (art. 401 bis TRLC).

mediante la enajenación o venta de cada una de las piezas que la componen (*piecemeal liquidation*)[720].

Prescindiendo de cierta regulación que ya estaba presente en los artículos 148 y 149 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que regulaba la figura de forma ciertamente incompleta, a lo que se añadía además la mención del artículo 100.2 relativa a la enajenación de unidades productivas en el convenio (el denominado convenio de asunción de pasivo[721]), la introducción de la misma en nuestro Derecho se produjo tras la aprobación del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, mediante la inclusión de nuevo precepto, el artículo 146 *bis*, bajo la rúbrica «*Especialidades de la transmisión de unidades productivas*», que tenía vocación de aplicarse a la transmisión de unidades productivas en fase común, en convenio y también en liquidación.

Con posterioridad, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en sus artículos 215 a 225, reguló de una forma sistemática y ordenada la enajenación de unidades productivas en sede concursal. La Ley de Reforma, por su parte, ha introducido importantes novedades (artículos 224 *bis* a *septies* del TRLC)[722], las cuales han tenido una influencia decisiva en los mecanismos de reestructuración empresarial, además de aprovechar la ocasión para llevar a cabo algunas modificaciones necesarias en los artículos 215 y siguientes, en las normas generales. El hito final viene constituido por la publicación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, que se ocupa específicamente de la enajenación de unidades productivas (entre otras cuestiones).

---

[720] Al respecto, vid. RUBIO VICENTE, P. J.: «La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº292, 2014; BRENES CORTÉS, J.: «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº55, mayoagosto (2021); SANZ SANZ, A.: *La enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores*, Editorial La Ley, 2022.

[721] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (2014), pp. 1864-1899.

[722] Dado que, de acuerdo con el artículo 224 bis, apartado 8, la transmisión de la unidad o de las unidades productivas al adjudicatario estará sometida a las demás reglas establecidas en esta ley para esta clase de transmisiones, se analizarán estos aspectos, así como los específicamente aplicables en sede de prepack.

Nos vamos a referir aquí a las implicaciones que para las Administraciones Públicas presenta el denominado prepack concursal, proveniente de otras jurisdicciones (singularmente holandesa)[723], el cual ha pretendido viabilizar la enajenación de unidades productivas en sede fundamentalmente concursal, incentivando su utilización y haciéndola más eficaz, incluyendo una fase preconcursal relevante que permite la conservación de valor de la empresa y la rapidez en la formalización de la venta, sin merma de garantías para los intervinientes. En esencia, en los procedimientos de *pre-pack*, la empresa del deudor o parte de ella se vende como empresa en funcionamiento en virtud de un contrato negociado de forma confidencial antes del inicio de un procedimiento de insolvencia bajo la supervisión de un supervisor designado por un órgano jurisdiccional y seguido de un breve procedimiento de insolvencia, en el que la venta prenegociada se autoriza y ejecuta formalmente.

La Ley 16/2022 ha introducido algunos cambios principalmente procedimentales en el *prepack* concursal, regulando con mayor detalle la fase preconcursal por el deudor de la oferta de compra con la finalidad de que, una vez declarado el concurso, se autorice judicialmente la venta, la cual tendrá la protección legal que le confiere el propio concurso.

Esta opción se había incluido previamente en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y con anterioridad a la Ley 16/2022 estaba prevista en el art. 530 del Texto Refundido de la Ley Concursal, la cual deroga este precepto, introduciendo en su lugar el citado artículo 224 bis. El precepto en cuestión, dedicado a la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, se ubica al final de una subsección destinada a regular las especialidades de la enajenación de unidades productivas. No obstante, los artículos 224 *ter* a *septies*, que se ocupan de la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, se ubican en una subsección siguiente distinta y por lo tanto parece que ajena a las especialidades relativas a la enajenación de unidades productivas. Por otro lado, los preceptos no siguen un orden cronológico, como correspondería, pues primero se regula

[723] Puede verse específicamente sobre este particular: GILO GÓMEZ, C.: «Pre-pack concursal y Derecho comparado», en *Estudios de Deusto*, vol. 69/2, julio-diciembre 2021; GALLEGO CÓRCOLES, A.: «Solicitud de concurso con oferta de adquisición de unidades productivas y ventas prepack en la proyectada reforma concursal», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº166, 2022.

la solicitud de concurso con su tramitación posterior, y a continuación, la designación del experto, a pesar de que en teoría debería ser anterior en el tiempo.

En todo caso, debe tenerse presente que la transmisión de la unidad o de las unidades productivas al adjudicatario estará sometida a las demás reglas establecidas en la ley para esta clase de transmisiones, habiéndose acogido la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 28 de abril de 2022 (C-237/20), que implica que tanto en un supuesto como en otro serán igualmente de aplicación las reglas concursales sobre sucesión de empresa previstas para la transmisión de unidades productivas. Por lo tanto, una vez que se haya adjudicado una determinada unidad productiva del deudor concursado, las reglas aplicables a esta transmisión serán las mismas que resultan de aplicación a cualquier enajenación de esta naturaleza (artículo 224 *bis* 8 del TRLC, con remisión a los artículos 215 y siguientes del TRLC), normas entre las que destacan las relativas a la subrogación del adquirente en los contratos, licencias o autorizaciones necesarios para la continuación de la actividad empresarial, delimitación del perímetro de la sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social, etc.

Ahora bien: la nueva regulación no permite concluir que se haya pretendido proteger una transmisión de unidad productiva fuera del concurso con los mismos efectos que si hubiera tenido lugar en sede concursal, ya que, si esa hubiera sido la voluntad del legislador, se hubiera plasmado de forma expresa. En efecto, la venta de unidad productiva que se realice fuera del concurso queda sometida a las reglas generales mercantiles, administrativas, tributarias, laborales y de seguridad social, aplicables a cualquier otro tipo de enajenación, y en especial, a las reglas de la sucesión de empresa y a la responsabilidad solidaria del adquirente por deudas tributarias, laborales y de seguridad social. De la regulación expuesta se deduce que el supuesto de venta de unidad productiva gestionada por experto nombrado judicialmente, cuando no haya ido seguida de una declaración de concurso, se regirá por la normativa general mercantil propia de toda enajenación, siendo rescindible en un plazo de dos años, por lo que no parece probable que ello vaya a tener lugar en la práctica ante la ausencia de incentivos para ello.

Dado el objeto del presente análisis, se analizarán únicamente los puntos de conexión entre la institución del prepack concursal y la actuación de las Administraciones Públicas,

haciendo especial referencia a las novedades que presenta la Ley 16/2022. Resulta particularmente relevante en relación con el tema que nos ocupa la delimitación del perímetro de la unidad productiva. Para ello, ha de partirse, como hasta ahora, de la definición de unidad productiva, pudiendo considerarse como tal la existencia de un conjunto de bienes y derechos que forman parte de la empresa, como una unidad autónoma e independiente, siguiendo en este punto el concepto que figura contemplado en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores al hilo de la sucesión de empresa: "*cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*». Este concepto aparecía ya recogido en el artículo 149.2 de la Ley Concursal, y en la actualidad el artículo 200 del Texto Refundido contiene una definición similar, pero sin hacer mención del mantenimiento de la identidad, de modo que este requisito no será por tanto exigible.

El artículo 218.2 se refiere concretamente a la delimitación del perímetro, declarando que cualquier oferta de adquisición deberá consignar «*la determinación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta*». La competencia para la delimitación del perímetro corresponde al juez competente para declarar el concurso (art. 212.2 TRLC), sin perjuicio de que la labor de identificación corresponda en primer lugar al administrador concursal, mediante la elaboración del inventario de la masa activa del concurso. En este sentido, el artículo 293.2 exige hacer constar la valoración si una empresa forma parte de la masa activa, tanto en su conjunto como de cada una de las unidades productivas que la componen, en continuidad y en liquidación. Debe precisarse, con todo, que la inclusión de la unidad productiva en el inventario tiene carácter meramente informativo, pues este es el valor jurídico del mismo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia.

En punto a las especialidades que prevé el *prepack* concursal, se mantiene la previsión del ya derogado artículo 530, de que la propuesta de compra se realice por escrito, pero no se limita a la adquisición de unidades productivas "*en funcionamiento*", sino que puede hacerse con el compromiso del adquirente de reiniciar la actividad. Por otro lado, el artículo 214 bis prevé que el adquirente pueda ser un acreedor o un tercero, si bien si fuera el adquirente una persona especialmente relacionada con el deudor no podría eximirse de responsabilidad por deudas concursales o contra masa, por vedarlo el artículo 224.2. El

artículo 224 bis prevé que la oferta incluya el compromiso de mantenimiento/reinicio de la actividad durante un período mínimo de tres años, de modo que cualquier afectado podría efectuar una reclamación de daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Parece que los afectados deberían ser los trabajadores o también contrapartes de contratos asumidos por el adquirente, entre los cuales podría incluirse, claro está, las Administraciones públicas, en los términos que veremos posteriormente.

En segundo lugar, en lo que hace al procedimiento, cabe reseñar que el juez de lo mercantil, tras analizar si la oferta cumple con los requisitos el art. 224 bis, en el propio auto de declaración de concurso, concederá un plazo común de quince días para que la administración concursal emita informe de evaluación de la propuesta y los acreedores se puedan personar y realizar alegaciones, así como para que cualquier interesado pueda presentar propuesta vinculante alternativa. El juez de lo mercantil será el competente para declarar la sucesión de empresa y determinar si la oferta abarca los activos, pasivos y relaciones laborales que integran la empresa. A tal efecto, deberá recabar el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al que se refiere el artículo 221.3, relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de seguridad social relativas a estos trabajadores, debiendo emitirse en el plazo improrrogable de diez días.

También deberá el juez del concurso dar audiencia a los acreedores privilegiados para la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente (art. 212 TRLC), entre los cuales estarán, en su caso, los acreedores públicos. Finalmente, debe indicarse que la resolución que apruebe la venta no será susceptible de recurso de apelación sino únicamente de reposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 518.

Analizadas las especialidades procesales del novedoso artículo 214 bis, la problemática que plantea el *prepack* concursal, como ha venido sucediendo en relación a la enajenación de la unidad productiva en la normativa anterior, se centra en los efectos de la transmisión de la unidad productiva, singularmente: la problemática de la sucesión de empresa, la subrogación en los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y

los efectos sobre los créditos pendientes de pago cuando tiene lugar la transmisión[724]. Analizaremos la posición de las Administraciones públicas y de los créditos públicos en estos concretos aspectos.

- **La problemática de la sucesión de empresa**

El Texto Refundido de la Ley Concursal vino a acoger la tesis mantenida por los Juzgados de lo Mercantil en materia de sucesión de empresa, declarando la competencia exclusiva del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión empresarial (art. 221.2 TRLC) [725] . Esta interpretación no era la que venían manteniendo los órganos de la jurisdicción social [726] , lo que generaba disfunciones en la práctica, porque tras la enajenación de unidad productiva y cancelación de cargas, los órganos de la jurisdicción social acordaban la derivación de deudas al adquirente (que no habían sido tenidas en cuenta por no formar parte del perímetro de la unidad productiva en la oferta) por razón de que las decisiones del órgano mercantil no resultaban vinculantes en sede social[727].

[724] FLAQUER RIUTORT, J. "La venta de unidad productiva de la empresa en crisis-Especial referencia al mecanismo de prepack concursal", Indret, 3.2023.

[725] Habiendo sido objeto de crítica la decisión adoptada en su momento, pues ello podía suponer una extralimitación por ultra vires al implicar una modificación de las competencias de los Juzgados y Tribunales que exigía Ley Orgánica. Esta crítica ha perdido virtualidad práctica tras la aprobación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal.

[726] Entre otras, SSTS 29 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5228/2014), 11 de enero de 2017 (ROJ: STS 456/2017), 17 de enero de 2019 (ROJ: STS 367/2019) y 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 418/2019).

[727] Ello dio lugar a una ingente litigiosidad, en cuyo contexto el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (si bien en realidad totalizaban siete) para determinar si era conforme a la normativa comunitaria laboral (Directiva 2001/23, con anterioridad Directiva 98/50/CE) que en situación concursal se pudiera declarar que el adquirente no se subrogase en las deudas de Seguridad Social. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó el Auto de 28 de enero de 2015, en el que declaró que "*la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que:*

— en el supuesto de que, en el marco de una transmisión de empresa, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia que esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la mencionada Directiva, ésta no se opone a que dicho Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente,

— sin perjuicio de las disposiciones previstas en su artículo 3, apartado 4, letra b), dicha Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales

Tras la reforma operada por la Ley 16/2022, el artículo 221 del TRLC, bajo la rúbrica «*Sucesión de empresa*», se proclama que, en caso de enajenación de unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa, disponiendo que el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de esta situación, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen. Esta previsión se completa con el artículo 52.1. 4ª del TRLC, que señala que la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente para «*la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran*». Esta posición es trasladable, mutatis mutandis, a las enajenaciones de unidades productivas vía prepack, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2022, Asunto C-237/20, *Heiploeg*, a tenor de la cual, a efectos laborales, es equiparable la transmisión que tenga lugar en sede concursal con la que tenga lugar bajo supervisión judicial, iniciada antes de la declaración concursal, previa designación del experto a tal fin.

En este sentido, el artículo 224.1.3º aclara ahora que la transmisión de la unidad productiva no llevará aparejada la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, concursales o contra masa, con determinadas excepciones, entre las cuales se cita expresamente el supuesto en que tenga lugar la sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. De este modo, se habilita al juez del concurso a acordar, respecto de estos créditos, que *el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.* Esta previsión dota de mayor seguridad jurídica a las enajenaciones, en la medida en que soslaya el riesgo soportado con anterioridad por el adquirente de la

que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario." Vid. ORELLANA CANO, N. "Sucesión de empresa y concurso de acreedores: a propósito del Auto de 28 de enero de 2015" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23/2015.

unidad productiva, al permitirle conocer de antemano el perímetro de cargas laborales y sociales anejas de las que deberá responder, pudiendo formular su oferta en términos más precisos[728].

- **La subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial**

El artículo 222 del Texto Refundido de la Ley Concursal establece como regla general que el adquirente de la unidad productiva pueda subrogarse en los contratos afectos a la actividad empresarial o profesional que se desarrollen en esa unidad, sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte. Esta regla es de extraordinaria virtualidad práctica, pues de un lado, dota de mayor valor a la unidad productiva que se transmite y permite la continuidad de la actividad que se viniera desarrollando, de forma natural[729], amén de reducir la generación de créditos contra masa derivados de los contratos afectos. La problemática se torna compleja cuando trasladamos estas consideraciones al ámbito administrativo, y en concreto, a licencias, autorizaciones o contratos administrativos. El artículo 222.3 prevé la subrogación de licencias o autorizaciones administrativas, sin más, cuando éstas se encuentren afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que formen parte de la unidad productiva. En este caso, resulta conveniente comunicar dicha circunstancia a la Administración correspondiente, por motivos de seguridad jurídica[730].

En este punto, ha de efectuarse una importante precisión terminológica, pero que incide de forma sustancial en el régimen jurídico de la subrogación automática que examinamos. El artículo 222 del Texto Refundido de la Ley Concursal cita específicamente "*licencias o autorizaciones administrativas*". No incluye, por tanto, las denominadas concesiones demaniales, títulos administrativos habilitantes para la utilización del demanio, cuya

[728] Debiendo, no obstante, tener en cuenta la limitación contenida en el artículo 224.2, a cuyo tenor en los supuestos en los que el adquirente sea persona especialmente relacionada con el deudor, sí se subrogará en todas las deudas laborales y de la seguridad social de éste.

[729] Con anterioridad la jurisprudencia había venido imponiendo en ocasiones la subrogación contractual forzosa. Como ejemplo, cabe citar el auto del Juzgado de lo Mercantil nº12 de Madrid, de 4 de diciembre de 2012; y del auto del Juzgado de lo Mercantil nº8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013.

[730] VERDUGO GARCÍA, J. y FARIÑAS PEÑA, J. M.: «Transmisiones de unidades productivas y cesiones de contratos: ¿deben comunicarse a las contrapartes cedidas?», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº34, enero de 2021.

regulación general está constituida por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto. La aplicación de dichas normas ha de realizarse tomando en consideración el artículo 84.3 de la Ley 33/2003, a tenor del cual las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de dicha ley. En consecuencia, el régimen jurídico aplicable a las concesiones demaniales vendrá determinado, en primer lugar, por la normativa administrativa sectorial que corresponde a la naturaleza del demanio (p.e. Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, tratándose de puertos de interés general), y supletoriamente, los artículos 91 y siguientes de la Ley 33/2003, así como su normativa de desarrollo.

El artículo 94 de la Ley 33/2003 regula las prohibiciones para ser titular de concesiones demaniales, declarando que en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. *Cuando, posteriormente al otorgamiento de la concesión, el titular incurra en alguna de las prohibiciones de contratación se producirá la extinción de la concesión* (la cursiva es nuestra). En este punto, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 71.1.c) de la Ley 9/2017, que incluye dentro de las prohibiciones para contratar la solicitud de concurso voluntario, la declaración de concurso, etc con la salvedad de la eficacia de un convenio o un acuerdo extrajudicial de pagos (planes de reestructuración o planes de continuación, ex DA9ª Ley 16/2022). Además, comoquiera que la apertura de la fase de liquidación concursal produce ex lege la extinción de la personalidad jurídica de la concursada, se producirá también la extinción de la concesión (art. 100.a) de la Ley 33/2003). Asimismo, a ello ha de añadirse que la transmisión de las concesiones demaniales exige previa conformidad de la autoridad competente para su otorgamiento (art. 98 Ley 33/2003), debiendo ostentar el nuevo concesionario aptitud para contratar, de acuerdo con lo expuesto.

Todas estas circunstancias han de ser ponderadas debidamente en la enajenación de la unidad productiva, por cuanto que existen actividades económicas que requieren para su desarrollo la vigencia de la concesión demanial, de modo que su extinción podría provocar la pérdida de valor de la unidad productiva, siendo que la conculcación de la normativa específica podría provocar la nulidad del título en sede administrativa, con la consiguiente inoponibilidad respecto a la Administración concedente, además de un probable conflicto de jurisdicción entre ésta y el juez. Como ejemplo de ello, puede citarse a este respecto la Sentencia núm. 1/2021, de 24 de marzo, recaída en el Conflicto de Jurisdicción n.º 4/2020, suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Pontevedra y el Delegado del Gobierno en Galicia, en la que se concluyó que no existía ningún elemento de interpretación gramatical, funcional o teleológica que permitiera sostener que el art. 146 bis de la Ley Concursal, actual art. 222 del Texto Refundido de la Ley Concursal, atribuya competencia alguna al juez del concurso sobre el régimen de la concesión demanial, ni que la situación de concurso de la concesionaria produzca un desplazamiento de las competencias de la Administración para resolver sobre la eventual extinción *ex lege* de la concesión por la disolución de la entidad mercantil concesionaria, como efecto impuesto legalmente por la apertura de la fase de liquidación del concurso. En consecuencia, la Sentencia estimó el conflicto de jurisdicción, declarando que correspondía a la Administración la potestad para resolver la extinción de la concesión demanial, todo ello a pesar de haber sido previamente prevista dicha transmisión en el plan de liquidación aprobado y autorizado todo ello por el juez del concurso[731].

La norma prevé también ciertas excepciones a la subrogación automática en los contratos afectos a la actividad empresarial. En primer lugar, la cesión de contratos administrativos, que se producirá de conformidad con lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público (artículo 222.2 del TRLC). Esta remisión ha de entenderse realizada a todos los que sean necesarios para su aplicación, incluyendo el órgano competente y la forma de proceder para acordar en su caso la resolución. Por su parte, el artículo 214 de la citada

[731] En ella se citan como precedentes jurisprudenciales la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 3/2017, de 12 de julio: *«[…] la jurisdicción atribuida al juez del concurso para conocer de cualesquiera cuestiones relacionadas con el proceso universal, con desplazamiento del órgano primariamente competente –sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo– supone una excepción al principio de improrrogabilidad y, por ello, debe ser objeto de una interpretación estricta y está sujeta a ciertos límites […]»* y entiende que este criterio ha de presidir la interpretación del art. 146 bis de la Ley Concursal (con cita también de la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales 5/2016, de 15 de diciembre).

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de Sector Público[732], en sede de cesión de los contratos, precisa que, al margen de estos supuestos de sucesión del contratista citados y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos. los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Como regla general, no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato. En este precepto, sí se ha tenido en cuenta, dentro de los requisitos previstos para autorizar la cesión, que dicha transmisión tenga lugar en sede de concurso o preconcurso del contratista. En efecto, se exige que la cesión sea autorizada por el órgano de contratación de forma previa y expresa, que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y solvencia exigible en función de la fase de ejecución del contrato, incluso clasificación si tal requisito hubiera sido exigido al cedente, no estar incurso en prohibición para contratar y que sea formalizada en escritura pública. En lo tocante al requisito relativo a que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato, se reconoce una importante excepción, pues no será de aplicación este requisito si la cesión *se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de*

[732] El artículo 98.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de Sector Público, prevé expresamente que en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, ha introducido como novedad la obligación de comunicar estas circunstancias, si bien puede hacerse a posteriori, una vez que las mismas se hubieran producido.

convenio, en los términos previstos en la legislación concursal[733]. Esta previsión facilita la transmisión del contrato afecto a la unidad productiva por vía de cesión contractual, ya tenga lugar ésta en sede concursal como preconcursal, debiendo sustituirse la referencia al acuerdo de refinanciación por el plan de reestructuración[734]. La incorporación de este inciso constituye una de las novedades introducidas por la Ley 9/2017. El límite vendrá lógicamente determinado por la vigencia del contrato que se ceda, pues una vez extinguido (por resolución del contrato, expiración del plazo temporal), la cesión no será posible.

Por otro lado, en punto a los efectos de la cesión, el artículo 214.3 de la Ley 9/2017 indica que el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente, sin limitación de ningún tipo. Ello supondrá que, salvo pacto en contrario, el cesionario quedará vinculado a la relación contractual desde su origen, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia contencioso-administrativa[735], por lo que los posibles incumplimientos anteriores a la cesión del contrato que pudieran dar lugar a indemnizaciones de daños y perjuicios a favor de la Administración o de terceros deberán ser asumidos por el cesionario[736]. Ello es consecuencia de una novación modificativa subjetiva que implica la desaparición del contratista de la relación jurídica contractual y su sustitución por el cesionario, sin alteración del objeto. La jurisprudencia ha declarado

[733] No obstante lo anterior, se añade que el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

[734] De conformidad con la Disposición adicional novena de la Ley 16/2022, desde la entrada en vigor de la ley, las referencias normativas a los acuerdos de refinanciación y, en su caso, a los acuerdos extrajudiciales de pagos, han de entenderse realizadas a los planes de reestructuración regulados en el libro segundo y, tratándose de microempresas, a los planes de continuación en el libro tercero.

[735] En lo que hace a la responsabilidad del cesionario por las obligaciones anteriores a la cesión, salvo pacto en contrario, vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 14 de octubre de 2005, recurso núm. 1125/2003.

[736] Vid. en este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de noviembre de 2015, que señala que "*La transmisión de la unidad productiva que incluye la concesión administrativa portuaria reflejada en el plan de liquidación, a la que se contraen las observaciones de la Autoridad Portuaria de Motril, requiere la autorización expresa y previa de la autoridad portuaria, así como el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados c) y d) del apartado segundo del artículo 226 de la Ley de Contratos del Sector Público, llevándose a cabo, como excepción a la regla general, la subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente".*

que, una vez producida la cesión, no cabe alegar que el plazo de ejecución o el precio son insuficientes[737]. Además, ha de tenerse en cuenta que la cesión determina la extinción de la fianza que se hubiera constituido, de modo que la Administración al autorizar la cesión requerirá al cesionario para que sustituya la garantía prestada por el contratista inicial[738]. Las consideraciones anteriores son aplicables, en consecuencia, al adquirente de la unidad productiva que se constituya en cesionario de un contrato administrativo, también en sede de prepack, de modo que al formular su oferta el adquirente deberá tener en cuenta la totalidad de los efectos de la cesión y la subrogación en la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato original, sin poder acordar modificación o modulación alguna al respecto. En segundo lugar, en cuanto a los restantes contratos no laborales, debe destacarse que no es obligatoria la subrogación para el adquirente (aunque sí automática para la contraparte) por lo que éste habrá de delimitar claramente en su oferta, al fijar el perímetro de la unidad productiva, los contratos en los que pretende subrogarse.

Finalmente, debemos dar cuenta de la Propuesta de Directiva sobre Insolvencia de 7 de diciembre de 2022 que contiene una serie de reglas relevantes sobre la cesión o resolución de contratos vigentes en el momento de la enajenación de la unidad productiva en prepack, alguna de las cuales incide directamente sobre los contratos públicos. En efecto, el artículo 27.2.b) de la misma establece que los Estados miembros velarán por que el Juez pueda decidir la resolución de un contrato vigente al momento de la transmisión, siempre que ello redunde en beneficio de esa unidad productiva *o se trate de un contrato público y el adquirente carezca de los requisitos técnicos y legales para prestar los servicios prestados en dicho contrato.* Esta previsión supone el reconocimiento de la vigencia y aplicación de los requisitos de capacidad y solvencia requeridos por la normativa de contratación pública, admitiendo este supuesto como excepción a la subrogación automática del adquirente, resultando de todo punto lógica la excepción dado que la normativa sobre contratación pública también se encuentra armonizada a nivel

[737] Vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 28 de junio de 2012, recurso núm. 6556/2009, y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 17 de junio de 2006, recurso núm. 3907/2004. En este sentido, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia 8/2012, de 27 de noviembre, y el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 2/2013, de 11 de abril. Sobre esta cuestión, ÁLVAREZ HERRANZ, B.: "Comentario al artículo 214", en Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, Dir. RECUERDA GIRELA, M.A. Ed. Civitas, 1ª Ed. 2018.

[738] STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª),14 de octubre de 2005, recurso núm. 1125/2003.

comunitario en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de las cuales la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es norma de transposición.

- **Los efectos sobre los créditos pendientes de pago**

El artículo 224 del Texto Refundido de la Ley Concursal establece como principio la exención de responsabilidad por el pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean éstos concursales o contra la masa. Por ello, la obligación principal del adquirente será el pago del precio, el cual pasará a formar parte de la masa activa del concurso, sin que en principio se asuma obligación alguna por la existencia de deudas anteriores[739]. Esta regla general conoce determinadas excepciones:

- Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación, debiendo incluirse en la oferta. Ello puede dar lugar en la práctica a la alteración de pagos en sede concursal, salvo que ello se hubiera llevado a cabo en un convenio de asunción y con las garantías previstas para los acreedores en los artículos 351ss[740].

- Cuando así lo establezca una disposición legal. Esta previsión supone una habilitación legal, en la que podría encajar la asunción por el cesionario de los derechos y obligaciones derivados de la cesión de un contrato administrativo, de acuerdo con el artículo 214.3 de la Ley 9/2017, ya citado.

- Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el

[739] Por su parte, el artículo 28 de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, recoge también este principio general al prever que «*los Estados miembros velarán por que el adquirente adquiera la empresa del deudor o parte de la misma libre de deudas y pasivos, a menos que el adquirente consienta expresamente asumir las deudas y los pasivos de la empresa o de parte de la misma*». A diferencia de lo que sucede con la normativa concursal actualmente vigente, permite la exención de responsabilidad, incluso para las personas adquirentes especialmente relacionadas con el deudor concursado.

[740] MUÑOZ PAREDES, J. Mª y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 224», *op. cit.*, p. 222.

Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Por lo tanto, como se ha señalado, solamente se producirá la asunción respecto de los concretos trabajadores de la unidad productiva en la que queda subrogado el adquirente, y no respecto de todos los trabajadores del concursado.

-Cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado, lo que se explica por el objetivo de evitar transmisiones de carácter fraudulento, en las que no hay propiamente un cambio de titular real, siendo identificable el transmitente con el adquirente[741].

Respecto de los créditos tributarios, no procedería aplicar la responsabilidad solidaria del art. 42.1c) LGT en relación con las deudas contraídas por el titular de una explotación o actividad económica (*ongoing concern*, la empresa del concursado) a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en el marco de un procedimiento concursal. Tales deudas tributarias pueden ser anteriores o posteriores al concurso. Ello no será aplicable a los adquirentes de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones, realizadas por una o varias personas o entidades, permitan la continuación de la explotación o actividad[742]. Por lo tanto, en el ámbito del prepack concursal, en la medida en que la transmisión se realice bajo el marco del concurso, no habrá lugar a la derivación de responsabilidad tributaria solidaria al adquirente por obligaciones tributarias del deudor concursado, consecuencia del ejercicio de su actividad[743].

---

[741] Simplemente reseñaremos que se trata de una cuestión controvertida doctrinalmente, en la que parece que la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022 pretende incidir, permitiendo que el legislador nacional extienda la exención a las personas especialmente relacionadas.

[742] La adquisición de elementos aislados que no permiten la continuidad de la actividad o explotación económica están fuera del ámbito de aplicación de la cláusula de responsabilidad solidaria, pudiendo resultar de aplicación otras cláusulas de responsabilidad tributaria (subsidiaria) como la del art. 43.1.d LGT que afecta a los bienes afectos al pago de deudas tributarias de acuerdo con el art. 79 LGT, aplicable por ejemplo en adquisiciones/transmisiones inmobiliarias.

[743] Por el contrario, fuera del procedimiento concursal, el artículo 42.1.c) de la Ley General Tributaria sí permite la derivación de la responsabilidad, con la salvedad prevista en el artículo 175.2 de la citada Ley, que consagra el derecho del adquirente, previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En este caso quedará la responsabilidad de la adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilitase en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la

Por su parte, cuando se trate de la enajenación de unidad productiva que incluya bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, debe destacarse la regla contenida en el artículo 214.1. 3º, que prevé que *cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía.* En la práctica, ello supone que estos acreedores públicos conservan incólumes sus derechos de cobro en sede concursal, sin perjuicio de la posibilidad de ejecutar la garantía para el cobro de su crédito, lo que la doctrina ha considerado que estamos ante un claro privilegio a los titulares de este tipo de créditos[744]. Ello va a determinar que, a tenor del artículo 225.2, se exceptúe cancelación de cargas cuando la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial se hubiera efectuado con subsistencia del gravamen, lo que podría constituir un desincentivo a este tipo de enajenaciones[745].

responsabilidad a la que se refiere dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse.

[744] HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Comentario al artículo 214", en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, p. 1239.

[745] Al hilo de lo expuesto, debe mencionarse la problemática especial que se ha suscitado en la práctica judicial, al hilo precisamente de la derivación de responsabilidad acordada por la AEAT, al amparo del artículo 42.2.c) de la Ley General Tributaria, por razón de una venta anticipada y directa de determinadas unidades productivas autónomas, por el Juzgado de lo Mercantil, al amparo del artículo 216 del Texto Refundido de la Ley Concursal, habiendo previsto que el adquirente no se subrogaría en las deudas tributarias, de conformidad con lo establecido en los artículos 212.2 y 214.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Esta problemática es el objeto de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 2/2022, de 14 de noviembre. La AEAT se opuso a la venta directa porque el adquirente no asumiría las deudas tributarias y, además, antes entendía que debían especificarse los fondos, bienes y derechos con cargo a los cuales se pagarán los créditos privilegiados de la Hacienda. La AEAT incoó diversos procedimientos de derivación de responsabilidad tributaria a la administración concursal, al administrador societario y al adquirente, entendiendo que había una posible colaboración en la ocultación de bienes de la entidad para impedir el cobro de sus deudas tributarias. La Sentencia declaró la competencia de la AEAT para incoar los procedimientos de derivación de responsabilidad, rechazando el requerimiento de inhibición realizado por el juez del concurso, en el entendimiento de que la potestad de derivación ejercitada por la AEAT se basa en la calificación de una operación como evasora de los bienes del deudor, derivación que tiene carácter sancionador (cfr. sentencia de 6 de julio de 2015, de la Sección Segunda de la Sala Tercera, recurso de casación 3418/2013). Esto, prosigue la Sentencia, plantea si una misma operación puede ser ilícita para la AEAT como acreedor concursal y, a la vez, admisible para el juez del concurso que la autoriza y, antes, para quien actúa como delegado suyo y le propone autorizarla –la administración concursal– que, además, es declarada responsable solidario; y también plantea, la vinculación de la Administración a lo decidido en firme por el juez del concurso.

En todo caso, comoquiera que la decisión de la AEAT es impugnable en vía administrativa y económico-administrativa y, en fin, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, concluye, la legalidad de tal cuestión sustantiva se ventilará enjuiciando los acuerdos de la AEAT, pero no en sede de un conflicto

2. Las Administraciones públicas y modificaciones estructurales en convenio concursal.

El artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 5/2023 dispone que las sociedades que se encuentren en concurso podrán proceder a una transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo. En estos casos, como hemos visto, la formación de voluntad social, los derechos de los socios y la protección de los acreedores se ajustará a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley Concursal.

El precepto hace referencia al concurso, sin más, lo que permite incluir tanto la fase de convenio de acreedores como la liquidación, en relación con cualquiera de las modificaciones estructurales que se prevén (fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo), con exclusión de la transformación transfronteriza de las sociedades que se encuentren en fase de liquidación concursal, a tenor del artículo 3.4 del Real Decreto-ley 5/2023. Esta explícita opción de política legislativa está en línea con lo que se había venido produciendo en sede de concurso de acreedores, pues no había una exclusión expresa en sede de modificaciones estructurales y sí había una previsión en sede de contenido de convenio de acreedores (artículo 100.3 TRLC), de forma que solo quedaban fuera de la figura del traslado internacional de domicilio las sociedades en liquidación o las que estuviesen en concurso de acreedores, sin distinguir si estaban en fase de convenio o en fase de liquidación. Lo que sí es nuevo es la posibilidad de que participen en modificaciones estructurales de fusión, escisión y cesión global de activo sociedades declaradas en concurso no solamente cuando se haya abierto la fase de convenio sino también cuando se haya abierto la fase de liquidación (artículo 3.3 del Real Decreto-ley 5/2023), excluyendo las sociedades en liquidación concursal de la transformación transfronteriza, siendo que la Ley 3/2009 expresamente lo prohibía.

La Ley permite que la propuesta de convenio contenga no solamente medidas consistentes en quitas/esperas, sino también proposiciones adicionales para todos o algunos de los acreedores o para determinadas clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos (art. 325 TRLC). En todo caso, si la proposición adicional implicara

de jurisdicción, teniendo en cuenta que la decisión del conflicto de jurisdicción no impide seguir el procedimiento concursal.

compromisos u obligaciones a cargo de acreedores o de terceros deberá constar la firma de los compromitentes o de sus representantes en la propuesta de convenio (art. 316 TRLC)[746]. El artículo 317.2 TRLC excluye a los acreedores públicos de la posibilidad de ser destinatarios de proposiciones adicionales, por lo que, respecto a éstos, la propuesta de convenio nunca podrá prever una proposición diferente de una quita, espera, o una quita y espera. Además, debe constituir la proposición única de la propuesta de convenio para este tipo de créditos, porque no pueden ser destinatarios de proposiciones alternativas (art. 325 TRLC)[747].

Debe distinguirse la modalidad de propuesta de convenio con modificación estructural de la posibilidad de prever una posible modificación estructural como medida de saneamiento de la sociedad deudora para viabilizar el cumplimiento de la propuesta de convenio, esto es, para hacer posible el pago de los créditos con las quitas y esperas propuestas. La propuesta de convenio con inclusión de una modificación estructural ha de cohonestar la regulación concursal con la operación societaria que se pretenda llevar a cabo por la deudora, así como con la persona jurídica con la que pretenda realizar dicha operación. Es preciso tener en cuenta el compromiso de la otra sociedad, establecer la regulación del derecho de oposición de los acreedores y el efecto que la operación

[746] Al hilo de esta previsión, traemos a colación la práctica que se ha extendido con relación a la forma de realización de los pagos previstos en cumplimiento del convenio. En concreto, es habitual imponer a los acreedores, en la propuesta de convenio, la carga de comunicar en un plazo razonable (usualmente, tres meses) la cuenta corriente en la que solicitan que se realice el pago de sus respectivos créditos por medio de transferencia bancaria, advirtiendo que si no se efectúa la comunicación en el plazo establecido, se renuncia automáticamente y sin necesidad de advertencia o formalidad alguna ulterior, al pago respectivo, no debiéndose en tal caso considerar incumplido el convenio. Al respecto, el Tribunal Supremo ha venido señalando que tal cláusula no supone una infracción de los límites que la ley establece respecto al contenido del convenio y tampoco supone una infracción de las normas imperativas que permitirían considerar que ha de tenerse por no puesta. En efecto, la finalidad de la cláusula es permitir el cumplimiento del convenio, con mayor facilidad, dejando constancia de ello, evitando la incertidumbre que genera la existencia de pagos pendientes desconociendo la cuenta corriente en la que han de efectuarse los pagos correspondientes, así como evitar la dejación de determinados acreedores a la hora de que quede constancia de los pagos realizados. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí ha advertido que tal cláusula ha de interpretarse, en cuanto a su aplicación, conforme a las reglas de la buena fe, de modo que cuando el acreedor público tenga ya establecida una forma concreta de pago de los créditos y sea la concursada conocedora de tal forma de pago (por ser la utilizada para el pago de los créditos privilegiados), no cabe aducir la falta de comunicación como mecanismo de elusión del pago de los créditos sujetos al convenio. Así, la STS de 1 de octubre de 2019 declaró que tal cláusula "*no tiene sentido que se oponga frente al acreedor público que tiene prescrito normativamente una determinada forma de pago para justificar el impago de los fraccionamientos vencidos"*. Sobre esta cuestión, vid. SAP La Coruña (Sección 4ª), de 21 de febrero de 2020 y la SAP Barcelona (Sección 15ª) de 12 de junio de 2020.

[747] Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: "Comentario al artículo 317 de la Ley Concursal", en "*Comentario a la Ley Concursal"*, 3ª Edición, Tomo I. Dir. PULGAR EZQUERRA, J. Coord. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., MEGÍAS LÓPEZ, J., RECAMÁN GRAÑA, E. Ed. Wolters Kluwer, 2023. P.1651ss.

producirá sobre el convenio y el concurso una vez que la misma se haya materializado. Quedarán privados, por tanto, del derecho de oposición los acreedores concursales, que tendrán la posibilidad de oponerse conforme a lo previsto en los artículos 382 y siguientes del Texto Refundido. Sin embargo, no se podrá privar del derecho de oposición a acreedores no concursales, como titulares de créditos contra masa y acreedores del resto de entidades implicadas en la modificación estructural incluida en el convenio.

Existen determinadas cuestiones que se suscitan tanto en la propuesta de convenio con modificación estructural como en el caso de la propuesta de convenio a la que siga una modificación estructural, así como cuando esta modificación sin que se hubiera previsto en el plan de viabilidad o en la propuesta. La propuesta de convenio que incluya una modificación estructural se encuentra más desarrollado en la normativa actual que en la legislación concursal derogada, en la que se señalaba que una fusión o cualquier otra modificación estructural traslativa de la persona jurídica deudora no incurriría en la prohibición general de los convenios liquidativos. En el marco del concurso de acreedores, los artículos 317.3 y 317 bis, tras la Ley 16/2022, admiten expresamente que la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada puedan formar parte del contenido potestativo de un convenio concursal. Además, la Disposición Final Cuarta del Real Decreto-Ley 5/2023 de modificaciones estructurales ha modificado estos preceptos para aludir, en sede de convenio, a las modificaciones estructurales con vocación de generalidad, abarcando también las transformaciones por cambio de tipo social o las transfronterizas, despejando las dudas interpretativas surgidas en torno a si éstas últimas estaban o no incluidas, dado que en la Ley 16/2022 no habían sido mencionadas específicamente.

Por otro lado, el apartado 2 del artículo 317 bis advierte que "*En ningún caso la sociedad transformada, la sociedad absorbente, la nueva sociedad, las sociedades beneficiarias de la escisión o la sociedad cesionaria pueden llegar a tener un patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural".* Parece que en este caso la sociedad concursada participaría en cuanto transmitente. Esta previsión normativa resulta de todo punto lógica, pues la modificación estructural está justificada como contenido del convenio siempre que coadyuve y sirva como instrumento para la reestructuración, mejorando la situación económica y financiera de la empresa, constituyendo una norma que pretende proteger la integridad del capital social. La infracción de este precepto

conllevará la posibilidad de que se rechace de oficio la admisión de la propuesta de convenio con modificación estructural (artículo 342 TRLC), o la posibilidad de impugnar el convenio con base en el artículo 383.1º Texto Refundido de la Ley Concursal[748].

Los créditos de derecho público plantean también otra antinomia entre el nuevo régimen de modificaciones estructurales y el derecho de insolvencia y reestructuraciones, ya analizada en sede de planes de reestructuración, dado el efecto propio de las modificaciones estructurales, la transmisión patrimonial por sucesión universal (arts. 33,34,59-62, 72 del Real Decreto-Ley 5/2023). Esta previsión colisiona con el artículo 318.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, porque no permite que la propuesta de convenio incluya como contenido, respecto a los créditos de derecho público, el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago. Al igual que indicamos en sede preconcursal, para viabilizar tales modificaciones estructurales, es preciso hacer compatibles ambas normas, pudiendo interpretarse, como se ha señalado, que en este caso el cambio de deudor no es el contenido propio de la propuesta de convenio[749].

Cuando la propuesta contenga la modificación estructural ya acordada, así como cuando prevea el proyecto, la inscripción de la fusión, escisión total o la cesión global de activo y pasivo que produzca la extinción de la sociedad declarada en concurso, será causa de conclusión del concurso de acreedores, de acuerdo con el artículo 399 ter.2 TRLC. La finalización de la modificación estructural se enmarcará, por tanto, en la fase de cumplimiento del convenio, por lo que podría plantearse el incumplimiento del convenio si no se culminara. Si la modificación estructural no supone la extinción de la sociedad concursada y no es el único contenido de la propuesta de convenio, cabría el incumplimiento del convenio en lo que respecta al resto de su contenido, pero en este caso no comportaría la pérdida de efectos de la modificación estructural, de acuerdo con el artículo 404.2 Texto Refundido de la Ley Concursal.

[748] Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: "Comentario al artículo 317 de la Ley Concursal", en "*Comentario a la Ley Concursal"*, 3ª Edición, Tomo I. Dir. PULGAR EZQUERRA, J. Coord. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., MEGÍAS LÓPEZ, J., RECAMÁN GRAÑA, E. Ed. Wolters Kluwer, 2023. P.1657.

[749] En este sentido, CERDÁ ALBERO, F., op.cit.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L./PÉREZ TROYA, A., op.cit.; CABANAS TREJO, R., op.cit.

En lo relativo a la protección de los acreedores, no será exigible el certificado de encontrarse al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social previsto en el Real Decreto-Ley 5/2023, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los planes de reestructuración. Tampoco resultará de aplicación el mecanismo de protección para los acreedores previsto en el artículo 15 del Real Decreto-Ley 5/2023, relativo a la emisión por parte de los administradores de una declaración sobre la situación financiera de la sociedad. Ambos mecanismos son sustituidos, como se ha indicado, por la posibilidad de oposición establecida en sede de convenio concursal, como normativa de preferente aplicación a la propia de las modificaciones estructurales.

CAPÍTULO V. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE LA EXONERACIÓN DE PASIVO INSATISFECHO.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.

En punto a los antecedentes de la regulación de la exoneración, debe citarse, en primer lugar, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, modificando el apartado segundo del artículo 178 de la Ley Concursal, al prever la remisión de las deudas insatisfechas al deudor concursado persona física (bajo determinados requisitos, que no hubiera sido declarado el concurso culpable ni hubiera sido condenado por delitos relacionados con el concurso), siempre que hubieran sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Asimismo, se decía que, si el deudor hubiera intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podría obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados. Este régimen fue duramente criticado por la doctrina, por ser excesivamente favorable al acreedor[750], ya que se limitaban cuantitativamente las deudas exonerables, condicionando la exoneración al abono de un pasivo mínimo, lo que implicaba que solamente estaba disponible el mecanismo para aquellos deudores que tuvieran mayores recursos. Estos factores explican que el mecanismo no funcionara

[750] Vid. CUENA CASAS, M. "Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, págs. 123-159.

adecuadamente y no fuera utilizado en la práctica. Posteriormente, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, modificó de nuevo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introduciendo ex novo un nuevo artículo 178 bis, donde se contemplaba la figura de la exoneración de pasivo insatisfecho, derogando la normativa anteriormente citada. Constituyó tal precepto un avance relevante en nuestra legislación concursal, en la medida en que venía a introducir una figura con perfiles hasta entonces inexistentes, abriendo paso a la posibilidad de que el deudor concursado, persona física, pudiera ver condonadas sus deudas, al objeto de permitir lo que en la terminología anglosajona se conoce como "fresh start" y suavizar el estigma social que lleva aparejada la insolvencia. Con ello, quebraba uno de los principios básicos y tradicionales de nuestro Derecho civil, el principio de la responsabilidad patrimonial universal, contemplado en el artículo 1911 CC, al declarar que "*Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros".* No obstante, esta inicial regulación era, en muchos aspectos, como ha señalado la doctrina y jurisprudencia, excesivamente rígida y poco clara, dando lugar a interpretaciones jurisprudenciales denominadas "*correctoras*", que han generado una notable inseguridad jurídica[751]. De hecho, una de las críticas más relevantes a dicha regulación fue la delimitación del pasivo exonerable, distinguiendo el régimen de exoneración definitiva, previo abono de un umbral mínimo, de la exoneración provisional con plan de pagos, en la que se indicaba que el crédito público no era exonerable. Además, uno de los problemas de la regulación legal era precisamente la delimitación del carácter o no exonerable de determinados créditos en función de su clasificación concursal, sin atender a su naturaleza[752]. Por ello, uno de los objetivos del Texto Refundido de la Ley Concursal fue precisamente aclarar y armonizar la regulación legal y la extensión objetiva de la exoneración en relación con el crédito público.

En lo que hace al tratamiento del crédito público en la exoneración provisional y en la exoneración definitiva, tal y como se configuraba en el artículo 178 bis, la exclusión del crédito público fue duramente criticada por la doctrina y jurisprudencia, no habiéndose

[751] Resulta obligada la cita de la Unificación de Criterios de los Jueces de lo Mercantil y el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016, en relación a la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 178 bis LC.

[752] Vid. CUENA CASAS, M. "La exoneración del pasivo insatisfecho", en Prats Albentosa (Coord.), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*", Editorial Thomson Reuters Aranzadi. P. 123.

seguido en este punto las recomendaciones realizadas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional[753]. Si analizamos con detenimiento el derogado artículo 178 bis, apartado 3, puntos 4 y 5, observamos que confluían dos regímenes para la obtención del beneficio. En primer lugar, el mecanismo de exoneración inmediata, previo pago de determinados créditos determinados legalmente, como umbral mínimo de acceso al beneficio, incluyendo: créditos privilegiados, créditos contra la masa y, si no se ha intentado acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% de los créditos ordinarios. Los créditos subordinados y los ordinarios no satisfechos quedaban automáticamente exonerados. Por lo tanto, el acceso a la exoneración se producía con el pago de créditos contra la masa y la parte privilegiada de los créditos públicos. Una vez acordada la exoneración, tenía efectos inmediatos, quedando exonerado el crédito público no satisfecho. Por el contrario, en la exoneración provisional, era necesaria la aprobación de un plan de pagos, que debía presentar el deudor y que debía llevarse a término en un período de cinco años. Los créditos de derecho público en esta segunda modalidad quedaban excluidos de la exoneración, de acuerdo con el literal del artículo 178.5, la cual era absoluta, sin admitir ningún tipo de excepción. La controversia surgió inicialmente por la interpretación que había de darse al artículo 178bis, apartado 6, declarando que "*respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica"*. Se consideró que el deudor podía incluir en el plan de pagos créditos de derecho públicos, sin perjuicio de la necesidad de solicitar el aplazamiento o fraccionamiento correspondiente. En este contexto, se entendió que la remisión a la normativa específica no implicaba el desapoderamiento del juez para resolver, aprobando el plan de pagos que incluía el crédito público. Con ello, los límites del precepto comenzaron a desdibujarse, de forma que ni siquiera quedaba claro cómo debían tramitarse los planes de pago que incluyesen créditos de derecho público, si debía darse traslado a los acreedores públicos (lo que no estaba en la norma), etc[754].

[753] BANCO MUNDIAL, "El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales", Nota introductoria y versión traducida por Jose María Garrido en el *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, enero-abril 2014, p. 338. FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, Informe España, 2014.

[754] De ello son exponente múltiples sentencias, que por su número no es posible citar aquí. Únicamente cabe destacar algunos de los pronunciamientos iniciales, como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián, núm. 293/2015, de 8 de septiembre, que hacía referencia a una exoneración condicionada a la aprobación y cumplimiento del plan de pagos o aplazamiento respecto de las deudas de la Tesorería General de la Seguridad Social. O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de septiembre de 2016, que invocaba la necesaria aplicación de las normas del concurso.

En este marco, el Tribunal Supremo, al conocer de la primera casación que versaba sobre el particular, sentó doctrina mediante la Sentencia de 2 de julio de 2019, dictada por el Pleno, resolviendo el recurso interpuesto por la AEAT frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de septiembre de 2016. El Tribunal considera que la norma es contradictoria, pues si bien prevé un plan de pagos para asegurar el pago de los créditos contra la masa y privilegiados en cinco años, el cual ha de ser aprobado por el juez del concurso, por otro lado, se remite a los mecanismos administrativos del fraccionamiento y aplazamiento de créditos públicos. El Alto Tribunal concluye que, una vez aprobado judicialmente un plan de pagos, no puede quedar supeditada la eficacia de éste a la posterior conformidad del acreedor público[755]. El Tribunal Supremo afirma que se acoge en este punto a lo establecido en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, precedente de la Directiva 2019/1023. Sin embargo, en la propia Recomendación, en su Considerando 14 (el cual no se cita en la sentencia) se dice que "*Las autoridades fiscales tienen también interés en un marco eficaz para la reestructuración de empresas viables. Al aplicar la presente recomendación, los Estados miembros deberían adoptar las medidas adecuadas para garantizar la recaudación y cobro de los ingresos fiscales respetando los principios generales de equidad fiscal y adoptar medidas eficaces en casos de fraude, evasión o abuso."* En ningún momento, se impone la necesidad de que los Estados miembros prevean la exoneración de los créditos tributarios o de Seguridad Social para garantizar la consecución de los objetivos de la Recomendación. Además, esta solución no se compadece con el principio de indisponibilidad del crédito tributario (art. 18 LGT) y el artículo 7.2 de la Ley General Presupuestaria. El reconocimiento de excepciones a este principio exige una norma con rango de ley, como se ha realizado en el caso de convenios concursales, permitiendo acuerdos singulares de pago, etc mediante la modificación legal correspondiente. La sentencia, como ha puesto de manifiesto algún sector doctrinal, provocó una mayor inseguridad jurídica que la que pretendía instaurar, habida cuenta de los acontecimientos posteriores.

[755] Vid. en contra del criterio mantenido en esta Sentencia, CUENA CASAS, M.: *Segunda oportunidad y crédito público. (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019).* https://www.hayderecho.com/2019/07/28/segunda-oportunidad-y-credito-publico-a-proposito-de-la-mal-entendida-sentencia-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019/

En efecto, el Texto Refundido de la Ley Concursal al referirse al crédito público, opta por mantener el carácter no exonerable de los créditos de derecho público, siguiendo las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, pues la inclusión de su exoneración en un texto refundido podría considerarse como un ultra vires, al exceder del ámbito de la delegación legislativa, innovando y no limitándose a aclarar, armonizar y regularizar los textos legales. La interpretación de la norma ha dado lugar a múltiples resoluciones judiciales contradictorias, inaplicando la normativa refundida, de modo que la finalidad pretendida quedó en este punto ciertamente desvirtuada. Puede citarse, a título ejemplificativo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020, que consideró que había un ultra vires respecto de la delegación conferida al Gobierno para elaborar el texto refundido. En concreto, señalaba el Auto que el artículo 491 del Texto Refundido "*altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente*". Con ello, el Auto aplicaba la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 y acordaba la exoneración del crédito público ordinario y subordinado, en clara contradicción con la literalidad del artículo referido[756]. Con posterioridad, sin embargo, también se han dictado resoluciones judiciales que han fijado otra doctrina, considerando que no concurre tal exceso ultra vires, por razón de que la jurisprudencia no puede erigirse en fuente autónoma de producción normativa. En caso contrario, considera la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4º) de 22 de mayo de 2022 (siguiendo la doctrina del Auto de la Audiencia Provincial de Bizcaia de 30 de marzo de 2022) que tal actuación supone una extralimitación de las funciones que la Constitución atribuye a los Jueces, así como una vulneración del sistema de fuentes previsto en el artículo 1.6 del Código Civil, pues se le atribuye a la jurisprudencia una función complementaria del ordenamiento jurídico, pero no de creación de normas jurídicas.

[756] Esta doctrina también se ha recogido en otras resoluciones judiciales posteriores, como el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº13 de Madrid, de 6 de octubre de 2020, por entender que concurre en el artículo 491 un exceso ultra vires derivado de que no se ha aclarado ni armonizado conforme a la jurisprudencia, sino introducir una regulación contraria precisamente a dicha jurisprudencia.

Otra cuestión que se ha suscitado también en la práctica judicial es la naturaleza jurídica del crédito de derivación de responsabilidad tributaria, cuya clasificación concursal era relevante a efectos de la exoneración. Ello se ha tratado en diversas Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), siendo las primeras las Sentencias núms. 315 y 316/2020, de 17 de junio (Recursos de Casación 4186/2017 y 4270/2017) cuyos hechos son en esencia idénticos[757]. Interesa destacar aquí los términos del debate planteado en primera y segunda instancia.

[757] Los hechos pueden resumirse del siguiente modo. La sociedad mercantil X incumple sus obligaciones tributarias, al dejar de ingresar el impuesto de sociedades correspondiente a los ejercicios 2008-2010, así como el impuesto sobre el valor añadido correspondiente al 4T de 2007 al 4T de 2010 (a excepción del 1T de 2008).

La sociedad fue declarada en concurso de acreedores y, ante el impago de la deuda por el obligado principal, la AEAT inicia un procedimiento de derivación de responsabilidad al amparo del artículo 42.1.a) de la LGT, contra una administradora social (si bien en la Sentencia dictadas por el Tribunal Supremo se dice que la concursada fue apoderada de la sociedad).

Ésta, al no poder afrontar el pago de la deuda tributaria, se declara igualmente en concurso de acreedores. En el seno de dicho concurso, la AEAT comunica el crédito dimanante del procedimiento de derivación de responsabilidad, distinguiendo un crédito privilegiado general del artículo 91.4º LC, al 50%, por el principal; un crédito ordinario, del artículo 89.3 LC, por el 50% restante del principal; y un crédito subordinado del artículo 92 LC, correspondiente al importe de las sanciones. La Administración Concursal califica el crédito íntegramente como subordinado, en aplicación del artículo 92.4ºLC, considerando el mismo como de naturaleza sancionadora.

La AEAT consideró que no resultaba de aplicación el entonces vigente artículo 92.4º LC, porque el procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria a los administradores societarios previsto en el artículo 42.1.a) LGT es un procedimiento administrativo que se encuadra en las figuras de las garantías del crédito tributario, en sede de recaudación tributaria, nace ex lege del incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del deudor principal y coloca a los responsables al lado del deudor principal. Si bien es cierto que el procedimiento de derivación de responsabilidad y el sancionador presentan ciertas analogías, se trata de dos procedimientos perfectamente diferenciados, sin que se desprenda de la regulación contenida en el artículo 42.1.a) LGT que se trate de un procedimiento de naturaleza sancionadora.

Por su parte, la Administración Concursal discrepa respecto de tal planteamiento y consideró que se trataba en realidad de una sanción, la cual, en cuanto tal, ha de ser calificado como un crédito subordinado, de conformidad con el artículo 92.4º LC. En apoyo de su postura, cita diversas sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, menciona la previsión contenida en el artículo 212 LGT, penúltimo párrafo, de acuerdo con el cual, en este procedimiento no resultará de aplicación el régimen de las sanciones "*a los solos efectos de la suspensión automática de las ejecuciones en la parte de la deuda tributaria objeto de la derivación*". Entiende la Administración Concursal que, a sensu contrario, el precepto admite la aplicación del régimen sancionador en todo lo demás.

En primera instancia, las Sentencias estimaron íntegramente las pretensiones de la AEAT, no sin antes admitir que se trata de una cuestión ciertamente discutible, existiendo argumentos a favor y en contra de una y otra posición. El juzgador, en todo caso, consideró más ajustado al espíritu y finalidad del artículo 92 LC la posición mantenida por la AEAT.

En primer lugar, la sentencia de primera instancia describe el fundamento de la subordinación del crédito por multas y sanciones pecuniarias que establece el artículo 92.4º LC, considerando que ello obedece a que se trata de prestaciones accesorias que tratan de incentivar el cumplimiento de una obligación principal, esto es, la del cumplimiento de las obligaciones tributarias, por lo que su naturaleza es "*coercitiva, punitiva y sancionadora"* en relación al obligado tributario. Una vez que se ha declarado el concurso, entiende que ya no es posible requerir de pago al deudor concursado y la AEAT debe someterse al orden y prelación de pagos que establece la ley, lo que conlleva la subordinación. A continuación, declara que el procedimiento de derivación de responsabilidad previsto en el artículo 42 LGT no tiene una función coercitiva, sino que es la de indemnizar, compensar, garantizar o resarcir al erario público de los daños y perjuicios causados por la empresa como consecuencia de la infracción tributaria cometida, debido a la actuación del administrador societario, citando al efecto la STC 164/1995, de 13 de noviembre.

Por otro lado, el crédito de la derivación incluye no solamente las sanciones propiamente dichas, sino principal, multas, recargos, intereses, etc que se hubieran podido imponer al infractor. Concluye que "*deuda tributaria*" y "*sanción tributaria*" no son equivalentes, lo que viene corroborado, entiende, por la expresión del artículo 42 de la LGT, en cuanto permite que también se puedan incluir "*sanciones",* lo que implica que estamos ante conceptos diferenciados. Señala que las semejanzas existentes entre el procedimiento del artículo 42 LGT y el procedimiento sancionador no predeterminan su calificación jurídica como procedimiento sancionador o sanción en sentido propio (citando al efecto diversa jurisprudencia contencioso-administrativa, de la Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional).

A ello añade como argumento que la calificación como sanción del crédito dimanante de la derivación de la responsabilidad implicaría otorgar una calificación jurídica distinta al crédito tributario reconocido en sede de concurso del administrador y el reconocido en sede de la sociedad, lo que considera que carece de justificación. Ello no implica que no deba subordinarse el crédito que sea subsumible en el artículo 92.3º y 4º LC. De ahí que la deuda tributaria deba ser clasificado conforme a su naturaleza, distinguiendo los conceptos incluidos en la derivación a efectos concursales. En razón a los argumentos expuestos, acuerda la estimación de la demanda presentada por la AEAT.

Las sentencias dictadas en instancia fueron recurridas en apelación por la representación de los concursados. La administración concursal impugnó ambos recursos de apelación y la AEAT se opuso a los recursos presentados. La Audiencia Provincial dictó sendas sentencias estimatorias de los recursos de apelación interpuestos, ordenando la clasificación de la totalidad del crédito titulado por la AEAT como subordinado.

La Audiencia Provincial, tras exponer los preceptos aplicables y los presupuestos del artículo 42.1.a) LGT, destacó que tanto el Tribunal Supremo (STS 10 de diciembre de 2008) como el Tribunal Constitucional (STC 76/1990, 16 de abril) han establecido que el expediente de derivación de responsabilidad tributaria cumple una finalidad sancionadora, la cual prevalece sobre otras funciones distintas presentes igualmente en la norma, como la indemnizatoria o reparadora del daño. Considera que la función sancionadora se destaca para dotar al expediente de las garantías necesarias y para descartar que se trate de una responsabilidad objetiva. Cita al efecto la STS de 21 de enero de 2009, en relación a la naturaleza jurídica de los recargos administrativos, señalando que el término "*sanción"* utilizado en el artículo 92.4º LC debe entenderse en sentido amplio. Así, abarcaría tanto las sanciones propias, de carácter punitivo, consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, y las sanciones impropias, que no estarían sujetas a los estrictos principios de legalidad constitucional sancionadora. Por ello, el Tribunal Supremo incluye como crédito subordinado ex artículo 92.4º LC a los recargos administrativos ejecutivos o de apremio.

En este caso, consideró la Audiencia Provincial que la derivación de responsabilidad exigía el cumplimiento de los principios de legalidad sancionadora. Al respecto, cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011, que exige que "*cuando la responsabilidad subsidiaria que la Administración Tributaria derive tenga un contenido punitivo por extenderse a las sanciones, deberán observarse las mismas garantías materiales y procedimentales que en un procedimiento sancionador, garantías éstas que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 de la Constitución."* Concluye declarando que, si la derivación de responsabilidad dimana de un acto ilícito, no es otra cosa que una sanción, por lo que debe ser clasificada como un crédito subordinado, de modo que acuerda la estimación del recurso y la revocación de la sentencia apelada.

Buena prueba del carácter controvertido de la cuestión es la existencia de un voto particular, formulado por dos de los Magistrados de la Sección. En el voto particular expresan su discrepancia respecto de las conclusiones fijadas en la Sentencia de apelación, afirmando que el crédito tributario dimanante de la derivación de responsabilidad prevista en el artículo 42.1.a) LGT no es una sanción a efectos de lo previsto en el artículo 92.4º LC, considerando que es un supuesto semejante a la responsabilidad por deudas prevista en el artículo 367 TRLSC.

La cuestión resuelta por las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2020 es, al fin y a la postre, es el ya viejo debate en torno a la naturaleza de la responsabilidad tributaria del administrador societario, y sus consecuencias concursales. El recurso de casación interpuesto por la AEAT plantea un único motivo, denunciando la infracción de los artículos 91.4º y 89.3 LC, en relación con los artículos 35.5, 41.1 y 42.1.a) LGT. Se adujo, en esencia, que la clasificación de los créditos nacidos de la derivación de responsabilidad debía ser la misma que tuvieran los créditos del obligado principal; y que, aunque resultaran de aplicación al procedimiento de derivación las normas del procedimiento sancionador, la deuda tributaria no perdía o modificaba su naturaleza por el hecho de ser exigida a otros obligados tributarios que, por disposición legal, se colocan al lado del obligado principal. El recurso de casación refería la existencia de doctrina contradictoria de diversas Audiencias Provinciales, respecto a la fijada por la Audiencia Provincial de Barcelona. En particular, se citaba al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 705/2016, de 1 de junio (Rollo de Apelación núm. 1012/2016); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 61/2014, de 30 de enero (Rollo de Apelación núm. 1107/2012)[758].

En ellas se contiene una distinción relevante, porque aun reconociendo la eventual naturaleza sancionadora del procedimiento seguido para la derivación de responsabilidad en el supuesto previsto en el artículo 42.1. a) LGT (en línea con lo declarado por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ya

[758] En ese mismo sentido, pueden citarse los votos particulares de los Magistrados discrepantes en las sentencias de la AP de Barcelona de 28 y 30 de junio de 2017, la sentencia de la AP de Murcia de 13 de 2019 y la Sentencia de la AP de Zaragoza de 18 de febrero de 2020.

vista), la derivación de responsabilidad incluye una deuda tributaria en sentido amplio y por tanto subsumible en el artículo 91.4º LC en relación con el artículo 89.3 LC y no una mera sanción pecuniaria del artículo 92.4º LC. Y, precisan, conceptos como intereses, recargos o sanciones impuestos al obligado principal deberían ser tratados a efectos concursales conforme a su naturaleza, esto es, deberían ser considerados como créditos subordinados subsumibles en los apartados 3º y 4º del artículo 92 LC, sin que pueda, por tanto, clasificarse como subordinado la totalidad del crédito tributario objeto de la derivación por el mero hecho de su inclusión en la misma.

El Tribunal Supremo motiva que el autor o colaborador en la realización de una infracción tributaria es un obligado tributario más (artículo 35.5 LGT) y que responde de la deuda tributaria en la misma medida que el deudor principal. El artículo 42.1.a) LGT precisa que la responsabilidad se extiende a la sanción, lo que no sucede en todos los casos de responsabilidad solidaria. Así, para el obligado tributario por derivación cabe distinguir entre principal, intereses, recargos y sanciones. El Tribunal Supremo enmarca la institución dentro de la función recaudatoria, con una finalidad de garantía, de modo que el obligado se sitúa al lado del deudor principal, sin que el crédito que dimana del acto de derivación sea un crédito ex novo, sino que incluye un crédito previamente existente.

Esta función de garantía se recoge igualmente en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1033/2019, de 10 de julio[759], al indicar respecto al artículo 41.1 LGT, que éste "*no está definiendo una categoría jurídica, sino describiendo la posición jurídica que ocupa un responsable como garante personal del crédito tributario."* En este sentido, cita el Tribunal Supremo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo núm. 88/2017, de 24 de enero, que califica la responsabilidad del artículo 43 LGT (que menciona el artículo 42.1.a) LGT, si bien es un supuesto distinto) como una especialidad de la responsabilidad por deudas del artículo 367 TRLSC[760].

[759] Debe precisarse que el supuesto de responsabilidad objeto de la sentencia citada no era el previsto específicamente en el artículo 42.1.a) LGT, sino el contemplado en el artículo 42.2.a) LGT: "*Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración Tributaria."*

[760] Resulta especialmente expresivo el FJ 6º:

"a) En primer término, que el régimen legal de la responsabilidad subsidiaria del administrador por las deudas tributarias contraídas por la sociedad que administra y que cesa en el ejercicio de su actividad se

Afirma que la configuración de la derivación de responsabilidad como una responsabilidad ex lege (reconocida por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que cita: SSTS 367/2014, de 10 de julio; 246/2015, de 14 de mayo; 650/2017, de 29 de noviembre), concretada en el incumplimiento de un deber legal por el administrador social que lleva aparejada la responsabilidad solidaria del administrador por las deudas sociales posteriores a la causa de disolución, implica que se deba considerar como una garantía de los derechos de los acreedores y de los socios. Concluye, de forma coherente con lo expuesto, que no se trata de una sanción propiamente dicha, siguiendo la doctrina de la STC 164/1995, de 13 de noviembre.

Así las cosas, el Tribunal Supremo ha optado por hacer primar el aspecto "*resarcitorio"* de la derivación de responsabilidad tributaria sobre su carácter "*sancionador",* sin negar en ningún momento que este aspecto concurra (al menos en sentido amplio). Su encuadramiento en una especialidad de la responsabilidad por deudas del artículo 367 del TRLSC le sirve como argumento para negar su carácter exclusivamente o primordialmente sancionador, como tiene establecido la jurisprudencia contencioso-administrativa. Ni la extensión de la responsabilidad tributaria a las sanciones ni la aplicación de determinadas garantías del procedimiento sancionador al procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria serían, de acuerdo con las sentencias referidas, elementos decisivos para su inclusión como sanciones ex artículo 92.4º LC.

Como corolario a lo expuesto, se concluye que parece indudable que el debate planteado pone de manifiesto precisamente algunas de las disfunciones del sistema de exoneración previsto en el artículo 178 bis de la Ley Concursal, al permitir la exoneración o no en

---

encuentra en el artículo 40 y concordantes de la LGT de 1963, el cual constituye lex specialis respecto del régimen de responsabilidad que prevé la ley mercantil en relación con toda clase de deudores y, en consecuencia, de aplicación preferente a ésta.

b) En segundo lugar, aun cuando se aceptara que dicho precepto opera una restricción en el ámbito temporal de la responsabilidad del administrador, ciñéndola a las deudas posteriores a quedar incursa la sociedad en causa de disolución -ello respecto de toda clase de deudas de la sociedad, tributarias o no-, es decir, aunque a los meros efectos dialécticos admitiéramos la aplicabilidad material del régimen contenido en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, en todo caso la dimensión temporal impediría, como bien dice la sentencia enjuiciada, su aplicación al caso presente, al entrañar una retroactividad no prevista de la norma y no impuesta por razones de seguridad jurídica, dado que no estamos en presencia de una disposición de carácter sancionador. Así lo expresa la Sala juzgadora, con cita de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 737/2013, de 28 noviembre -recurso de casación nº 2231/2011 - que rechaza el carácter retroactivo de la Ley 19/2005."

función de la clasificación concursal del crédito, sin atender a la materialidad y fundamento del crédito exonerado.

II. CRÉDITO PÚBLICO Y EXONERACIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN.

La Directiva 2019/1023 se ocupa de esta materia en los artículos 20 a 24, incluidos en su Título III. La transposición en este punto endurece el régimen de acceso a la exoneración, respecto al anterior, ampliando los supuestos de exclusión, lo que puede implicar en la práctica la reducción del ámbito subjetivo de aplicación y la reducción también del pasivo exonerable. A nuestro juicio, el carácter no exonerable de las deudas derivadas de expedientes sancionadores administrativos presenta una justificación razonable, basada en una conducta contraria a la norma, debiendo distinguirse este tipo de deudas de las generadas por razón de la actividad. La exoneración del crédito público, por lo demás, es admitida, de diversas formas, en otros países de nuestro entorno, como Alemania, Francia, Irlanda, Italia, etc[761].

El artículo 487 establece un elenco de supuestos concretos en los que el deudor no podrán acceder a la exoneración[762], de entre las cuales destacamos los siguientes:

- "*Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido condenado en sentencia firme a penas privativas de libertad, aun suspendidas o sustituidas, por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, todos ellos siempre que la pena máxima señalada al delito sea igual o superior a tres años, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera extinguido la responsabilidad criminal y se hubiesen satisfecho las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito."* Se trata de comportamientos graves, que exigen sentencia firme, de modo que se prevé un trámite de prejudicialidad penal

[761] Vid. REIFNER, U., KIESILÄINEN, J., HULS&SPRINGENEER, Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union: Final Report 16-17 (Contract Reference No. B5-1000/02/000353), September 2003.

[762] En este punto, se asemeja al modelo alemán, que establece la exclusión de deudores que no hubieran satisfecho determinados créditos de derecho público (vid. 290 Versagung der Restschuldbefreiung).

para acordar la suspensión de la concesión del beneficio mientras esté abierto un proceso penal por estos delitos o la sentencia todavía no sea firme. Este requisito no será exigible en el caso de que se hubieran cancelado o extinguido las responsabilidades penales, de acuerdo con lo previsto en los artículos 130 a 137 del Código Penal.

- *Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad. En el caso de infracciones graves, no podrán obtener la exoneración aquellos deudores que hubiesen sido sancionados por un importe que exceda del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a la que se refiere el artículo 489.1.5.º, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubieran satisfecho íntegramente su responsabilidad.* Se efectúa una remisión a la normativa administrativa, si bien en el caso de la normativa en materia de Seguridad Social no se recogen las sanciones muy graves, solo graves.

- *Cuando haya proporcionado información falsa o engañosa o se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones, incluso sin que ello haya merecido sentencia de calificación del concurso como culpable. Para determinar la concurrencia de esta circunstancia el juez deberá valorar:*

a) La información patrimonial suministrada por el deudor al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial.
b) El nivel social y profesional del deudor.
c) Las circunstancias personales del sobreendeudamiento.
d) En caso de empresarios, si el deudor utilizó herramientas de alerta temprana puestas a su disposición por las Administraciones Públicas.

En este supuesto, corresponderá al juez del concurso la apreciación de las circunstancias concurrentes respecto de la aplicación o no de la excepción, sin perjuicio de la prejudicialidad civil o penal. En relación con la utilización de herramientas de alerta

temprana, cabe indicar que, en la filosofía de la Directiva, están orientadas a constituir incentivos positivos, no de carácter negativo, como parece dar a entender el precepto.

En segundo lugar, en lo que hace a la extensión de la exoneración, debe recordarse que la Directiva 2019/1023 no contiene previsión alguna sobre la exoneración del crédito público, lo que abrió en su momento un debate en torno a si la relación de deudas susceptibles de exoneración contenida en el artículo 23.4 es exhaustiva o meramente ejemplificativa[763], de modo que no cabría incluir más excepciones a la exoneración que las previstas en dicho precepto. Las restantes versiones de la Directiva (en inglés, alemán, francés) no permitían interpretar que estuviéramos ante una relación exhaustiva, sino más bien ejemplificativa, si bien, claro está, han de estar "*debidamente justificadas*". Los Estados miembros podrían excluir de la exoneración las deudas garantizadas, las derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas; las derivadas de responsabilidad extracontractual; las de obligaciones de alimentos, las contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas y las derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas. Como se puede observar, no se citaban expresamente los créditos de derecho público, si bien, como sucede en algunas legislaciones (p.ej, Alemania) podrían considerarse asimilables a las sanciones penales las derivadas de sanciones administrativas.

En segundo lugar, Portugal realizó una Declaración, indicando que la Directiva ofrecía suficiente flexibilidad para que los Estados miembros pudieran excluir determinadas categorías de deuda de la exoneración del pasivo insatisfecho, restringir el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho o fijar un periodo más largo para tal exoneración siempre que la exclusión, la restricción o la prolongación del periodo estén debidamente justificadas. En concreto, Portugal consideraba que los Estados miembros podían

[763] A favor de su consideración como de carácter meramente ejemplificativo, CUENA CASAS, M.: "*Insolvencia y Exoneración del deudor persona natural en el marco de la transposición de la Directiva 2019/1023*", en *La Insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 46. Editorial Aranzadi, 2021. Pág.47. Vid. Sobre el Anteproyecto de Reforma, CUENA CASAS, M.: "*La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal*". Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring 4/2021, Noviembre. Segunda oportunidad y crédito público Matilde Cuena Casas
El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, ISSN 1885-009X, Nº. 87, 2019, págs. 48-53

mantener o establecer normas que excluyeran o restringieran la exoneración del pasivo insatisfecho en relación con las deudas tributarias, no solo porque dichas medidas hubieran de considerarse debidamente justificadas dada la naturaleza especial de los créditos fiscales, sino también porque la adopción de legislación de la UE con efectos en el pago de impuestos sobre el volumen de negocios, de impuestos especiales al consumo y de otros impuestos exigiría una base jurídica específica diferente, sujeta a procesos legislativos especiales, tal como prevé el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En el contexto previo a la aprobación de la Directiva, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2017, resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación italiano, en el Asunto Agenzia delle Entrate c. Marco Identi, C-493/2015, sobre la compatibilidad de la regulación de segunda oportunidad italiana (artículo 142 de la Legge Fallimentare italiana) con el régimen comunitario de Ayudas de Estado. El Tribunal declaró la compatibilidad de dicha norma con el régimen de Ayudas de Estado, permitiendo la exoneración del crédito público, siempre y cuando tal medida se sujetase al cumplimiento de determinados requisitos, singularmente la concurrencia del elemento de la buena fe del deudor.

El artículo 489.1. 4º de la Ley de Reforma ha optado por mantener el carácter no exonerable de los créditos de derecho público, que, junto a otras excepciones, se basa, según se indica, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho (como las deudas por alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabilidad extracontractual). Se mencionaban en el número 5º, de forma independiente, las deudas por multas a que hubiera sido condenado el deudor en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves[764].

Ahora se regula la extensión de la exoneración incluyendo la totalidad de las deudas insatisfechas, con las excepciones, entre otras, de los créditos de derecho público, en el

[764] Este supuesto puede considerarse justificado en la medida en que reflejan una conducta reprobable y así han sido recogidas como excepción por el BANCO MUNDIAL, *Report on the treatment of the Insolvency of Natural Persons,* https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/83500027-9cef-5465-a70b-094bc8958726

ahora número 5º, si bien se ha añadido la precisión relativa a que "*No obstante, las deudas para cuya gestión recaudatoria resulte competente la Agencia Estatal de Administración Tributaria podrán exonerarse hasta el importe máximo de mil euros por deudor. Asimismo, las deudas por créditos en Seguridad Social podrán exonerarse hasta el importe máximo de otros mil euros por deudor. El importe exonerado, hasta el citado límite, se aplicará en el orden inverso al de prelación legalmente establecido en esta ley y, dentro de cada clase, en función de su antigüedad."* Por otro lado, en el apartado 3 del artículo 489 se señala, como especialidad, que el crédito público será exonerable en dicha cuantía pero "*únicamente en la primera exoneración del pasivo insatisfecho, no siendo exonerable importe alguno en las sucesivas exoneraciones que pudiera obtener el mismo deudor."*

Esta opción legislativa no ha acogido las recomendaciones realizadas, entre otros organismos internacionales, por el Banco Mundial[765], que entiende que "*el Estado debe soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia."* Sobre la base del carácter privilegiado del crédito público en el concurso, alcanzando hasta un 50%, se podría haber planteado la exoneración, al menos, del 50% del crédito público[766], solución que asimilaría la posición del Estado a los acreedores privados, considerando no exonerable únicamente la parte no privilegiada del crédito. Además, ello podría considerarse coherente con el sistema, al basar el carácter exonerable o no del crédito en un dato objetivo, al menos justificado.

Sin embargo, el legislador ha optado por introducir una cuantía fija, sin atender a criterio alguno objetivo o finalístico, no basándose tampoco en la normativa fiscal, pues tal parece que de forma aleatoria se haya determinado la cantidad de mil euros como crédito exonerable. A nuestro juicio, tal regulación legal es, desde luego, manifiestamente mejorable, habiendo desaprovechado la oportunidad de acometer una reforma en esta materia en línea con la mejor doctrina y derecho comparado.

[765] WORLD BANK, "*Report on the treatment of the insolvency of natural persons".* Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, 2014.
[766] Esta solución intermedia es planteada por CUENA CASAS, M. "*Insolvencia y Exoneración del deudor persona natural en el marco de la transposición de la Directiva 2019/1023*", en La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023. Monografía asociada al número 46 de la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. Ed. Thomson Aranzadi. 2021.

En primer lugar, la expresión "*podrán exonerarse*" genera inseguridad jurídica, porque no se determinan legalmente las circunstancias en las que tendrá lugar tal exoneración, lo que no se ajusta a la doctrina de la jurisprudencia comunitaria sobre este particular, que exige que se determinen los requisitos para la exoneración. En segundo lugar, la fijación de una cuantía como la elegida (mil euros por deudor) por definición es arbitraria, pues si bien en algunos casos podría ser una cantidad relevante, equiparando la posición del Estado como acreedor a la de los demás acreedores, en otros casos (probablemente la mayoría) ello pondría simplemente de manifiesto la mejor posición del Estado frente a los demás acreedores que conforman la masa pasiva, sin que exista una razón objetiva que respalde tal decisión legislativa.

La práctica llevará a que la exoneración de los mil euros sea generalizada, como es obvio, lo que supondrá, a nuestro juicio, tratar situaciones desiguales de forma igualitaria, resultado éste que creemos que no ha sido el querido por el artículo 31 de la Constitución, principio que, por cierto, es el que se pretendía preservar con la no extensión de la exoneración a los créditos de derecho público, incentivando el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de seguridad social. La complejidad, además se extiende a la forma en que han de computarse tales créditos a efectos de exoneración, por cuanto que se fija la regla en virtud de la cual la exoneración ha de aplicarse por orden inverso al de su prelación legal y dentro de cada clase ha de atenderse a su antigüedad, a lo que ha de añadirse la necesidad de atender a créditos de derecho público de diferentes administraciones.

Finalmente, debemos igualmente dejar apuntada la problemática que se puede suscitar en relación a la exoneración de créditos públicos en el concurso sin masa, cuando el deudor solicite la exoneración provisional, sin liquidación del patrimonio (vid. art. 499.2 TRLC). En este marco, no parece razonable que se atribuyan al juez competencias de autoridades de naturaleza administrativa respecto de la ejecución de créditos de derecho público no exonerables (Agencia Estatal de Administración Tributaria, Seguridad Social, etc). En efecto, si bien el precepto establece que dichas acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, ello choca con los privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva

que ostentan las Administraciones Públicas [767] , no resultando siquiera pragmático pretender la ejecución de dichos créditos en sede judicial respecto de cada uno de los créditos no exonerables.

III. POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

En este contexto, hay que destacar que se han planteado diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al objeto de dilucidar si la normativa española en materia de exoneración es compatible con las previsiones de la Directiva 2019/1023, sobre todo desde el punto de vista de la justificación de la exclusión de los créditos de derecho público de la exoneración.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 11 de abril de 2024 resolvió la cuestión prejudicial planteada en el Asunto C-687/22, por la Audiencia Provincial de Alicante, declarando que el principio de interpretación conforme no es aplicable a una situación en la que los hechos se produjeron después de la fecha de entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/1023, pero antes de la expiración del plazo de transposición de dicha Directiva y de la transposición de la misma al Derecho nacional; en segundo lugar, como elemento más relevante, declara que el artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que la relación de categorías específicas de créditos que figura en él no tiene carácter exhaustivo y de que los Estados miembros tienen la facultad de excluir de la exoneración de deudas categorías específicas de créditos distintas de las enumeradas en esa disposición, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional; el mero hecho de que no se haya justificado en este período no compromete gravemente la realización de los objetivos fijados por la Directiva.

Esta primera Sentencia ha ido seguida de otra posterior, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 8 de mayo de 2024, asunto SF, asunto C 20/23, en relación a la legislación portuguesa, en la que ha estimado que, en tanto esta descripción viene

[767] Vid. en este sentido, AVIÑO BELENGUER, D.: "Insuficiencia inicial de masa activa y procedimiento especial de microempresas", en *Derecho Europeo de la Insolvencia: Armonización, reestructuración y exoneración de deudas*, GÓMEZ ASENSIO, C. (Dir.). Editorial Aranzadi, 2024. Pág. 464.

precedida por una introducción que indica «*como en los siguientes casos*», la enumeración no puede ser considerada exhaustiva sino descriptiva. Añade a esta interpretación literal la que se deriva de la voluntad del legislador toda vez que, en el considerando 81 de la Directiva 2019/1023 en cuestión, señala expresamente cómo «*cuando exista una razón debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional, podría ser conveniente limitar la posibilidad de exoneración para determinadas categorías de deuda. Los Estados miembros deben poder excluir las deudas garantizadas de la posibilidad de exoneración solo hasta la cuantía del valor de la garantía que determine la normativa nacional, mientras que el resto de la deuda debe considerarse deuda no garantizada. Los Estados miembros deben poder excluir otras categorías de deudas cuando esté debidamente justificado*».

La novedad de esta última Sentencia reside en que reconoce a los Estados miembros la facultad específica de excluir determinadas categorías específicas de créditos de la exoneración de deudas, citando específicamente los créditos tributarios y de Seguridad Social, así como de atribuirles un estatuto privilegiado, siempre que tal exclusión se encuentre debidamente justificada en virtud del Derecho nacional. Declara que no todos los créditos son de la misma naturaleza ni todos los acreedores tienen la misma condición y el cobro de esos créditos puede tener fines específicos. Destacamos un pronunciamiento especialmente expresivo, en el que explicita que *habida cuenta de la naturaleza de los créditos tributarios y de seguridad social y de la finalidad recaudatoria de las cotizaciones fiscales y de seguridad social, los Estados miembros pueden considerar legítimamente que los acreedores institucionales públicos no se encuentran, desde el punto de vista del cobro de los créditos en cuestión, en una situación comparable a la de los acreedores del sector comercial o privado*. En estas circunstancias, consideran que con ello no está favoreciendo indebidamente a los acreedores institucionales públicos frente a los demás acreedores que no se benefician de tal exclusión. En todo caso, considera el Tribunal que ello también se deduce de los trabajos preparatorios de la Directiva, de los que se desprende más concretamente que ese legislador tenía una voluntad clara de dejar a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para que estos pudieran, al transponer la Directiva a su Derecho nacional, tener en cuenta la situación económica y las estructuras jurídicas nacionales.

El último hito jurisprudencial viene constituido por la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 7 de noviembre de 2024 (recaída en los asuntos acumulados C-289/23 [Corván] y C-305/23 [Bacigán],) que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante (C-289/23) y el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona (C-305/23), mediante autos de 25 de abril y de 2 de mayo de 2023, recibidos en el Tribunal de Justicia el 25 de abril y el 15 de mayo de 2023. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 4, y 23, apartados 1, 2 y 4, de la Directiva (UE) 2019/1023.

En el primero de los asuntos acumulados (C-289/23) el órgano jurisdiccional remitente destaca, en particular, por un lado, que, mediante la sentencia n.º 381/2019, de 2 de julio de 2019, el Tribunal Supremo declaró que, al transponer al Derecho español la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, el legislador español optó por un modelo normativo de «buena fe», de forma que la mala fe se deriva de la constatación de una serie de circunstancias tasadas legalmente. Por tanto, los jueces no tienen, según el órgano jurisdiccional remitente, ninguna capacidad para valorar las circunstancias que impiden el acceso a la exoneración de deudas y su función se limita a determinar la concurrencia de los supuestos legalmente tasados. Así pues, el concepto de «buena fe» no se vincula, a su entender, al concepto general que contempla el Código Civil, sino al cumplimiento de determinados requisitos.
Ahora bien, en la legislación vigente inmediatamente anterior a esa transposición, se consideraba que el deudor era deudor de buena fe cuando se cumplían dos requisitos, a saber, por un lado, que el concurso no hubiera sido declarado culpable y, por otro lado, que el deudor no hubiera sido condenado en sentencia firme por determinados delitos. Por tanto, según el órgano jurisdiccional remitente, la paradoja de dicha transposición es que ha servido para introducir un régimen más restrictivo de acceso a la exoneración de las deudas que el régimen anterior a la propia transposición, lo que, a su entender, suscita serias dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión.

Además, el órgano jurisdiccional remitente considera que, en este caso, la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia puede haber servido para crear un sistema de incentivos para el pago de créditos que, dentro del concurso de acreedores, difícilmente serían cobrados por la Administración Pública y que este sistema no está

basado en el concepto de «buena fe» del deudor. Este órgano jurisdiccional se pregunta si esa transposición es compatible con el artículo 23, apartado 2, de la citada Directiva y expresa asimismo algunas dudas en lo concerniente a la interpretación del artículo 23, apartado 4, de esa misma Directiva.

En el segundo asunto acumulado (C-305/23), el órgano jurisdiccional remitente subraya que el legislador español hizo uso de la facultad que reconoce el artículo 1, apartado 4, de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia y extendió, en el TRLC, la aplicación de los procedimientos contemplados en dicha Directiva que permiten la exoneración de deudas a las personas físicas insolventes que no sean empresarios. En segundo término, se pregunta, para empezar, si, en tal caso, la referida Directiva debe interpretarse en el sentido de que obliga al legislador nacional a adoptar un régimen aplicable a las personas físicas que respete las disposiciones de los artículos 20 a 24 de la propia Directiva. Dicho órgano jurisdiccional se pregunta, seguidamente, si el artículo 23 de esta, y más particularmente su apartado 1, puede interpretarse en el sentido de que el concepto de actuación «deshonesta o de mala fe» comprende también comportamientos del deudor negligentes o imprudentes. Por último, el referido órgano jurisdiccional expresa dudas en cuanto a la correcta interpretación del artículo 23, apartado 2, en particular en lo tocante al carácter tasado o no tasado de las circunstancias que se enumeran en el artículo 23, apartado 2, letras a) a f).

El Tribunal expone que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia debe interpretarse en el sentido de que la lista de circunstancias que figura en él no tiene carácter exhaustivo y los Estados miembros están facultados, al transponer dicha Directiva a su Derecho nacional, para establecer disposiciones que restrinjan el acceso al derecho a la exoneración de deudas en mayor medida que conforme a la normativa nacional anterior, denegando o restringiendo el acceso a la exoneración de deudas, revocando la exoneración o estableciendo plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más largos en circunstancias distintas de las enumeradas en el referido artículo 23, apartado 2, siempre que esas circunstancias estén bien definidas y tales excepciones estén debidamente justificadas. Pronunciamiento éste que sigue la línea marcada en sus sentencias anteriores, en el sentido de que la lista que contiene el artículo 23.4 es ejemplificativa y no exhaustiva, habilitando a los Estados

miembros a establecer restricciones a la exoneración en relación a determinados créditos, siempre que ello se encuentre debidamente justificado.

Asimismo, también considera que la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, al transponer esa Directiva, impone el pago de los créditos públicos no privilegiados a raíz de un procedimiento concursal para poder acogerse a la exoneración de deudas, excluye el acceso a la exoneración de deudas en circunstancias en las que el deudor haya tenido un comportamiento negligente o imprudente, sin haber actuado, no obstante, de forma deshonesta o de mala fe, y excluye ese acceso cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, el deudor haya sido sancionado mediante resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o se haya dictado en su contra un acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que, en la fecha de presentación de esa solicitud, dicho deudor hubiera satisfecho íntegramente sus deudas tributarias y sociales, siempre que esas excepciones estén debidamente justificadas con arreglo al Derecho nacional.

El Tribunal además entiende que la Directiva ha de interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye el acceso a la exoneración de deudas en un supuesto específico, sin que el legislador nacional haya justificado debidamente tal exclusión. Afirma que de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia se deduce que la justificación que debe aportar un Estado miembro en apoyo de una excepción como la que es objeto del litigio principal debe desprenderse bien del procedimiento que llevó a su adopción, bien del Derecho nacional.

Así, por lo que respecta al primer supuesto, cuando, en virtud del Derecho nacional, los trabajos preparatorios, los preámbulos y las exposiciones de motivos de disposiciones legales o reglamentarias forman parte integrante de ellas o son pertinentes para interpretarlas y contienen una justificación de la excepción mantenida o introducida en el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 23, apartado 2, de esta Directiva, procede considerar que esa justificación satisface las exigencias de dicha disposición.

Por lo que respecta al segundo supuesto, la referida justificación también puede figurar en otras disposiciones del Derecho nacional distintas de la que contiene esa excepción,

como una disposición constitucional, legislativa o reglamentaria nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2024, Instituto da Segurança Social y otros, C-20/23, EU:C:2024:389, apartado 37). Concluye, por tanto, que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye el acceso a la exoneración de deudas en un supuesto específico, sin que el legislador nacional haya justificado debidamente tal exclusión.

El Tribunal declara que no se opone a la Directiva la exclusión general de la exoneración de deudas por créditos de Derecho público, basándose en que la satisfacción de estos créditos tiene una especial relevancia para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, salvo en circunstancias y límites cuantitativos muy restringidos, al margen de la naturaleza de esos créditos y de las circunstancias que los han originado, y considera igualmente conforme con la Directiva que se conceda un trato privilegiado a los acreedores públicos con respecto a los demás acreedores, aun en el caso de que contemple una limitación de la exoneración de deudas para una categoría específica de créditos mediante el establecimiento de un tope por encima del cual queda excluida esa exoneración, sin que ese tope se fije en función del importe de la deuda en cuestión. siempre que esta exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

Finalmente, el Tribunal concluye que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando un legislador nacional decide ejercer la facultad regulada en el artículo 1, apartado 4, de dicha Directiva y extiende la aplicación de los procedimientos que permiten la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes a las personas físicas insolventes que no sean empresarios, las normas que devienen aplicables a esas personas físicas en virtud de tal extensión deben ajustarse a las disposiciones del título III de la citada Directiva.

Como conclusión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respalda la opción acogida por el legislador español en cuanto a la exclusión de los créditos de derecho público como no exonerables (incluso fijando umbrales máximos de exoneración), así como el establecimiento de determinadas circunstancias que excluyan la exoneración, siempre que

ello se encuentre debidamente justificado con arreglo al Derecho nacional[768]. A nuestro juicio, no es correcta la interpretación consistente en que el legislador español, a la hora de dictar la exclusión a que se refiere el artículo 487.1. 2º, no ha justificado debidamente la misma, concluyendo que dicho artículo es contrario a Derecho Comunitario según la referida sentencia[769]. La sentencia no ha llegado a efectuar dicha declaración, sino que se ha limitado a indicar que es necesaria la motivación y justificación de tal exclusión conforme a Derecho nacional, a modo de declaración de carácter general, que es algo muy distinto. En definitiva, estamos ante un ámbito que la Directiva ha querido expresamente dejar en manos de los Estados miembros, en la línea de su naturaleza de norma de armonización mínima ("*targeted harmonization*"). El problema estriba en que será el órgano jurisdiccional el que tendrá que valorar las circunstancias del caso concreto, sin que se definan a qué debe atender el juez para considerar si la sanción administrativa está o no justificada[770], lo que supone dejar un amplio margen de apreciación, con el consiguiente riesgo de resoluciones judiciales contradictorias e inseguridad jurídica que ello puede provocar. Resulta dudoso, por tanto, que la aplicación de la exoneración por los Estados miembros pueda llegar a alcanzar la armonización que parecía pretender en este punto la Directiva.

[768] Esta posición ha sido criticada por algún sector doctrinal, como CUENA, quien considera que "el art. 20.2 de la Directiva no permite la plena exoneración a un reembolso parcial de la deuda sin tener en cuenta los activos y la renta disponible del deudor. El art. 487.1.2º TRLC no tiene en cuenta la situación patrimonial: el deudor que pague la sanción entra en la exoneración y el que no pueda, se queda fuera. Es la capacidad económica lo relevante y eso lo veta el art. 20.1 Directiva.". Sin embargo, las cuestiones prejudiciales resueltas no acogen esta posición. Vid. CUENA CASAS, M.: Infracciones tributarias y bloqueo al acceso del concursado a la exoneración de deudas. (A propósito de la sentencia del TJUE de 7/11/2024). https://www.hayderecho.com/2024/11/18/infracciones-tributarias-y-bloqueo-al-acceso-del-concursado-a-la-exoneracion-de-deudas-a-proposito-de-la-sentencia-del-tjue-de-7-11-2024/

[769] Vid. las opiniones publicadas el 7 de noviembre de 2024: https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/el-tjue-anula-el-articulo-487-1-2-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal-por-falta-de-motivacion/ ; https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/mercantil/el-tjue-anula-el-articulo-487-1-2-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal-por-falta-de-motivacion-2024-11-08/

[770] CUENA CASAS, M.: Infracciones tributarias y bloqueo al acceso del concursado a la exoneración de deudas. (A propósito de la sentencia del TJUE de 7/11/2024). https://www.hayderecho.com/2024/11/18/infracciones-tributarias-y-bloqueo-al-acceso-del-concursado-a-la-exoneracion-de-deudas-a-proposito-de-la-sentencia-del-tjue-de-7-11-2024/

CONCLUSIONES

Primera. - El tránsito de un Derecho Concursal puramente liquidativo hacia un Derecho de las Reestructuraciones se ha producido progresivamente desde finales el siglo XIX y comienzos del XX, mediante la introducción de institutos de carácter conservativo y reorganizativo en países de nuestro entorno. Esta evolución cristalizó por la vía del *soft law* comunitario en la Recomendación de la Comisión Europea 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial y la posterior aprobación de la Directiva 2019/2023, de 20 de junio, denominada de Reestructuración Temprana, y cuya transposición a nuestro Derecho se produjo en virtud de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma de la Ley Concursal.

Segunda. - La Directiva 2019/2013 se encuentra inspirada materialmente en el Chapter 11 de EEUU y procedimentalmente en cierta medida en los Schemes of Arrangement británicos, habiendo introducido conceptos novedosos como la moratoria o stay, los planes de reestructuración y los principios tuitivos de los derechos de los acreedores como el *best interest creditor´s test* o *la absolute priority rule.*

Tercera. - El último hito en materia de armonización del derecho europeo de la insolvencia lo constituye la Propuesta de Directiva de Insolvencia 7 de diciembre de 2022, que persigue la armonización de determinados aspectos como el prepack concursal, las acciones revocatorias concursales, el rastreo de bienes o la liquidación de micropymes, que constituye una pieza clave en la referida armonización proyectada del Derecho de la insolvencia. Las materias objeto de armonización ("*targeted harmonization")* en la Propuesta de Segunda Directiva de Insolvencia de 7 de diciembre de 2022 son complementarias respecto de la Directiva 2019/1023, no incidiendo en los aspectos que fueron armonizados en aquélla.

Cuarta. - El acreedor público puede desempeñar un papel relevante en las reestructuraciones, dado que desde un punto de vista cuantitativo en muchas ocasiones es el acreedor más relevante, a veces el único respecto de pymes y micropymes. Su participación es en múltiples ocasiones decisiva para lograr la aprobación de los planes de reestructuración, siendo un acreedor frecuente en las empresas en crisis.

Quinta.- El crédito público estaba, hasta la aprobación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, excluido legalmente como acreedor afectado en los acuerdos de refinanciación, obligando al deudor a acudir a mecanismos de carácter administrativo para poder acordar aplazamientos y fraccionamientos, en paralelo a la negociación de los acuerdos de refinanciación, sin que pudieran acordarse quitas dado el carácter indisponible de este tipo de créditos.

Sexta. - La Directiva 2019/1023 abre un nuevo escenario, incentivando su afectación, con el objetivo de garantizar la reestructuración de empresas viables, debiendo los Estados miembros en este marco posicionarse en relación al grado de involucración del acreedor público en los planes de reestructuración de empresas que atraviesan dificultades financieras.

Séptima.- La Directiva 2019/1023 define la reestructuración como aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos.

Octava.-El examen del papel de las Administraciones Públicas en sede de reestructuración de empresas en crisis exige necesariamente tener presente el régimen europeo de ayudas de Estado, dada la confluencia entre el derecho de la competencia y el derecho concursal, y que operan respectivamente como mecanismos de entrada y salida del mercado, así como la posibilidad de que determinadas decisiones adoptadas en el marco de una reestructuración puedan eventualmente implicar una ayuda de Estado indirecta. La compatibilidad de dichas decisiones con el marco de ayudas de Estado requiere que el Estado actúe como operador privado en una economía de mercado, abstrayéndose de toda consideración de carácter público, debiendo maximizar la recuperación en un contexto de crisis, del mismo modo en que lo haría cualquier acreedor privado.

Novena. - Las consideraciones generales aplicables en materia de ayudas de Estado se han visto matizadas a través de sucesivos marcos temporales para paliar situaciones de crisis económicas acontecidas recientemente. En este marco, se han adoptado medidas

que se han calificado acertadamente como “paraconcursalidad normativa”, con el fin de inyectar liquidez y garantizar la solvencia del tejido empresarial (como ha sucedido durante la crisis financiera de 2008, en la crisis económica derivada de la pandemia provocada por el Covid-19, tras la invasión de Ucrania por parte de Ucrania, etc..) que han habilitado a los Estados miembros a adoptar determinadas medidas en situaciones excepcionales, obligando en la práctica al Estado a desempeñar un papel más proactivo en sede de reestructuración preconcursal y concursal.

Décima. - Un ejemplo paradigmático de ello ha sido la gestión de los avales Covid por parte del Instituto de Crédito Oficial o las medidas de recapitalización de empresas del Fondo de Solvencia de Empresas Estratégicas de SEPI y el Fondo de Recapitalización de Empresas de Cofides. En este marco, el Estado no se ha limitado a actuar como mero recaudador de impuestos o de cotizaciones sociales, asemejándose más su papel al de un acreedor financiero o a un inversor, habiendo conllevado ello la redefinición de su actuación, a la luz del nuevo régimen legal de reestructuración preconcursal y concursal.

Undécima. - Una de las novedades más relevantes de la Directiva 2019/1023 ha sido la regulación positiva de un elenco de sistemas de alerta temprana que tienen por objeto prevenir y atenuar la insolvencia. Estas herramientas de alerta temprana son de incorporación obligatoria por parte de los Estados miembros, entre las que se citan específicamente, de forma ejemplificativa, la activación de mecanismos previstos cuando los deudores no hayan efectuado determinados pagos; servicios de asesoramiento ofrecidos por organizaciones públicas y privadas y advertencias a través de terceros, como auditores, autoridades tributarias o de Seguridad Social.

Duodécima.- En nuestro Derecho, se han implementado las herramientas de autodiagnóstico de salud empresarial, cuyo mantenimiento corresponde a la Administración General del Estado (Ministerio de Industria), la información facilitada por los Registradores Mercantiles, sobre la posición de riesgo de una sociedad o el servicio de asesoramiento de empresas en dificultades, a lo que se añade el deber de advertencia del letrado de la administración de justicia en caso de insuficiencia de bienes susceptibles de embargo. En este contexto, el papel de las Administraciones Públicas es de todo punto relevante, dado que van a ser responsables de su implementación práctica y su financiación, aun cuando la Directiva 2019/1023 permite que los servicios en que consisten puedan ser prestados por sujetos particulares.

Decimotercera. - La transposición de la Directiva 2019/2023 a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, ha introducido nuevos mecanismos de reestructuración, permitiendo la afectación del crédito público, a diferencia de lo que acontecía con los anteriores acuerdos de refinanciación, en que el crédito público quedaba excluido ex lege.

Decimocuarta. - De acuerdo con lo establecido en el Preámbulo, la potencial afectación del crédito público convivirá con los mecanismos de reestructuración extraconcursales tradicionales, consistentes en el aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias y de Seguridad Social, considerándose además una solución preferible a la reestructuración preconcursal propiamente dicha. De hecho, en la práctica se ha observado que en ocasiones el crédito público ha sido excluido del perímetro de afectación precisamente por haber acordado el deudor con las Administraciones Públicas medidas más beneficiosas que las que se hubieran podido alcanzar en virtud de un plan de reestructuración, dada la limitación ex lege de las medidas que pueden afectar a los créditos de derecho público.

Decimoquinta. - En la aplicación práctica del nuevo régimen de reestructuraciones se ha producido una ampliación jurisprudencial del concepto de crédito público, abarcando créditos titulados por entidades de carácter público que en sede concursal se venían clasificando como créditos de derecho privado, haciendo una interpretación extensiva del concepto fijado por la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 472/2013, de 16 de julio.

Decimosexta.- Hasta el momento, algunos planes de reestructuración han afectado a créditos clasificados como de derecho público cuyo apoyo ha sido decisivo en la homologación del plan, ex art. 639.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal, en conjunción con el artículo 624 bis, en el marco de la admisión jurisprudencial de la configuración de clases unipersonales en función del rango concursal del crédito público (privilegiado, ordinario y subordinado), lo que dota al crédito de esta naturaleza de una potestad de arrastre mayor que en sede concursal. Por razón de su condición parcialmente privilegiada, estos créditos estarán "*dentro del dinero*", presumiéndose que recibirían algún pago en reestructuración, de modo que también estarían dotados (al menos teóricamente) de la posibilidad de arrastre ex art. 639.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Decimoséptima. - El crédito público no se va a ver, como regla general, afectado por la suspensión automática de ejecuciones aneja a la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, salvo que se trate de bienes afectos a la actividad empresarial y únicamente en fase de realización, cuando los citados créditos se vayan a ver afectados por el plan de reestructuración (art. 605 TRLC).

Decimoctava. - La habilitación legal relativa a la continuación de ejecuciones de créditos de derecho público a pesar de la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, que generalmente se iniciarán con el fin del mantenimiento de la ejecución separada en un eventual concurso que pudiera posteriormente declararse, es susceptible de poner en riesgo el buen fin de la reestructuración, si el impago de éstos es relevante.

Decimonovena. - El acreedor público goza de un régimen de preeminencia respecto a los acreedores privados en sede de planes de reestructuración, puesto que para afectarle se exige que el deudor se *"encuentre al corriente*" del cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social y que las deudas no tengan una antigüedad superior a dos años computados desde la fecha del devengo (art. 616 TRLC).

Vigésima. - El certificado permiten acreditar, entre otras circunstancias, que se han presentado las correspondientes declaraciones, autoliquidaciones y comunicaciones de datos o extremos concretos contenidos en ellas, la situación censal, el cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social y la inexistencia de deudas o sanciones pendientes de pago que consten en las bases de datos de la Administración tributaria o de Seguridad Social. En consecuencia, el deudor estará al corriente del cumplimiento de dichas obligaciones aun cuando el deudor tenga pendientes deudas o sanciones tributarias que se encuentren aplazadas, fraccionadas o cuya ejecución estuviese suspendida.

Vigesimoprimera. -El crédito de derecho público constituye ex lege una clase separada de acreedores (art. 624 bis TRLC), a lo que se añade la imposibilidad de aplicar quitas y la limitación temporal de las esperas como único contenido posible en reestructuración (con un plazo máximo de dieciocho meses) con abstracción completa de su clasificación a efectos concursales, lo que restringe extraordinariamente su involucración en reestructuraciones preconcursales.

Vigesimosegunda. - La delimitación del perímetro de afectación exige la justificación de la exclusión de los créditos de derecho público. En la práctica se acude a la mención de la posible infracción del trato paritario entre créditos del mismo rango si son incluidos, la

posibilidad de activar mecanismos extrajudiciales que son susceptibles de otorgar al deudor un tratamiento más favorable que el previsto ex lege en sede de planes de reestructuración, así como el incumplimiento del requisito de estar al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, exigido legalmente para la afectación de los créditos de derecho público.

Vigesimotercera. -En los planes consensuales, no parece que puedan suscitarse dudas en cuanto a la infracción del principio de paridad de trato pues los créditos de derecho público conformarán una clase separada dentro de cada clase dentro de su rango concursal (art. 624 bis TRLC), pudiendo disfrutar de un régimen distinto si ello es aceptado por las clases formadas dentro del mismo rango (art. 638 TRLC).

Vigesimocuarta. - En el caso de planes no consensuales, la comparación se realiza entre acreedores pertenecientes a distintas clases, de modo que los disidentes podrían alegar la vulneración del principio de paridad de trato (art. 655.2.3º TRLC) o incluso la infracción de la regla de prioridad absoluta, ya que ninguna clase inferior debe recibir pago alguno antes de que las de rango superior queden íntegramente satisfechas. Por ello, la opción será otorgar a los restantes acreedores que estén en la misma clase que los créditos de derecho público el mismo tratamiento, provocando que el umbral mínimo de protección se eleve para el resto de las clases (efecto contagio). Este resultado puede incentivar la exclusión del crédito público del perímetro de afectación de la reestructuración.

Vigesimoquinta. - Cuando el acreedor de derecho público se vea arrastrado por las esperas impuestas por el plan, es previsible que se supere la prueba del mejor interés de los acreedores. En efecto, el tratamiento en un escenario de reestructuración es más beneficioso legalmente que el de liquidación concursal, dada la imposibilidad de aplicar quitas y las limitaciones legales a las esperas (art. 616 bis TRLC).

Vigesimosexta.- En relación al incumplimiento del plan de reestructuración y su impugnación, se establecen también unas especialidades que constituyen manifestación de la exacerbada protección del acreedor público, otorgándole una legitimación privilegiada para instar la resolución del plan en caso de impago del crédito público afectado por el plan y la cuota corriente, de modo que el deudor ha de permanecer al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social durante todo el período de vigencia el plan.

Vigesimoséptima. -En el ámbito del plan de continuación del procedimiento de microempresas del Libro III del Texto Refundido de la Ley Concursal se prevén especialidades diversas, destacando la exclusión de la afectación de la parte privilegiada del crédito público. En lo relativo a su contenido, se admiten quitas y esperas sin límite temporal (a diferencia de los planes de reestructuración), a excepción de la parte privilegiada del crédito y en determinados porcentajes de cuotas de la Seguridad Social. En este punto, destacan las previsiones relativas a que, de un lado, cuando el acreedor sea la AEAT, se entenderá que ha votado a favor cuando contenga una quita no superior al quince por ciento del importe de los créditos ordinarios, salvo que se indique lo contrario; y además será necesaria la homologación expresa del plan cuando se pretenda afectar a créditos de derecho público, no bastando la homologación tácita.

Vigesimoctava. - A los efectos de la reestructuración, puede resultar preferible la utilización de mecanismos extrajudiciales como los aplazamientos y fraccionamientos de créditos tributarios y de Seguridad Social, en los que las Administraciones Públicas gozan de mayor autonomía y poder de decisión, con privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva, no obstante, los sesgos cognitivos que ello puede conllevar en su aplicación práctica. De hecho, se ha observado en la práctica que esta opción se ha utilizado como justificación de la decisión de la exclusión de los créditos de derecho público del plan de reestructuración, cuando el deudor ha acordado con la Administración Pública un calendario de pagos más favorable que el derivado de la mera aplicación de las previsiones del artículo 616 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Vigesimonovena. - En la reestructuración concursal vía convenio no se requiere la acreditación de encontrarse al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Se ha previsto la posibilidad de acordar quitas y esperas en términos idénticos a la parte privilegiada, ordinaria y subordinada. El régimen, por tanto, es sustancialmente más favorable al deudor que en sede de planes de reestructuración, lo que puede suponer un incentivo frente a éstos, sobre todo cuando el importe adeudado a la Administración sea importante. Esta conclusión puede cuestionar que se vayan a alcanzar en un ámbito preconcursal los objetivos pretendidos por la Directiva 2019/2023 en caso de que sea imprescindible la reestructuración del crédito público.

Trigésima. - Se ha introducido la figura de la modificación del convenio (art. 401 TRLC), pudiendo abarcar la parte privilegiada del crédito público en caso de que se hubiesen

adherido a la propuesta de convenio originario o hubieran suscrito dicha propuesta durante el período de formación del acuerdo.

Trigésimo primera. - En sede de convenio, los efectos de la transmisión de unidades productivas a través del *prepack* plantean una problemática particular que es necesario analizar de forma casuística en materia de seguridad social, contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial, así como sobre los créditos pendientes de pago al tiempo de la transmisión. En particular, en lo relativo a la sucesión de empresa y sus efectos respecto a créditos laborales y de Seguridad Social, se ha delimitado en la Ley 16/2022 con mayor precisión el perímetro de afectación permitiendo su acotación a los trabajadores de la unidad productiva.

Trigésimo segunda. - La subrogación en los contratos afectos en sede de prepack ha producido cierta conflictividad en materia de licencias y autorizaciones administrativas, concesiones demaniales y contratos administrativos, dado que se rigen preponderantemente por su normativa específica. Asimismo, se regulan los efectos en relación a los créditos pendientes de pago al tiempo de la transmisión, con especial énfasis sobre el régimen especial aplicable a determinados créditos tributarios, excepcionando la regla general de exención de responsabilidad del adquirente.

Trigésimo tercera.-El Real Decreto-ley 5/2023, en virtud del cual se transpuso a nuestro Derecho la Directiva 2019/2121, de Movilidad Transfronteriza, ha previsto como novedad la posibilidad de que participen en modificaciones estructurales de fusión, escisión y cesión global de activo sociedades en planes de reestructuración, así como declaradas en concurso no solamente cuando se haya abierto la fase de convenio, sino también cuando se haya abierto la fase de liquidación (art.3.3), excluyendo tan solo la transformación transfronteriza respecto de las sociedades en liquidación concursal.

Trigésimo cuarta.-En la práctica, ya se han integrado las modificaciones estructurales como contenido de los planes de reestructuración (Ezentis, Telepizza) y se ha cuestionado la exigencia prevista en el Real Decreto-Ley 5/2023 relativa al certificado de encontrarse al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, lo que no implica haber satisfecho la totalidad de las obligaciones de esta naturaleza, como se ha señalado, sino que, de acuerdo con su normativa específica, supone que el deudor ha obtenido los correspondientes aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias y

de Seguridad Social, sin que dichas deudas se encuentren sujetas a recaudación en vía ejecutiva.

Trigésimo quinta. - En la coexistencia entre las modificaciones estructurales y el derecho de la insolvencia prevalece este último, sustituyéndose los mecanismos individuales de protección de los acreedores por la protección de carácter colectivo dispensada por el Texto Refundido de la Ley Concursal, a través de la impugnación del plan de reestructuración, de modo que tal exigencia, a nuestro entender, quedaría neutralizada.

Trigésimo sexta. - En relación con el plan de reestructuración y el convenio concursal, colisiona el régimen del crédito de derecho público con el efecto de la sucesión universal propio de las modificaciones estructurales, dado que para estos acreedores el cambio de deudor es un contenido prohibido del plan y de la propuesta de convenio, salvo que se produzca sin liberación del deudor primitivo (art. 616 y 318 TRLC).

Trigésimo séptima.- El tenor literal de la Directiva 2019/1023 dejaba margen suficiente de apreciación a los Estados miembros para no exonerar determinadas deudas de forma motivada, como ha declarado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 7 de noviembre de 2024), pues la relación de créditos que pudieran no ser exonerados por los Estados miembros no tenía carácter exhaustivo sino meramente ejemplificativo, dejando expresamente la Directiva esta cuestión en manos de los Estados miembros, en la línea de su naturaleza de norma de armonización mínima por materias previamente seleccionadas ("*targeted harmonization*").

Trigésimo octava. - En nuestro derecho, en lo relativo a la exoneración de pasivo insatisfecho, la regulación legal con carácter general sigue considerando no exonerable el crédito de derecho público, habiendo establecido cuestionablemente una cantidad fija susceptible de exoneración, sin que responda a un criterio objetivo o finalístico, lo que ha suscitado el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Trigésima novena. - La transposición de la Directiva 2019/1023 en nuestro Derecho en materia de exoneración no resulta coherente, pues trata situaciones desiguales de forma igualitaria al permitir la exoneración del crédito público en una cantidad a tanto alzado, con total abstracción del volumen de activo y pasivo del deudor. Tampoco se ha basado en una justificación razonable, de carácter fiscal o técnico. En atención a lo expuesto, dado lo arbitrario del límite cuantitativo fijado legalmente, se considera que el régimen

de exoneración en este aspecto resulta contrario a los principios rectores del deber tributario contemplado en el artículo 31 CE, que obliga a tener en cuenta el principio de igualdad y progresividad, así como la capacidad económica del contribuyente.

Cuadragésima.-Finalmente, en lo relativo al acceso a la exoneración y sus circunstancias impeditivas, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, será el órgano jurisdiccional el que tendrá que valorar las circunstancias del caso concreto que permitan considerar si la sanción administrativa está o no justificada, lo que supone dejar un amplio margen de apreciación, con el consiguiente riesgo de resoluciones judiciales contradictorias e inseguridad jurídica que ello puede provocar. Resulta dudoso, por tanto, que la aplicación de la exoneración por los Estados miembros pueda llegar a alcanzar la armonización que parecía pretender en este punto la Directiva.

BIBLIOGRAFÍA

ABBAMONTE, G.B.: "Market Economy Investor Principle: a Legal Analysis of an Economic Problem". *European Competition Law Review* 1996/4.

AHEDO PEÑA, O.:" Modificaciones estructurales y convenio concursal: especial referencia al proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones,* 5 (2022).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: Administradores frente a accionistas y acreedores: «Deberes de lealtad para los accionistas y obligaciones pactadas o legales para los acreedores» *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis. I Parte. La perspectiva europea. Sección 1. La posición de los administradores ante la crisis de la sociedad.* Eds. RECALDE CASTELLS, J.A. BERMEJO GUTIÉRREZ, N. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. Thomson Reuters-Civitas (2019).

ALONSO, C/BOWKETT, H., "Restructuring tools in the United Kingdom and in Spain" en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* (I&R) 2/2021 (Ed. Iustel).

ALONSO SOTO, R.: "Los créditos derivados de ayudas públicas en el concurso de acreedores". Febrero 2011.

ALONSO UREBA, A. "Elementos de Derecho Mercantil I, Introducción", Madrid, 1989.

- *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico,* Madrid, 1985.
- "El gobierno de las grandes empresas" en AA.VV. *El Gobierno de las sociedades cotizadas,* ESTEBAN VELASCO (dir.), Madrid, 1999.

ALONSO LEDESMA, C.: "Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula de interés social", en AA.VV. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.

- "Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores", en AA.VV. *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, T.I. Madrid, 2007.

ÁLVAREZ HERRANZ, B.: "Comentario al artículo 214", en *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público,* Dir. RECUERDA GIRELA, M.A. Ed. Civitas, 1ª Ed. 2018.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.: "Confluencia y conflicto entre el derecho de la competencia y el derecho concursal". *Derecho de la Competencia Europeo y Español Curso de iniciación. Volumen XI.* (Dir. Ortiz Blanco, Luis; Ruiz García, Napoleón). Ed. Dykinson. 2013.

- "El riesgo de insolvencia como factor reductor de las multas impuestas por conductas anticompetitivas (inability to pay)". *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2014, págs. 249-274.

ANESTIS, P., MAVROGHENIS, S. DRAKAKAKI, S.: "Rescue and Restructuring Aid: A Brief Assessment of the Principal Provisions of the Guidelines". EStAL, Volume I, 2004.

APARICIO GONZÁLEZ, M.L.: "El gobierno corporativo ante la crisis económica-financiera", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2009.

APODACA, Los presupuestos de la quiebra, México, 1945.

ARMOUR, J.; HANSMANN, h.; KRAAKMAN, R. y PARGENDLER, M.," What is Corporate Law?" "Agency Problems and Legal Strategies", en AA.VV. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3ª edición, New York, Oxford University Press, 2017.

ARMOUR, J. "Legal capital: an outdated concept?", European Business Organization Review.

AVIÑO BELENGUER, D.: "Insuficiencia inicial de masa activa y procedimiento especial de microempresas", en *Derecho Europeo de la Insolvencia: Armonización, reestructuración y exoneración de deudas,* GÓMEZ ASENSIO, C. (Dir.). Editorial Aranzadi, 2024.

AZNAR GINER, E. "La legislación concursal de emergencia COVID-19. Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia." Ed. Tirant lo Blanch, Concursal. 2021.

BACIGALUPO SAGGESE, M.: "El Derecho Comunitario de las Ayudas de Estado y su articulación con el derecho español de las subvenciones y ayudas de las actividades

económicas", en *El Régimen Jurídico de las Subvenciones. Derecho Español y Comunitario (*Dir. FERNÁNDEZ FARRERES, G.), Manuales de Formación Continuada, 38-2006, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

BACON, K.: "State Aid and general measures", *Yearbook of European Law*, nº17, 1997.

BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the law*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

BAIRD, *Bankruptcy´s uncontested axioms*, Yale L.J. nº108, 1998-1999.

- *The elements of Bankruptcy*, 2001.
- *Elements of bankruptcy*, Foundation Press, New York, 2006.

BAIRD, D. G., BERNSTEIN, D. S., "Absolute priority rule, valuation uncertainty and the reorganization bargain", *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006, pp. 1930-1970.

BALP, G.: "Early warning tools at the crossroads of insolvency law and Company law". https://ssrn.com/abstract=3010300.

BANCO MUNDIAL, *Report on the treatment of the Insolvency of Natural Persons*, https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/83500027-9cef-5465-a70b-094bc8958726

BANCO MUNDIAL, "El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales", Nota introductoria y versión traducida por Jose María Garrido en el Anuario de Derecho Concursal, núm. 31, enero-abril 2014, p. 338. FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, Informe España, 2014.

BELLAMY&CHILD: *Materials on European Community Law on Competition*, Oxford University Press, 2008.

BENITO Y MAMPEL, *La doctrina Española de la quiebra*, Madrid, 1930.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002.

- "El apoyo público a la solvencia empresarial y el privilegio del crédito público". *Anuario de Derecho Concursal*, nº 52. Enero-Abril 2021.

BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*, Bolonia, 1986.

BISBAL MÉNDEZ, J.: “La insoportable levedad del Derecho Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, 214/1994.

BLANCHARD, O., PHILIPPON T., PISANI-FERRY J.: *A New Policy Toolkit Is Needed as Countries Exit COVID-19 Lockdowns*. Peterson Institute for International Economics. Junio 2020.

BOLSA FERRUZ, M. NICOLAIDES P., 'An Economic assessment of State aid for Restructuring Firms in Difficulty: Theoretical Considerations, Empirical Analysis and Proposals for Reform' [2014]37(2) *World Competition* 207, 233.

BONELLI, *Il Fallimento*, Tomo I, Milán, 1923.

BONSIGNORI, *Trattato di diritto commerciale e di diritto publico dell´economia*, Tomo IX, Padua, 1986.

BORONAT OMBUENA, G.J., LEOTESAR, R., BERNIA, J. GONZALBO, P. SERRANO FIGUEROA, C.: “Alertas tempranas de una posible insolvencia. El test de ALTMAN” *Técnica contable y financiera*, ISSN 2531-1743, ISSN-e 2531-2030, Nº. 59, 2023, págs. 102-114.

BOTANA AGRA, M.” Crisis económica y Derecho de la Competencia, Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa (Sección Segunda) de 26 de enero de 1983: caso Electrodomésticos de Línea Blanca” *Actas de Derecho Industrial*, 1984, nº10, pp. 185-207.

BOUCHAGIAR, A. “State aid in the context of the COVID-19 outbreak, including the Temporary Framework 2020” RSC 2021/03, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Regulation.

BRENES CORTÉS, J.: «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº55, mayo agosto (2021).

BUIL ALDANA, I.: “Comentario al artículo 655” en Comentario a la Ley Concursal, 3ª edición, Tomo II, Editorial La Ley-Wolters Kluwer (Dir. Pulgar Ezquerra, J.), 2023. Págs. 1344ss. Más ampliamente en “*Subordinación contractual relativa y marcos de reestructuración preventiva”,* Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2021, publicada en Editorial La Ley-Wolters Kluwer, abril 2024.

BUSSHARDT, en BRAUN, *InsolvenzOrdnung (InsO),* C.H. Beck, 2010.

CABANAS TREJO. R.:" La penúltima reforma concursal: breve apunte de la Ley 9/2015, de 15 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal" en Diario La Ley nº 8562, 2015.

CABANAS TREJO, R.: Insolvencia y modificaciones estructurales (la sombra del arrastre es alargada). *El Notario del Siglo XXI*, Revista 112.

- " Una visión de la irrupción del Derecho Concursal en el Societario". *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones* 13/2024, Julio 2024.
- "La ingeniería societaria: modificaciones estructurales e insolvencia. El cierre en falso del concurso", en *Jornadas Bilbao (26-27 de octubre 2023), Estudios de la insolvencia del País Vasco"*, Cizur Menor, Aranzadi.

CABRILLO, *Análisis del Derecho Concursal español*, Madrid, 1987,

- *Quiebra y liquidación de empresas,* Madrid, 1989.
- *La teoría económica de la reorganización de las empresas en quiebra,* en Economistas, Madrid, 1993.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea,* Ed. Colex, 2003.

CAMPUZANO, A. "La aplicación del régimen de ayudas de Estado a la actuación de las administraciones públicas en el concurso de acreedores (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de septiembre de 2004)", en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 3/2004.

DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico,* Madrid, 1967.

DE CÁRDENAS SMITH, C. "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana y su transposición al derecho español". *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 29, 2018.

COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, 1998.

DI COMITE, V. "La legitimidad del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas para la economía española en tiempos de COVID-19: La sentencia del Tribunal General "Ryanair DAC/Comisión", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 26, Nº 71, 2022.

CONOR, Q.: *European State Aid Law,* Hart Publishing, 2009

CORDONES RAMÍREZ Y AURIOLES MARTÍN, *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, Málaga, 1987.

CORPUS CARCEA, M., "La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 22/2015.

CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS: "*Reformas en el campo de la insolvencia y otras cuestiones estratégicas para una mejor gestión de la crisis económica derivada de la pandemia de la Covid-19*".11 de diciembre de 2020.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L./PÉREZ TROYA, A. "Planes de reestructuración y modificaciones estructurales. Los nuevos paradigmas y algunas paradojas", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 62 (Mayo-agosto 2024).

CRANE, D.A. "Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History", *Global Competition Policy*, Diciembre 2008, en www.globalcompetitionpolicy.org.

CUENA CASAS, M. "Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, págs. 123-159.

- "La exoneración del pasivo insatisfecho", en Prats Albentosa (Coord.), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- Segunda oportunidad y crédito público. (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019). https://www.hayderecho.com/2019/07/28/segunda-oportunidad-y-credito-publico-a-proposito-de-la-mal-entendida-sentencia-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019/
- "La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal". *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4/2021, Noviembre.
- "Insolvencia y Exoneración del deudor persona natural en el marco de la transposición de la Directiva 2019/1023", en *La Insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023,* Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 46. Editorial Aranzadi, 2021.

- Infracciones tributarias y bloqueo al acceso del concursado a la exoneración de deudas. (A propósito de la sentencia del TJUE de 7/11/2024). https://www.hayderecho.com/2024/11/18/infracciones-tributarias-y-bloqueo-al-acceso-del-concursado-a-la-exoneracion-de-deudas-a-proposito-de-la-sentencia-del-tjue-de-7-11-2024/

CUTLER/SUMMERS, "The costs of conflict resolution and financial distress: Evidence from the Texaco-Pennzoil litigation", BHANDARI/WEISS, *Corporate bankruptcy, Economic and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996.

DAMTOFT, R.W. "The Relationship Between Competition Policy and Industrial Policy: The Historical Experience of the United States", Geneva, Switzerland, julio de 2009 (vid. http://www.ftc.gov.oia/speeches/russellcompetitionpolicy.pdf)

DELGADO GARCÍA, A. M.: «El aplazamiento y fraccionamiento de las deudas tributarias como instrumento para el mantenimiento de las empresas». *Revista Quincena Fiscal*, núm. 17/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2021, 4843).

DÍAZ ÁLVAREZ DE TOLEDO, C., "Strengthening the Resolution Framework in the EU: The CMDI Proposal and next steps", en *The Euro in 2024,* [Instituto Español de Analistas y Fundación ICO] 2024.

DÍAZ MORENO, A. "La capitalización de créditos en los acuerdos de refinanciación homologados y en el convenio concursal: la posibilidad de imponerla sin contar con el consentimiento de los acreedores afectados". *Gómez Acebo y Pombo*, 2014.

DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Relaciones obligatorias,* Madrid, 1993.

DUQUE, "Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma", *Anuario de Derecho Concursal*, 1980.

EIDENMÜLLER, H. "Comparative Corporate Insolvency Law", en GORDON y RINGE (dirs.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford University Press, 2018.

ESTEBAN VELASCO, G.: "Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el gobierno corporativo", en AA.VV. *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Navarra, 2014.

FACHAL NOGUER, N., "La rescindibilidad concursal de los pagos de deudas financieras preexistentes mediante financiación con avales ICO-COVID", en *ACTUM* (Francis Lefebvre), Comentario de Autor.

- "Rescisión concursal de la cancelación de deudas avaladas por el ICO", *Almacén de Derecho*, 6/7/2023.
- "Algunas reflexiones acerca de la financiación ICO-Covid cuando la acreditada entra en concurso", *Almacén de Derecho*, 10/10/2023

FARANTOURIS, N.:" Firms in difficulty and state aids: a compatibility analysis", *European Competition Law Review*, volume 30, issue 10, 2009.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ MAESTRE, J., "El abuso de la operativa ICO: rescindibilidad concursal", *La Ley Insolvencia*, n.º 19, abril-junio 2023, La Ley 9085, 9086/2023.

FARRANDO MIGUEL, I.: "Una aproximación al buen gobierno de las sociedades anónimas abiertas", *Revista de Derecho de Sociedades*, 26/2006.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (artículo 209.1.b) LSA*), Marcial Pons, 2001.

- "Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal." En *La Reforma de la Legislación Concursal: Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal: Madrid 6 a 10 de mayo de 2002.* (Dir. Ángel Rojo) Ed. Madrid/Barcelona: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Marcial Pons 2003.
- *Herramientas de alerta temprana y responsabilidad por incumplimientos de los deberes de prevención concursal*. Marcial Pons, 1º ed. 2024.

FERRERO, C. "Conoce el proyecto Early Warning Europe (alertas tempranas)" en *Diario La Ley*, 2 de enero de 2020.

FILPO, M. «State aid control during the COVID- 19 pandemic» en *Revista General de insolvencias & reestructuraciones (I&R)* Iustel. 2/ 2021, pp. 391- 407.

FLETCHER, I.: "Spreading the gospel: the mission of insolvency law and insolvency practitioners, in the early 21st century", *JBL Issue* 7-2014, Thomson Reuters.

FLORES SEGURA, M. "La prueba del interés superior de los acreedores" *Revista de Derecho Mercantil* n.º 318 / 2020.

- El incumplimiento de los planes de reestructuración: novedades e incógnitas de la reforma. Jun 1, 2002. *Almacén de Derecho.* https://almacendederecho.org/el-incumplimiento-de-los-planes-de-reestructuracion-novedades-e-incognitas-de-la-reforma

DE LA FUENTE, A. y ARRUÑADA, B. (coordinadores) (2021) ¿Cómo ayudar a las empresas en la crisis del Covid?, en *Fedea Policy Papers* —2021/05.

GALBRAITH, *Introducción a la Economía*, trad. de Gustav Muñoz, Barcelona, 1979.

GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, trad. de Joaquín Bisbal, Barcelona, 1980.

GALLEGO CÓRCOLES, A.: *La capitalización de créditos mediante el aumento del capital social (debt-equity-swap)*. Editorial Aranzadi, 2019.

- «Solicitud de concurso con oferta de adquisición de unidades productivas y ventas prepack en la proyectada reforma concursal», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº166, 2022.

GARCÍA HERRERA BLANCO, C.: "Buen gobierno fiscal y cumplimiento cooperativo con las grandes compañías". *Quincena fiscal*, enero 2017.

GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Instituciones concursales y paraconcursales: El ámbito de una reforma", en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Madrid, 1985.

GARCÍA VILLAVERDE, "La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992.

GARCIMARTÍN, F. "La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II)", (Dic 11, 2016). https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-europea-reestructuracion-segunda-oportunidad-ii-moratoria-preconcursal

- "La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad. El arrastre de acreedores disidentes y la llamada «regla de prioridad absoluta»" en *Anuario de Derecho Concursal*. 43, 2018, enero-abril.
- "Los marcos de reestructuración preventiva en el derecho europeo: reflexiones sobre sus fundamentos normativos", en AA.VV. Las reestructuraciones de las sociedades en crisis. BERMEJO GUTIÉRREZ/MARTÍNEZ FLÓREZ/RECALDE CASTELLS (dirs.), Civitas, 2019.
- Rangos crediticios, opciones y subrogación", Almacén de Derecho, 12 de diciembre de 2018 (disponible on-line en https://almacendederecho.org/rangos-crediticios-opciones-ysubrogacion).

– "Algunas reflexiones sobre el Derecho preconcursal", La Ley Mercantil, Wolters Kluwer, núm. 70, 2020, pp. 1-7 (consultado en versión electrónica).

– "La prueba del interés superior de los acreedores" Almacén de Derecho, 22 junio 2021.

– "Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del libro II del anteproyecto y las novedades del libro IV" en Revista general de insolvencias y reestructuraciones, I & R, numero extraordinario 3/2021.

"Las reglas del reparto económico en el nuevo derecho preconcursal", en Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España, Aranzadi-Thomson Reuters, 2023,

GARRIDO, J.M.: *El privilegio del acreedor instante de la quiebra*, Revista de Derecho Mercantil, 206/1992.

- "Garantías reales, privilegios y par conditio: un ensayo de análisis funcional", Centro de Estudios Registrales, 1999.
- Tratado de las preferencias de crédito, Civitas, 2000.
- "Capital Social y reglas de solvencia", en AA.VV. *Liber Amicorum, J.L. Iglesias,* GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.), 2014.

GARRIDO, J.M.; M DELONG. C.; RASEKH, A., ROSHA, A. IMF WORKING PAPERS: "Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive" Mayo 2021.

GAYO GONZÁLEZ, L. /SÁNCHEZ MORÁN, M.J. "Refinanciación e insolvencia de deudores titulares de operaciones con aval al amparo de las líneas de avales ICO Covid-19 (liquidez e inversión)", en *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones* (I&R) 2/2021, pp. 324-368.

GERARD, D. "EC Competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles", *Concurrences,* nº 1/2009.

GERONIM, M.: Promoc publiczna w ustawie 15 maja 2015. *Doradca restrukturyzacyjny*. (3/2016).

GIRÓN TENA "Apuntes de Derecho Mercantil. Introducción", Madrid, 1981-1982 pp 30ss y en "Introducción (temario para una encuesta)" en *RFDUC.* núm monográfico 8 Madrid, 1985.

- "Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones". *RFDUC,* 1985, Nº monográfico 8.

GÓMEZ ASENSIO, C., *Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2019.

- "La Directiva (UE) sobre Marcos de Reestructuración Preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español". *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº12, febrero 2020.
- "Alerta temprana y exoneración de pasivo", en *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, núm. 46; Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. 2021.
- "Armonización sustantiva del Derecho Europeo de la Insolvencia". *Derecho Europeo de la Insolvencia: Armonización, reestructuración y exoneración de deudas,* GÓMEZ ASENSIO, C. (Dir.). Editorial Aranzadi, 2024.

GONDRA ROMERO, J.M. *Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1992

- "Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado" en *RFDUC*. núm monográfico 8, Madrid 1985.
- Convenio y reorganización en la nueva ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada. *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia* / Manuel Olivencia (hom.), Vol.

4, 2005 (La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales), ISBN 84-9768-181-9.

GRAU RUIZ, A.:" STJCE 14.9.2004. Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas, As. C-276/02: la trascendencia en materia de ayudas de Estado de la actitud de las autoridades nacionales frente al impago de impuestos y cotizaciones de Seguridad Social por una empresa en suspensión de pagos". *Crónica tributaria*, ISSN 0210-2919, ISSN-e 2695-7566, Nº 123, 2007.

GRAVENBUCHER KREIS, *ZIP 2016*, 1208.

GRIGORIAN, A., HAINOVÁ, D. BARBOVA, B.: "The past, present and future of the Rescue and Restructuring Guidelines for Undertakings in Difficulty". *State Aid&Public Procurement in the European Union*. IER 2014.

GROSS, "Taking community interest into account in bankruptcy: an essay", *Washington U.L.Q*, 72/1994.

DEL GUAYO CASTIELLA, I.: *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales*, Marcial Pons, 2004.

GASSNER, G. y WABL, G.: "The new EU Directive on restructuring and insolvency and its implications for Austria", *Insolvency and Restructuring International* Vol. 13. No 2,5.

GILO GÓMEZ, C.: «Pre-pack concursal y Derecho comparado», en *Estudios de Deusto*, vol. 69/2, julio-diciembre 2021

GLOWICKA, E.: 'Effectiveness of bailouts in the EU' [2006] SFB/TR 15 *Discussion Paper no. 176*. https://epub.ub.uni-muenchen.de/1 3375/

GONZÁLEZ CORTADE, JORGE, "Acciones rescisorias concursales y avales concedidos por el Instituto de Crédito Oficial en el marco de la pandemia Covid-19. Comentario de las sentencias del Juzgado de l Mercantil n.º 1 de Pontevedra, números 48/49/51/2023, de 1, 2 y 3 de julio", *La Ley Mercantil*, n.º 110, Sección Empresa y Empresario, febrero de 2024, La Ley 8067/2024.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., "Sobre la rescindibilidad de los pagos efectuados con las líneas ICO-Covid y el perjuicio para la masa", *Almacén de Derecho* 29/8/2023. https://almacendederecho.org/sobre-la-rescindibilidad-de-los-pagos-efectuados-con-las-lineas-ico-covid-y-el-perjuicio-para-la-masa

GONZÁLEZ, B.A.: "1. El siguiente paso ineludible en la construcción de un auténtico sistema integrado de reestructuración preventiva: la levedad de los actuales mecanismos de alerta temprana en España", *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la ley concursal : Jornadas. San Sebastián (25-26 enero 2024),* Ed. Aranzadi, 2024.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "Incumplimiento de convenio concursal y Estado de Alarma". *Diario La Ley,* nº 9611, Sección Tribuna, 13 de abril de 2020, Wolters Kluwer.

HANCHER, L., OTTERVANGER, T., SLOT, P.J. *EC State Aids*, Sweet&Maxwell, 2012.

HICKS, J., "Foxes guarding the henhouse: the modern best interest of creditors test in chapter 11 Reorganizations", Nevada Law Journal, Vol 5, n.º 3, 2005, pp. 820-841.

HOFMANN, H. y MICHEAU, C.: *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, 2016.

IRIBARREN BLANCO, I. "Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la Ley concursal", *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones,* 6, 2022.

VV.AA: *La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos*. Dir. IZAGUIRRE GÓMEZ, S. PERALES VISCASILLAS, P. Editorial Tirant lo Blanc, 2021, 1º Ed.

JACKSON, *The logic and the limits of bankruptcy law,* Cambridge, Harvard University Press, 1986.

JARASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht,* Frankfurt, 1980.

KIENAPFEL, P. y WILS, G.: "Inability to pay-First cases and practical experiences", *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3).

KLEE, K.N. "All you ever wanted to know under the New Bankruptcy Code", *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 53, 1979. y

- "Cramdown II*", American Bankruptcy Law Journal*, vol. 64, 1990..

KÖHLER, M.: "New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test" (2011) 1 *EstAL21*.

KORNEZOV, A. Medidas de recapitalización en apoyo de las empresas sistémicas y estratégicas para la economía española frente a la pandemia de Covid- 19TG, Sala Décima ampliada, S 19 May. 2021. Asunto T-628/20: Ryanair/Comisión (Espagne; Covid-19) *La Ley Unión Europea*, ISSN-e 2255-551X, número 93, 2021.

KROES, N.: "Dealing with the current financial crisis", discurso de 6 de octubre de 2008 ante el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, disponible en http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/948

LASTRA, R., "Armonización internacional de la liquidación bancaria: el proyecto UNIDROIT", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 171, septiembre- diciembre 2023.

LEIBENATH, C.: "State investments of Capital", *European State Aid Law*, Heidenhain, Verlag CH BCK München, 2010.

LEURA, M.: "La reestructuración forzosa de la deuda: una evolución del "intra-class cramdown" al "cross-class cramdown", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 51, 2020.

LINARES GIL, M.: "La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo", en *Noticias de la UE*, mayo 2000.

LLORET VILLOTA, J., CAICOYA, J. y LORENTE SIBINA, R. en "Alertas Tempranas. La aplicación a la situación de España", *Diario La Ley*, nº 9640, de 26 de mayo de 2020.

LOBATO LAVÍN, A.: "Sentencia Grupo Celsa: Lecciones aprendidas". *Comentarios de jurisprudencia*, R&I, nº11, Noviembre 2023.

LOPUCKI/DOHERTY, *The determinants of professional fees in large bankruptcy reorganization cases*, Empirical Legal Studies, vol. I, 2004.

LUCHENA MOZO, G.M.: *La Hacienda Pública en el procedimiento concursal. La aplicación del test del acreedor privado por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE*. Ed. Atelier Libros Jurídicos. 2012.

LUQUE CORTELLA, A., *La Hacienda Pública y el crédito tributario en los procesos concursales*, Marcial Pons, 2008.

REICH, *Markt und Recht*, Neuwied/Darmstadt, 1977.

MANZANARES SECADES, A.: "El auto de medidas cautelares en la refinanciación de Celsa". *Almacén de derecho* | Jul 16, 2020. https://almacendederecho.org/el-auto-de-medidas-cautelares-en-la-refinanciacion-de-celsa

MARTÍNEZ SANZ, F., "Algunas reflexiones acerca de la financiación ICO-Covid cuando la acreditada entra en concurso", *Almacén de Derecho*, 10/10/2023. https://almacendederecho.org/algunas-reflexiones-acerca-de-la-financiacion-ico-covid-cuando-la-acreditada-entra-en-concurso

MARTÍN ZAMORA, P., HERNÁNDEZ LINARES, R.: "Anticiparse a la insolvencia empresarial: los mecanismos de alerta temprana". *La reestructuración como solución de las empresas viables* / coord. por Patricia Cifredo Ortiz, Marta Ortiz Márquez; Alberto Díaz Moreno (dir.), Francisco José León Sanz (dir.), Josefa Brenes Cortés (dir.), Sonia Rodríguez Sánchez (dir.), 2022, ISBN 978-84-1391-170-0, págs. 113-139.

MAZZUCATO, M: "Governing the economics of the common good: from correcting market failures to shaping collective goals". *Journal of Economic Policy Reform*, Diciembre 2023, DOI: 10.1080/17487870.2023.2280969.

MEDERER, W.: "The position of Parties concerned in State Aid Procedures", en J. BÄRLUND (Hrsg.) Konkurrensreglerna i det intergrerade Europa (EU/EES), Kongress, 21.23.11.1994 Helsinki, 1995.

MEGÍAS LÓPEZ, J.:"Noción de Gobierno Corporativo y su papel en la crisis empresarial" en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia.* Pulgar Ezquerra (dir.), Recamán Graña, E. (coord.), Madrid, La Ley, 2020.

MERCURO/MEDEMA, Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism, 1997.

MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, *Wirtschaftsrecht*, Hamburgo, 1978.

MÍNGUEZ PRIETO, R. «Acuerdos de refinanciación y regulación bancaria» en *Revista general de insolvencias & reestructuraciones*, Iustel (I&R 2/ 2021).

MOLLER, M.: "Early Warning Europe: asistencia a las PYMES en crisis". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 33/2020, Nº 33, 1 de jul. de 2020, Editorial Wolters Kluwer.

MORAL ESCUDERO, J.: "Alertas tempranas y estadística concursal en el Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal". *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones*. Núm. 3, Extraordinario. Iustel, Octubre 2021.

MORAL ESCUDERO, J.: Alertas tempranas y estadística concursal en la Ley de reforma del Texto refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), ISSN-e 2697-0953, Nº. Extra 7, 2022 (Ejemplar dedicado a: Reforma del Texto refundido de la Ley Concursal para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023).

MORENO FERNÁNDEZ, J. I. *El aplazamiento en el pago de los tributos.* Lex Nova, Valladolid, 1996.

MÜLLER ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft,* Hamburgo, 1947.

MUÑOZ GARCÍA, A. «Cobertura del riesgo de crédito por insolvencia del deudor en las entidades de crédito» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 29/ 2018.

MUÑOZ PAREDES, A. "Convenio, reconvenio y ultraconvenio". *Diario La Ley, Nº 9626, Sección Cuestiones de práctica concursal,* 6 de Mayo de 2020, Wolters Kluwer.

NICOLAIDES, P. KEKELEKIS, M., 'An Economic Analysis of the EC Guidelines on State aid for the Rescue and Restructuring of Companies in Difficulty' [2004] 39(4) *Intereconomics* 204, 206.

NICCOLINI, G. *Interessi pubblici e interessi privati nella stinzione delle societá,* Giuffrè Editore, Milán, 1990.

NULSCH, N. 'Is subsidizing companies in difficulties optimal policy? An empirical study on effectiveness of State aid in the European Union' [2014] *IWH-Diskussionspapiere*, No. 2014-9 https://www.econstor.eu/bitstream/10419/98743/1/790304228.pdf

OERTMANN, P.: *Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff*, 1921, Scholl.

OXERA, "Throwing good money after bad? EU rescue and restructuring guidelines" (2014). https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/throwing-good-money-after-bad-eu-rescue-and-restructuring-aid-guidelines/ (28.02.2023)

OLIVENCIA, M. "Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado", en *R.F.D.U.C.*, núm. Monográfico 8, Madrid, 1985.

ORELLANA CANO, N. “Sucesión de empresa y concurso de acreedores: a propósito del Auto de 28 de enero de 2015” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23/2015.

ORTIZ BLANCO, L., RUIZ GARCÍA, N. *Derecho de la Competencia Europeo y Español Curso de iniciación.* Volumen XI. Editorial Dykinson, 2013.

PARISI, *The language of Law and Economics*, A Dictionary, 2013.

PAULUS, C.: “En busca de un equilibrio entre el Derecho de la Competencia y el Derecho Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 23, Julio de 2015, Editorial Wolters Kluwer.

PAULUS, C. y DAMMANN, R.: “European Preventive Restructuring. Article by article Commentary”, Verlag C.H. Beck oHG&Hart Publishing&Nomos. November 2020.

POSNER, A.: *Economic analysis of law*, 9ª edición, New York, Wolters Kluwer law&Business, 2014.

PROVINCIALLI, *Tratatto di diritto fallimentari*, Milán, 1974.

PULGAR EZQUERRA, J.: *La reforma del derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos).* Editorial Civitas, 1994.

- *La prevención de las crisis económicas de las sociedades de capital en la reforma del Derecho Concursal Europeo*, Monografía asociada a la RcP 1/2004.
- “El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas de Estado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley 1230/2005.
- *Reestructuración de Sociedades de Capital y Abuso de Minorías*. Universidad Complutense de Madrid. Febrero 2013.
- “Ley 9/2015, de reforma urgente concursal: comunicación ex artículo 5bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, Sección Estudios, Segundo Semestre, 2015, Ed. Wolters Kluwer.
- “Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio”,, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* ,27/2017.
- “A contractual versus judicial approach to over-indebtedness: rebus sic stantibus instead of bankruptcy”, AA.VV. *Lifetime contracts*. NOGLER/REIFNER (dirs.), The Hague.

- “Refinanciación de deuda: un enfoque “contractualista” versus “concursalista” de la insolvencia”, en AA.VV. *Conservación de empresas en crisis*, ARIAS VARONA (dir.), Monografía asociada a la RcP.
- ” Marcos de reestructuración y segunda oportunidad en la Directiva 2019/1023”, *Diario La Ley*, núm. 10039, 2019.
- “Gobierno Corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: administradores, accionistas y acreedores (I)” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.30, 2019.
- “Derecho de la Competencia y armonización europea del derecho de reestructuración temprana”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Monográfico 2019.
- “Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023” en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia.* Pulgar Ezquerra (dir.), Recamán Graña, E. (coord.), Madrid, La Ley, 2020.
- La renegociación de la financiación con aval público (Covid-19). *Revista de derecho bancario y bursátil,* ISSN 0211-6138, Año nº 40, Nº 163, 2021.
- “Del concurso de acreedores a la reestructuración preventiva”, en *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros. Homenaje a Adolfo Sequeira Martín.* Ed. SEPIN. 2022.
- “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores”. *Revista de derecho mercantil*, Nº 323, 2022.
- “La prueba del interés superior de los acreedores”, Comentario al artículo 654, en *Comentario a la Ley Concursal*, 3ª edición, Ed. Wolters Kluwer. 2023.
- “Principios de política jurídica, sistemática y ámbito de aplicación de la nueva Ley de modificaciones estructurales”, en *La nueva Ley de modificaciones estructurales,* Dir. PULGAR EZQUERRA, J. Coord. FUENTES NAHARRO, M. Ed. La Ley, 2024.
- “El nuevo marco de relaciones entre las modificaciones estructurales y el Derecho de la insolvencia”. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 332, abril-junio 2024.
- “Resolución Bancaria y Derecho Concursal: Interacción y fricciones”. *Revista de Estabilidad Financiera,* Banco de España, núm. 47, Otoño 2024.

QUIJANO GONZÁLEZ, J.: "Reestructuraciones, Derecho de Sociedades y Derecho Concursal". *Revista General de Insolvencias&Reestructuraciones*, 5/2022, Marzo 2022. Editorial Iustel.

REBOLLO PUIG, M. "El reintegro de subvenciones" en la obra colectiva *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, (Coord. FERNÁNDEZ FARRERES, G.), Ed. Civitas, 2005.

RECAMÁN GRAÑA, E.: "La business judgement rule en la crisis. Una propuesta interpretativa." *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 54, 2018.

REIFNER, U. "Good faith": interpretation or limitation of contracts? *The power of German judges in financial services law*, en BRONSWORTH/HIRD/HOWELLS, Good faith in contract, Ashgate, Dartmouth, 1999.

REIFNER, U., KIESILÄINEN, J., HULS&SPRINGENEER, *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union: Final Report* 16-17 (Contract Reference No. B5-1000/02/000353), September 2003.

RIBES RIBES, A.: La posición de la Hacienda Pública en el proceso concursal, en *La fiscalidad del concurso de acreedores* , edición nº1, Editorial, CISS, Madrid. LA LEY 7558/2015.

RIESENFELD, *The evolution of modern Bankruptcy Law*, Minn. L. Rev. núm. 31, 1947.

RITTER, N. How to effectively Recover State Aid in Insolvency Proceedings. European State Aid Law Quarterly, Vol. 7, No. 1 (2008), pp. 28-30. *Lexxion Verlagsgesellschaft mbH Stable URL*: https://www.jstor.org/stable/10.2307/26682863

RICHTER, T. y THERY, A., *Insol Europe Guidance Note on the Implementation of Preventive Restructuring Frameworks under EU Directive 2019/1023: Claims, clases, voting, confirmation and the cross-class cram-down*, INSOL EUROPE, 2020 (abril).

ROCCO, *Il Fallimento*, Turín, 1917.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A.: "Mercado, Participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, nº 221, septiembre-octubre 2002.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A.: "Las entidades de crédito ante el control comunitario de ayudas de Estado", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº69, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1998.

- "Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Crédit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial*", Revista de Derecho Bancario y Bursát*il, nº117, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. "Convenios concursales de segunda generación: modificabilidad del convenio en ejecución", Anuario de Derecho Concursal, 32/2014. Editorial Civitas.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: "Notas para la reforma de la legislación concursal", en R.D.M. núm.138, 1975. "*Crisis de la empresa y procedimientos concursales*", en A.A.M.N. 1980.

- «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (2014).
- "Las opciones de política legislativa en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril", en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 50, 2020.
- "Los problemas de la armonización de la legislación concursal española", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 328, abril-junio 2023.

ROSS, M. "State Aids: maturing into a constitutional problem", *Yearbook of European Law*, nº13, 1995.

ROSSI, *Il Fallimento nel diritto americano*, Padua, 1956.

RUBIO VICENTE, P. J.: «La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº292, 2014.

SALVADOR CODERCH, P. "Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130/abril 2011.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "Crisis económica y gobierno corporativo", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 287, 2013.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "La primacía de los accionistas y la RSC: ¿una compatibilidad posible?" (http://eprints.ucm.es)

SÁNCHEZ CAMPO, J. y RUIZ MEDRANO, G.: "Cuestiones actuales sobre la financiación ICO: protección en concurso, afectación y clasificación en planes de reestructuración", en *Análisis práctico de cuestiones relevantes en el derecho de reestructuraciones español*, Junio 2024, Cuatrecasas.

SÁNCHEZ PINO, A. J.: Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión. *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2016, P. 39.

SÁNCHEZ VELO, L.: "La reestructuración de los créditos ICO Covid. ¿más cerca de la solución?", *Diario la Ley*, Sección Hoy es noticia, 22 de febrero de 2023.

SANCHO GARGALLO, I., "Revisión de la homologación de acuerdos de refinanciación en el marco de la directiva UE 2019/1023" en *RcP /*2020, pp. 213 y ss.

SANTARELLI, *Per la storia del Fallimento nelle legislazioni italiane dell´étá intermedia*, Padua, 1964.

SANTINI, *Soluzione giuridiche allo stato di crisi dell´impresa nei sistema di economía di mercato, Giurisprudenza italiana*, 1981, Turín.

SANZ SANZ, A.: *La enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores*, Editorial La Ley, 2022.

SCHMERBACH, en WIMMER, FK, InsO, *Frankfurter Kommentar zur InsolvenzOrgdnung*, Luchterhand, 2009.

SCHMIDT, K. *InsolvenzOrdnung*, C.H. Beck, Munich, 2013.

- "¿Desbanca el Derecho Concursal al Derecho de Sociedades? Disputas societarias debt-to-equity swap y take-over?", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 22/2015, pp. 3030-314 (trad. Borja Alcázar Pérez).
- "Conflictos de interés entre socios, acreedores y administradores en la proximidad de la insolvencia", trad. CHAMORRO, C. en AA.VV. *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, PULGAR EZQUERRA, (dir.), RECAMÁN GRAÑA (coord.), Madrid, 2020.

SCHUIJLING, B.: "*INSOL-Europe Guidance Note on the Implementation of Preventive Restructuring Frameworks under EU Directive 2019/1023. Stay of individual enforcement actions*." Mayo 2020.

SCHÜTTE, M.: "*Revisiting the Rescue and Restructuring Aid Guidelines for the real economy-a practitioner´s Wishlist"* (2012).

SERRANO ANTÓN, F.: Aplazamiento y fraccionamiento de deudas tributarias en situación de concurso de acreedores, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 27, 2017.

SIGNES DE MESA, J.I.: *Derecho de la competencia y crisis económica*, Aranzadi, 2013.

- «El marco temporal de la Comisión relativo al régimen europeo de ayudas de estado en el contexto de la crisis sanitaria» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 33/ 2020.

SILSON/JOHN/LANG, "Troubled debt restructurings: an empirical study of private reorganisation if finances in default", en AA.VV. ALTMAN, *Bankruptcy and distressed restructuring,* Maryland, 1998.

SINNAEVE, A.: "State aid control: objectives and procedures", en "*Understanding State Aid Policy in the European Community",* NICOLAIDES, P., BILAL, S. (eds.), Institute Européene d´Administration publique, 1999.

SONDEREGGER, G.: "A Critical Analysis of Rescue and Restructuring Aid". European *State Aid Law Quarterly* 3/2019.

SPERANZIN,M. MAROTTA, F. Early warning tools and preventive restructuring following the transposition of the EU insolvency Directive in Italy. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. núm 8, diciembre 2022.

THE WORLD BANK, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, abril 2001.

THERY MARTÍ, A.: "Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva (I)", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 27, julio 2017.

THOMAS PUIG, P.M. *Insolvencia y segunda oportunidad para pymes y autónomos.* Ed. Comares, 2021.

TIRADO MARTÍ, I.: "Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)", *Anuario de Derecho Concursal*, tomo LXII, 2009, fasc. III.

TIRADO, I. THIJSSEN, M. " Unidroit´s Project on Bank Insolvency: how to deal with the failure of small and médium sized Banks", in *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di reforma alla luce dell´esperienza spagnola e italiana*, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 95, april 2023.

TOLLENAAR, N.: *Pre-Insolvency Proceedings. A normative Foundation and Framework* Oxford University Press. 2019.

VALENCIA, F. "Los acuerdos de refinanciación. Observaciones de urgencia al Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. El Derecho concursal de emergencia", *Anuario de Derecho Concursal* núm. 50/2020.

VALLENDER, *Beilage zu ZIP 22/2016*, 82.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Administraciones públicas y Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2006.

- "Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010", *Anuario de Derecho Concursal* nº 22, 2011.

VERDUGO GARCÍA, J. y FARIÑAS PEÑA, J. M.: «Transmisiones de unidades productivas y cesiones de contratos: ¿deben comunicarse a las contrapartes cedidas?», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº34, enero de 2021.

VERMEILLE, S. y ROTARU, V.:" Perverse effects of the absolute rule of confidentiality applicable to French amicable settlement procedures serving as preventive restructuring frameworks", *Droit et croissance/Rules for Growth*, Paris.

VILLORIA RIVERA, I., "Rescisión concursal de pago efectuados con fondos procedentes de créditos con garantía ICO (Comentario a las sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra de 1, 2 y 3 de julio de 2023), *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, n.º 11, 2023.

VIÑUELAS SANZ, M. "Sistemas de alerta temprana en el derecho Italiano", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, ISSN-e 2697-0953, Nº. 4, 2021, págs. 381-403.

VIÑUELAS SANZ, M. *Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana, Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 56, 2022, págs. 149-2022.

- "La importancia de los sistemas de alerta temprana: régimen vigente y funcionamiento", *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* / Amanda Cohen Benchetritt (dir.), Santiago Hierro Anibarro (pr.), 2022, ISBN 9788413910833.

VV. AA: *La Rebus Sic Stantibus en Tiempos de Pandemia: Análisis General e Impacto por Sectores Económicos*. Dir. IZAGUIRRE GÓMEZ, S. PERALES VISCASILLAS, P. Editorial Tirant lo Blanch, 2021, 1º Ed.

WARREN, E.: *Bankruptcy policy,* University of Chicago, L. Rev. 54/1987.

WARREN, E.: *The two income trap: why middleclass mothers and fathers are going broke,* New York Basic Book 2003.

WEISS, "Bankruptcy resolution: direct cost and violation of priority of claims", en BHANDARI/WEISS, *Corporate Bankruptcy*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996.

WHITE, "The costs of corporate bankruptcy: A US-European comparison", EN BHANDARI/WEISS, *Corporate bankruptcy*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996.

WOLFF/BACHOF *Verwaltungsrecht"* III, Munich, 1978.

ZORZI, A. "*The Italian Insolvency Law Reform*". disponible en SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3492422 (última consulta 04/09/2020).

ZARCO COLÓN, P.: "La participación en los Convenios Concursales de los Organismos Públicos". *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* ISSN 1575-5312, Nº. 17, 2007.