

Las quitas y esperas concursales otorgadas por acreedores públicos desde la óptica del derecho de la competencia

Por Aurelio Gurrea Martínez

Abogado, economista y auditor, socio de Dictum

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad CEU San Pablo

SUMARIO

I. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ACREEDORES PÚBLICOS EN LOS CONVENIOS CONCURSALES

II. EL CONTENIDO REMISORIO Y DILATORIO DEL CONVENIO CONCURSAL

1. Planteamiento

2. Concepto y naturaleza jurídica de la quita y la espera

3. Las ayudas de Estado y el convenio concursal

3.1. Una aproximación conceptual a las denominadas ayudas de Estado

3.2. Las ayudas públicas compatibles con el mercado único

3.3. Las quitas y esperas concursales de los acreedores públicos y su eventual configuración como ayudas de Estado

3.4. Los efectos de la calificación de ayudas de Estado al contenido remisorio y dilatorio de los convenios concursales con acreedores públicos

III. CONCLUSIONES

IV. BIBLIOGRAFÍA

I. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ACREEDORES PÚBLICOS EN LOS CONVENIOS CONCURSALES

La participación de los acreedores públicos en los procedimientos de insolvencia constituye una realidad empíricamente contrastada como consecuencia lógica de nuestro sistema jurídico y económico. El carácter imperativo de las normas de Derecho público que, en materia fiscal o laboral, obligan a la contribución de las empresas e individuos al sostenimiento de los gastos públicos implica que, en la mayor parte de los casos, instituciones adscritas a la Administración Pública tales como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o la Tesorería General de la Seguridad se vean involucrados, con carácter general, por su condición de acreedores, en la mayoría de los procedimientos concursales tramitados en nuestro país.

No obstante lo anterior, y a diferencia de lo que ocurre con los *acreedores privados*, la normativa reguladora de la Administración Pública y las normas sobre Derecho de la competencia impiden o, cuando menos, restringen, con carácter general, la *solución negociada* de la crisis empresarial, tanto en su fase preconcursal, como durante un eventual -y posterior- procedimiento de insolvencia, ya que, se supone, una reducción o un aplazamiento en el pago de las deudas con la Administración Pública supondría, en perjuicio del resto de operadores del mercado en general, y de sus competidores en particular, una *ventaja económica* a dicha empresa en crisis. En este contexto se plantea la problemática concursal de los acreedores públicos, que, como consecuencia de lo anterior, también afecta, lógicamente, al Derecho de la competencia.

A pesar de los numerosos incentivos del legislador español a la solución convenida del concurso, parece que, en el ámbito de los acreedores públicos, existen determinados elementos que dificultan dicha posibilidad, bien porque se restringe considerablemente la *autonomía de la voluntad* del acreedor público en situaciones en las que se pretende un convenio -concursal o preconcursal- de reestructuración, o bien porque la propia naturaleza jurídica del convenio concursal así lo impide. En efecto, en contravención del principio general de relatividad de los contratos, el contrato *sui generis* que supone el convenio concursal se impone a la totalidad de los acreedores ordinarios del concurso, con independencia de que se hubieran adherido o no al mismo (v., en este sentido, STS de 30 de mayo de 1959). En consecuencia, el importe de los créditos ordinarios de los que sea titular algún acreedor público quedará afectado por el contenido dilatorio y/o remisorio del convenio, que, por su necesaria configuración como *ventaja* otorgada por parte de una Administración Pública, *podría* suponer, aunque fuera de manera *involuntaria*, la concesión de una *ayuda de Estado* que, en caso de calificarse como *ilegal*, implicaría, con carácter general, la *restitución* de los compromisos de quita y/o espera habidos o pendientes y, con ello, el previsible fracaso del convenio concursal.

Se trata, por tanto, de examinar, en un primer lugar, si las quitas y/o esperas concursales pueden ser constitutivas de verdaderas ayudas de Estado, y si, en su caso, dichas ayudas podrían considerarse compatibles o incompatibles con el mercado único europeo. Y, posteriormente, determinar los efectos que, en su caso, llevarían aparejadas tales *ayudas ilegales*, examinando, a su vez, si dichas ventajas económicas podrían quedar convalidadas *a priori* o *a posteriori* por parte de las autoridades *antitrust*, al objeto de convertir dichas ayudas, en principio, ilegales, en *ayudas compatibles* con el mercado único.

II. EL CONTENIDO REMISORIO Y DILATORIO DEL CONVENIO CONCURSAL

1. Planteamiento

El convenio concursal se configura como un *instrumento alternativo a la liquidación* de una compañía incurso en un procedimiento de insolvencia que, bien desde una perspectiva *procedimental*, bien desde una perspectiva *contractual* o, en su caso, *mixta*, tiene por objeto la satisfacción de las obligaciones sociales mediante los ingresos obtenidos como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor¹. Si bien, para llevar a cabo tal fin, el convenio concursal suele contener, como parte esencial del mismo, unas proposiciones de *quita y/o espera*, o, si se prefiere, de reducciones y/o aplazamientos en el pago de la deuda, con el objetivo de compatibilizar, en la medida de lo posible, el cumplimiento del convenio con la reorganización de la compañía, atendiendo a la previsible viabilidad económico-financiera y empresarial del deudor.

2. Concepto y naturaleza jurídica de la quita y la espera

La *quita* o contenido remisorio del convenio concursal constituye una *reducción* del importe de los créditos concursales. En este sentido, y aunque, desde una perspectiva vulgar, la quita se

¹ Para un examen más riguroso sobre la naturaleza jurídica del convenio y, en particular, sobre su consideración como un contrato *sui generis*, un procedimiento, o una combinación de ambos, *vid.*, desde una perspectiva española, GARCÍA VILLAVARDE, R., «Convenio de quiebra», *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 1693 y ss; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo III, Madrid, 1983; GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pág. 201; PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Cuestiones en torno al convenio de quiebra», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 529-534; PULGAR, J., «El contenido remisorio y dilatorio del convenio concursal y las ayudas de Estado», *RdCP*, núm. 1, 2004, págs. 131 y ss; RAMÍREZ, J.A., *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo III, 1998, págs. 1935-1945; TORRES DE CRUELLES, J., «Naturaleza jurídica del convenio en suspensión de pagos», *RJC*, 1958, págs. 609 y ss;; YANES YANES, P., *La reapertura de la quiebra*, Valladolid, 1992, págs. 135.136; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Barcelona, 2001, pág. 1067;; y, desde una perspectiva comparada, en particular, desde la óptica del Derecho italiano, PROVINCIALI, R., *Trattato di diritto fallimentare*, tomo III, Milano, 1974, pág. 1776;

configura como una *condonación, remisión o perdón* de una deuda que el acreedor realiza a su deudor, la quita presenta características propias que la separan de la condonación como modo general para la extinción de las obligaciones (art. 1156 CC), tal y como la regula el Código Civil (arts. 1187 a 1191)². Así, por ejemplo, la quita no exige en todo caso el *consentimiento individual* del acreedor para que se produzca la reducción en el importe de su crédito, sino que, por el contrario, bastará con que el convenio resulte aprobado por la mayoría de acreedores legalmente establecida, para que el contenido -en este caso *remisorio*- del mismo resulte vinculante para la totalidad de los acreedores ordinarios.

Es por ello que, desde un punto de vista técnico-jurídico, la quita concursal no se configura como una condonación -o, al menos, como una *condonación ordinaria*- sino, en su caso, como una *condonación especial* o, si se prefiere, como un *pactum de non petendo* de duración limitada, respecto de la parte *condicionalmente* condonada, tal y como ha señalado la doctrina más autorizada, al afirmar que, "*si se cumple el convenio, la quita o remisión pactada produce plenos efectos, extinguiéndose el crédito en la parte que haya sido objeto de esa quita; y, si se incumple, el acreedor readquiere el derecho a la satisfacción de la totalidad del crédito reconocido, la cual tendrá en lugar en la fase de liquidación*"³. Por su parte, la *espera* o contenido dilatorio del convenio implica un *aplazamiento o dilación* en el pago de los créditos concursales que, al igual que la quita, se configura como un *pactum de non petendo* de duración limitada, en el que, en el periodo de espera, los acreedores no tendrán la posibilidad de obtener la satisfacción de sus créditos reconocidos⁴.

En cualquiera de los casos, ambos contenidos -remisorio y dilatorio- del convenio concursal pueden acordarse individual o simultáneamente; máxime, si tenemos en cuenta que, a pesar de la existencia de otras propuestas alternativas, las quitas y/o esperas concursales se configuran como el contenido esencial del *convenio de continuación* previsto en la Ley Concursal.

3. Las ayudas de Estado y el convenio concursal

3.1. Una aproximación conceptual a las denominadas ayudas de Estado

² En este sentido, ROJO, A., «El contenido del convenio», *Revista del Poder Judicial*, número especial XVIII, 2004, págs. 357 y ss;

³ ROJO, A., *op cit.* págs. 366-367; y, en el mismo sentido, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (Thomson Civitas), 2004, pág. 2246, al señalar que "*la quita concursal no constituye una condonación, ya que la liberación no proviene propiamente de la extinción de la obligación, sino de la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor durante un tiempo indefinido*".

⁴ ROJO, A., *op. cit.*, pág. 369.

La creación del mercado único en el ámbito de la Unión Europea supuso la implantación de un mecanismo de control de las ayudas concedidas por los Estados miembros a sus respectivas empresas nacionales. Y ello por cuanto, se entiende, la concesión de ayudas a determinadas empresas distorsionaría la pretendida *competitividad* del mercado, que, por definición, exige fomentar: i) un gran número de oferentes y demandantes; ii) una reducción de la asimetría de la información; iii) un control de las externalidades existentes en el mercado; y iv) una reducción o, cuando menos, control, de los bienes públicos. Sólo así se alcanzaría un mercado perfecto y eficiente; si bien, la constatada y, en ocasiones, necesaria existencia de situaciones monopolísticas, asimetría de la información y externalidades y bienes públicos, aconsejan, en la mayor parte de los casos, la intervención del Estado en la actividad económica, en aras a reducir el *coste social* generado por tales *fallos del mercado*, que, en última instancia, implicarían una disminución del bienestar de los ciudadanos.

En el contexto de dicha política económica en la que, por lo general, debe primar el principio de no intromisión en el mercado o *laisser-faire*, salvo en supuestos en los que se pretenda paliar los propios fallos *naturales* del mercado, la normativa comunitaria declara *incompatibles* con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las *ayudas* otorgadas por los Estados miembros o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (art. 107 TFUE). En consecuencia, se establece, como regla general, la prohibición de conceder ayudas públicas, siempre que éstas falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. No obstante, este último requisito -el falseamiento real o potencial de la competencia- suele entenderse acreditado con base en la propia configuración y características de estas *ventajas económicas* que suponen las ayudas públicas, salvo que nos encontremos ante supuestos excepcionales de ayudas a la creación de empleo en servicios sociales que, al igual que otras ayudas extraordinarias, no resultan prohibidas⁵.

En cualquier caso, la normativa comunitaria no recoge un *concepto general de ayuda pública*, sino que, a tal efecto, sólo establece una serie de criterios, complementados o ratificados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que habrán de concurrir, *simultáneamente*, para que nos encontremos ante una verdadera ayuda de Estado: i) que se otorgue una *ventaja económica* que, en otro caso, no se hubiera tenido en el transcurso del ejercicio *normal* de la actividad empresarial; ii) que exista una transferencia de *recursos públicos*; iii) que se trate de una ventaja económica *selectiva*, es decir, que favorezca individualmente a determinadas empresas o producciones; y iv) que se trate de una ventaja que *falsee la competencia* y afecte al *mercado comunitario*.

⁵ ALONSO SOTO, R., en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Civitas, 2010, pág. 647.

Cuando nos referimos a la existencia de una *ventaja económica*, no sólo se hace referencia, como pudiera pensarse, a la *transferencia directa* de recursos a modo de subvenciones; sino que, en efecto, el concepto de ayuda pública es mucho más amplio, y comprenderá todo *recurso público* que implique cualquier tipo de *financiación, ayuda o ventaja otorgada directa o indirectamente* por parte de alguna de las entidades que integran la organización territorial del Estado o por cualquier otra institución pública; incluyendo, asimismo, tanto las contraprestaciones *activas*, esto es, la transferencia directa de cargas o recursos (subvenciones, avales, tipos de interés beneficiosos, etc.), como *pasivas*, es decir, la no exigencia de contraprestaciones debidas a la Administración Pública (exoneración de impuestos, deudas, etc.), aunque dicha actitud -pasiva- sea consecuencia, incluso, de una *falta de diligencia o actuación suficiente* por parte de la Administración Pública en sus labores recaudatorias.

En cualquier caso, la exigencia de la ventaja económica resulta un criterio necesario aunque no suficiente para que nos encontremos en presencia de una *ayuda de Estado* desde una perspectiva jurídico-concurrencial; pues, tal y como avanzábamos, dicha ventaja, para su condición de tal, no puede derivarse del *ejercicio normal* de su actividad. Y, dadas la dificultades que, en ocasiones, supondría enjuiciar cuáles son las *condiciones normales* en las que se presta una ventaja económica, el intérprete comunitario suele emplear el denominado criterio del «*acreedor o inversor privado en Economía de Mercado*», que, básicamente, implica constatar que la transferencia activa o pasiva de recursos públicos se produce en las mismas condiciones en las que la realiza un inversor o acreedor privado; o que, al menos, dicha ventaja económica no se ha otorgado en condiciones más favorables que las que le hubiera otorgado un *inversor privado* que actúa *racionalmente* en una *Economía de Mercado*⁶. En ocasiones, resulta difícil una aplicación práctica del criterio del acreedor privado; no obstante, si otros inversores o acreedores privados participasen simultáneamente y en las mismas o similares condiciones que los acreedores públicos, tal y como ocurre durante la tramitación -y, en su caso, aprobación- de un convenio concursal, la prueba de dicho elemento de juicio para la exclusión de una verdadera *ventaja económica como ayuda de Estado* quedaría razonablemente fundada⁷.

Una vez determinada si la pretendida ayuda pública supone una ventaja económica otorgada en condiciones más beneficiosas para el deudor que las que pudiera ofrecerle un *acreedor*

⁶ Para un mayor análisis del criterio del inversor privado, *vid.*, CALLOL, P. y MANZARBEITIA, *Intervención pública en momentos de crisis: el derecho de ayudas de Estado aplicado a la intervención pública en las empresas*, Documento de trabajo, Serie Política de la Competencia nº 29, Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2009, págs. 59-75; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, págs. 710-714; HERNÁNDEZ MARTÍN, V., y VILLALBA MUÑOZ, J.M., *El control de las ayudas de Estado en el Derecho Europeo*, Madrid, 1999, pág. 25.

⁷ MAÍLLO, J., «El control de las ayudas públicas a las reestructuraciones de empresas», en BENEYTO PÉREZ/LARGO GIL (dirs.), *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Barcelona (Bosh), 2010, pág. 661.

privado en una Economía de Mercado; e implique, asimismo, una transferencia directa o indirecta de recursos públicos por parte de cualquier organismo o institución pública, la normativa comunitaria exige, a su vez, la concurrencia de otra serie de requisitos. En particular, en este segundo estadio, se trata de verificar si la -ya constada- ventaja económica ha sido otorgada de una manera *individualizada o selectiva*, o si, por el contrario, se trata de una *ayuda general* a la que pudieran acogerse todas las empresas, como es el caso, por ejemplo, de las ayudas a la reactivación económica. En el primero de los casos, nos encontraríamos en presencia de una ayuda de Estado, siempre que concurren el resto de requisitos exigidos por la normativa y jurisprudencia comunitaria; mientras que, por el contrario, las *ayudas generalizadas* quedarían excluidas de la prohibición general impuesta por la normativa europea y, por tanto, no se considerarán como *ayudas públicas* desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

Finalmente, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para que pueda hablarse de una verdadera ayuda de Estado, dicha transferencia directa o indirecta de recursos públicos "*debe afectar al comercio entre los Estados miembros y falsear la competencia*". Es decir, junto a los requisitos anteriores, ahora se exige, además, que dicha ventaja *afecte al comercio comunitario*; y que, asimismo, *falsee* la competencia. Para lo primero, bastará con demostrar que el beneficiario desempeña una actividad económica y que opera en un mercado en el que existen o podrían existir intercambios comerciales entre Estados miembros. Lo segundo se cumple normalmente desde que se ha probado que la transferencia supone una *ventaja selectiva*⁸. En consecuencia, y sin perjuicio de que resulte necesaria la prueba de dichos requisitos, con carácter general, una vez constatada la existencia de una ventaja económica selectiva otorgada por una entidad pública en condiciones más beneficiosas que un inversor privado en una Economía de Mercado, nos encontraremos en presencia de una ayuda de Estado.

3.2. Las ayudas públicas compatibles con el mercado único

A pesar de la prohibición general establecida en la normativa comunitaria para la concesión de ayudas públicas por parte de los Estados miembros (art. 107.1 TFUE), existen, por un lado, determinadas ayudas públicas que resultan *compatibles* con el mercado común (art. 107.2 TFUE); y otras, a su vez, que, sin serlo *a priori*, *podrían* considerarse compatibles con el mercado único mediante una *decisión expresa* de la Comisión Europea (art. 107.3 TFUE).

Se trata, en estos casos, de *ventajas económicas* que, reuniendo los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para su calificación jurídica de «ayudas de Estado», resultan o pueden resultar compatibles con el mercado común. Tal es el caso de las ayudas con carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos; las ayudas destinadas a reparar los

⁸ En este sentido, MAÍLLO, J., *op. cit.*, pág. 662.

perjuicios causados por desastres naturales u otros acontecimientos de carácter excepcional; y las ayudas concedidas para favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división del país; todas ellas, *permitidas* por la normativa comunitaria (art. 107.2 TFUE). O bien, las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo; las ayudas para fomentar la realización de proyectos de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación de la economía de un Estado miembro; las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de intercambios en forma contraria al interés común; las ayudas destinadas a promover la cultura y conservar el patrimonio artístico de los Estados miembros, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia de la Unión en contra del interés común; y las demás categorías de ayudas que, a propuesta de la Comisión, determine el Consejo; que, a diferencia de las anteriores, *podrán* considerarse compatibles, mediante una *autorización expresa* de la Comisión Europea (art. 107.3 TFUE), tal y como ocurre, también, con las ayudas -extraordinariamente- autorizadas de manera *unánime* por el Consejo, a solicitud de algún Estado miembro (art. 108.2 TFUE).

Asimismo, junto a las ayudas compatibles o susceptibles de ser compatibles con el mercado único europeo, existen otro tipo de ayudas de indudable trascendencia práctica que, pese a no estar recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, han sido reguladas por el legislador comunitario mediante la promulgación del Reglamento (CE) núm. 1998/2006, que, como todo Reglamento europeo, resulta de aplicación directa en España. Tal es el caso de las denominadas «ayudas de *minimis*», en las que, como consecuencia de su escasa cuantía, y salvo que se trate de ayudas a empresas en crisis o ayudas de cuantía indeterminable (que, en todo caso, deberán ser notificadas), serán *irrelevantes* desde el punto de vista del Derecho de la competencia; si bien, para que estas ayudas puedan ser calificadas jurídicamente como ayudas de *minimis*: a) deberán ser inferiores a 200.000 € durante un periodo máximo de tres años, o, en el caso de tratarse de una prestación de garantías de crédito, resultar inferior a 1.500.000 €; b) o bien, tratándose igualmente de ayudas públicas de escasa cuantía, se configuren como: i) ayudas a las pequeñas y medianas empresas para inversión en maquinaria, innovación y contratación de personal adicional; ii) ayudas de tipo social para la contratación de discapacitados y formación de personal en pequeñas y medianas empresas o en regiones desfavorecidas; iii) ayudas regionales para creación de empresas en regiones desfavorecidas; ayudas para la protección del medio ambiente, ahorro energético o energías renovables; iv) ayudas para el fomento del espíritu empresarial entre mujeres o para promover el cuidado infantil; o v) ayudas para favorecer la investigación, el desarrollo y la innovación; que, en virtud del Reglamento (CE) núm. 800/2008, general de exenciones por categorías, resultan *compatibles* con el mercado único y, por tanto, se presumirán autorizadas sin necesidad de notificación.

Finalmente, y como consecuencia lógica de la libre competencia, se encuentran la *ayudas concedidas a empresas en crisis* que, no obstante, son ayudas que, sin pretender paliar los propios fallos del mercado o de los operadores ineficientes, tienen su fundamento en las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo de actividades o regiones económicamente deprimidas (art. 107.3 TFUE)⁹. Dichas ayudas se encuentran reguladas, básicamente, en una Comunicación de la Comisión Europea de 1 de octubre de 2004 denominada «*Directrices comunitarias concernientes a las ayudas de Estado para el salvamento y reestructuración de empresas en dificultades*», donde, bajo determinadas condiciones y características, se permite la concesión de ayudas públicas a empresas en crisis¹⁰.

3.3. Las quitas y esperas concursales de los acreedores públicos y su eventual configuración como ayudas de Estado

El examen de las quitas y esperas concursales de los créditos de titularidad pública exige, en primer lugar, una primera reflexión sobre la *posición crediticia de la Administración Pública* en el concurso de acreedores. Pues, dejando al margen la eventual consideración de la Administración Pública como acreedor titular de créditos contra la masa, podemos encontrarnos que los acreedores públicos sean titulares de cualquier -o incluso toda la- tipología de *créditos concursales* previstos en la Ley Concursal. Por tanto, los créditos concursales de los que sea titular la Administración Pública podrán clasificarse como: i) *créditos privilegiados*, ya sea con *privilegio especial* (art. 90 LC) o *general* (art. 91 LC); ii) *créditos ordinarios* en el cincuenta por ciento restante de los créditos a los que se les hubiere reconocido el privilegio general previsto en el artículo 91-4º de la Ley Concursal; o iii) *créditos subordinados*, cuando dichos créditos sean consecuencia, principalmente, de intereses (92-3º LC) o sanciones (art. 92-4º LC).

Dicho lo anterior, procede, a continuación, el análisis de la quita y la espera concursal respecto de las diferentes calificaciones del crédito público a la luz de los requisitos exigidos para su consideración como ayuda de Estado. Si bien, con independencia de cuál fuere dicha calificación, el contenido remisorio y dilatorio del convenio: i) supondrá una ventaja económica consistente en la reducción o el aplazamiento de los créditos; ii) procederá de fondos o recursos públicos; iii) se otorgará a una empresa determinada que, en este caso, se identificará con el deudor concursado; y iv) le generará al deudor una ventaja competitiva

⁹ ALONSO SOTO, R, en ROJO/BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 653 y ss; BELTRÁN, E. y CAMPUZANO, A.B., «Las ayudas de Estado a empresas en crisis», en ARRANZ/SERNA (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Ediciones Universidad de Cantabria, Santander, págs. 129-158., MAÍLLO, J., *op. cit.*, pág. 662; PÉREZ-BUSTAMANTE, J. y LÖWHAGEN, F., «Las ayudas para la reestructuración empresarial», en PETITBÓ/MARTÍNEZ LAGE (dirs.), *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*, Marcial Pons, Madrid, págs. 297-318.

¹⁰ Para un mayor análisis sobre el concepto y el régimen de ayudas y reorganización de la empresa en crisis, *vid.*, NICOLAIDES, P. y KEKELEKIS, M., «An assessment of EC State Aid Policy on Rescue and Restructuring of Companies in Difficulty», *European Competition Law Review*, 2004, págs. 578 y ss; ALONSO SOTO, R., en ROJO/BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 662 y ss; MAÍLLO, J., *op. cit.*, págs. 668 y ss.

frente al resto de los empresarios (competidores) cuyos créditos públicos no reciban el mismo tratamiento¹¹.

Parece, por tanto, que, al menos *a priori*, toda quita y espera concursal supone la concesión de una ayuda pública. No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina científica, "*no puede entenderse a priori y con carácter general que todo sacrificio asumido por los titulares de créditos públicos en general y, en particular, por Hacienda y Seguridad Social en el marco de un convenio en forma de quita y/o espera recibiría la consideración jurídico-concursal de ayuda pública*"¹². Pues, en efecto, podrían existir ventajas que, en principio, pudieran considerarse como ayudas de Estado, si bien, en los casos en que las condiciones singulares de pago establecidas por los acreedores públicos no resulten más perjudiciales para sus intereses que las que eventualmente hubiera exigido un «*acreedor privado prudente en una Economía de Mercado*», la jurisprudencia comunitaria viene excluyendo la consideración de ayudas públicas a tales quitas y/o esperas concursales¹³.

En consecuencia, el análisis del contenido dilatorio y remisorio de un convenio concursal como ayuda de Estado exigirá, en todo caso, el denominado «test del acreedor privado prudente en una Economía de Mercado» o, lo que es lo mismo, determinar si, a la luz de la *decisión prudente* de un acreedor privado, dichas condiciones de quita y/o espera habrían sido aceptadas. Y, en este sentido, si dicho «acreedor prudente» hubiere aceptado las quitas y/o esperas concursales, o el convenio, en tales circunstancias, hubiera sido aprobado por la *mayoría de los acreedores* que, a tal efecto, representarían la voluntad de dicho hipotético acreedor privado prudente en condiciones de Economía de Mercado, no nos encontraríamos ante una ayuda de Estado desde el punto de vista del Derecho comunitario. Tal afirmación excluiría, por ejemplo, la consideración de ayudas de Estado de las quitas y/o esperas concursales efectuadas respecto de los *créditos ordinarios y subordinados* que los acreedores públicos hubieran aceptado, expresa, tácita o imperativamente *-ex lege-* en el caso de una eventual aprobación judicial del convenio. Pues, en cualquiera de los casos anteriores, la aprobación del convenio implicaría, *per se*, la aceptación de las propuestas de quitas y/o espera por parte de la mayoría de los acreedores y, por tanto, de ese hipotético «acreedor prudente» exigido por la jurisprudencia comunitaria para su exclusión como ayuda de Estado.

Cuestión diferente resultaría respecto de los créditos privilegiados; pues, en el caso de existir créditos públicos con *privilegio especial*, un acreedor prudente, racional y diligente exigiría

¹¹ En este sentido, ALONSO SOTO, R., en ROJO/BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 675.

¹² PULGAR, J., «El contenido remisorio y dilatorio del convenio concursal», *RdCP*, núm. 1, 2004, pág. 162.

¹³ *Vid.*, en este sentido, STJCE [Sala 6ª] de 29 de abril de 1999, en el asunto C-324/96, TUBACEX/Comisión; STPI de 11 de julio de 2002, en el asunto T-152/99, Hijos de Andrés Molina, S.A. (HAM)/Comisión; y, comentando tales resoluciones judiciales, *vid.* OLIVENCIA BRUGGER, L.M., «El comportamiento de los acreedores públicos en los procedimientos concursales y ayudas estatales. Análisis de la Ley Concursal a la luz de las decisiones de la comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid (Marcial Pons), tomo IV, págs. 3819 y ss.

comparar el importe actualizado que obtendría como pago de su crédito tras las quitas y/o esperas efectuadas, con el que lograría, previsiblemente, mediante la *ejecución separada* de su crédito. Y, en el caso de que el grado de satisfacción del acreedor resultase mayor mediante la ejecución separada del crédito público, y los acreedores públicos hubieren optado por adherirse -en estos casos, *expresamente*- al convenio concursal, dicha quitas y/o espera deberá ser constitutiva de una ayuda de Estado. No obstante, en el caso de los créditos con *privilegio general*, debería entenderse que, en principio, nos encontraríamos ante una ayuda de Estado incompatible con el mercado único, ya que, en todo caso, la renuncia de su privilegio en el cobro preferente de sus créditos supondría una situación más desfavorable para los acreedores públicos; si bien, una vez constada la existencia de la ayuda, ahora procedería examinar si, a la luz de lo expuesto, dicha ventaja económica selectiva podría resultar encuadrable en alguno de los supuestos previstos en la normativa comunitaria para su consideración de *ayudas compatibles* con el mercado único (*v. gr.*, ayudas de *minimis* o, en algunos casos y bajo determinadas condiciones, ayudas a empresas en crisis)¹⁴. Y, de no der así, como se entiende que un acreedor privado prudente en una Economía de Mercado no habría renunciado, sin más, a una posición preferente para el pago de sus créditos, estaríamos en presencia de una ayuda de Estado incompatible con la normativa comunitaria.

Sin embargo, no conviene perder de vista que, en la mayor parte de las ocasiones, los acreedores públicos suelen ser titulares, a su vez, de créditos privilegiados, ordinarios y subordinados; por tanto, aunque una eventual renuncia a su privilegio especial o general pudiera suponer una ayuda de Estado si se examinara individualmente y *a priori*, en ocasiones, dicha renuncia podría entenderse efectuada para la necesaria aprobación judicial de un convenio; y, en el caso de verificarse que, mediante dicho convenio al que se adhiriera expresamente el acreedor público, el *grado de satisfacción global* de sus créditos resultase mayor que si se mantuvieran sus privilegios, tampoco deberá entenderse que el sometimiento a una quita y/o espera concursal, aun con la consecuente renuncia a sus privilegios, sea constitutiva de una ayuda de Estado.

3.4. Los efectos de la calificación de ayudas de Estado del contenido remisorio y dilatorio de los convenios concursales con acreedores públicos

Las quitas y/o esperas otorgadas por acreedores públicos en el mercado de un convenio concursal que, de acuerdo con lo expuesto, merezcan la calificación de ayudas públicas,

¹⁴ FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., y VELA TORRES, P.J., «Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa», *RDM*, núm. 252, 2004, pág. 523, quienes afirman que "*aun cuando tales quitas y esperas lleguen a constituir ayudas públicas de las que puede derivarse un peligro cierto de distorsión significativa del funcionamiento del mercado, no debe perderse de vista que los ordenamientos que cuentan con una mayor regulación de esta figura, como es el caso del Derecho comunitario europeo, no se limitan a declarar incompatibles con el mercado las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales que falseen o amenacen falsear la competencia, con el efecto de favorecer a determinadas empresas o producciones*".

implicarán un completo sometimiento a la normativa sobre ayudas públicas establecida en el Derecho nacional y comunitario. Así, por ejemplo, si, tratándose de una ayuda incompatible con el mercado único, los acreedores no cumplieren con las obligaciones de notificación y autorización previstas en la normativa comunitaria, la ayuda se entenderá como *ilegal*, y, en tales circunstancias, se procedería a decretar la *nulidad* de la misma, con la consecuente *obligación de restitución* (STJCE de 13 de noviembre de 2008), y las correspondientes sanciones al Estado infractor. Pues, a tales efectos, se responsabilizará a los Estados miembros, con independencia del organismo público que hubiere otorgado la ayuda¹⁵; y ello, a pesar de que, en determinadas ocasiones, el Estado no fuese competente para la concesión -expresa o tácita- de la ayuda, con los evidentes problemas prácticos que, en su caso, podría plantear la recuperación -o responsabilidad respecto- de la ayuda si, tratándose, por ejemplo, de deudas tributarias por obligaciones fiscales de carácter autonómico o local, ya estuviesen prescritas.

Una ayuda pública resultará ilegal cuando, no siendo notificada a la Comisión Europea, se haya materializado antes de lograr la *autorización* sobre su compatibilidad con el mercado común por parte de la Comisión Europea, o bien, cuando, habiéndose comunicado en tiempo y forma, no hubiere sido autorizada en el momento de su concesión. Por tanto, si, tras el inicio de las negociaciones necesarias para la aprobación judicial de un convenio concursal, se prevé que la participación directa o indirecta de los acreedores públicos será constitutiva de una ayuda de Estado, deberán ponerse en funcionamiento los mecanismos de notificación y control previstos en la normativa *antitrust*, ya que, en el caso de aprobarse un convenio en el que se contemplen -expresa o tácitamente- propuestas de quitas y/o esperas por parte de acreedores públicos, dicho contenido dilatorio y remisivo del convenio podrá ser declarado como *ilegal*, tanto por la *Comisión Europea* -que es el organismo encargado del control de las ayudas públicas y el único legitimado para declarar la posible incompatibilidad de la ayuda con el mercado único-, como por los *jueces y tribunales nacionales* de los Estados miembros de la Unión Europea, que asumen esta competencia cuando se trata de ayudas que han obviado el procedimiento de autorización¹⁶. No obstante, dicha declaración de ilegalidad no supondrá el incumplimiento del convenio ni, en su caso, la nulidad del mismo; sino, «simplemente», la restitución de las ayudas públicas¹⁷.

Resulta evidente, pues, que la proposición, negociación y, en su caso, aprobación de un convenio concursal en el que existan acreedores públicos exige un análisis preliminar del convenio desde la óptica del Derecho de la competencia; ya que, en este sentido, resulta

¹⁵ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La ejecución forzosa de la recuperación y de la devolución de las ayudas de Estado en la Unión Europea y en España», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 9, 2009, pág. 75.

¹⁶ *Vid.*, ALONSO SOTO, R., en ROJO/BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 679; y PULGAR, J., *op. cit.*, pág. 38, quien, reafirmando la competencia de la Comisión Europea para declarar la compatibilidad o incompatibilidad de una ayuda, señala que "no es al juez nacional a quien compete declarar la compatibilidad con el mercado común de las transacciones acordadas por los acreedores públicos en el marco de un convenio".

¹⁷ Para un examen de las causas generales de nulidad, oposición e incumplimiento del convenio, *vid.* por todos, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, LA LEY, núm. 7, 2007, págs. 120 y ss.

especialmente relevante la consideración del contenido dilatorio y/o remisorio del convenio como una eventual ayuda de Estado, atendiendo a la clasificación y previsible grado de *satisfacción global* de dichos créditos públicos. Pues, en otro caso, la inobservancia de las normas comunitarias y nacionales sobre ayudas de Estado, podrían suponer, en última instancia, la -siempre difícil- restitución de los compromisos de quita y espera realizados o comprometidos por los acreedores públicos, y, con ello, el previsible fracaso de la solución conservativa del concurso.

III. CONCLUSIONES

La evidencia demuestra que, como consecuencia de la actividad recaudatoria de las Administraciones Públicas, todas las empresas mantienen relaciones activas y/o pasivas con organismos tales como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, en el caso de un eventual procedimiento de insolvencia, resulta innegable la participación deudora o, sobre todo, acreedora, de la Administración Pública. Por otro lado, resulta lógico pensar que, de acuerdo con la naturaleza y particularidades del contenido remisorio y dilatorio del convenio concursal, las quitas y/o esperas otorgadas por acreedores públicos *pueden* ser constitutivas de ayudas de Estado, en la medida en que suponen ventajas económicas selectivas otorgadas por un organismo público. No obstante, la evaluación del contenido dilatorio y remisorio del convenio no puede ser examinado como una ayuda pública si no es bajo el criterio del «acreedor prudente en condiciones de Economía de Mercado», al igual que, en términos similares, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando el criterio del «inversor privado» para el estudio y configuración de las ayudas de Estado fuera del contexto de los procedimientos concursales. Y es por ello, precisamente, que, con carácter general y *a priori*, no pueda afirmarse que las quitas y/o esperas concursales otorgadas por acreedores públicos sean constitutivas de una ayuda de Estado; ya que, si, a la vista de las circunstancias concretas del caso, un acreedor privado prudente en condiciones de mercado hubiera aceptado la misma cuantía de quita y/o espera que un acreedor público, o, lo que es lo mismo, el acreedor público hubiese aceptado un contenido dilatorio y/o remisorio más perjudicial para sus intereses que el que habría aceptado un hipotético acreedor privado en una Economía de Mercado, no nos encontraríamos ante una ayuda de Estado desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

En consecuencia, sólo nos encontraremos ante una verdadera ayuda de Estado cuando un acreedor público sea titular de un *crédito con privilegio especial*, y, renunciado a dicho privilegio, se constate que con una ejecución separada habría obtenido una mayor satisfacción de su crédito que si se hubiera adherido a un convenio concursal con propuestas de quita y/o espera; o bien, cuando, tratándose de un *acreedor con privilegio general*, votase expresamente a favor de un convenio en el que se estableciesen unas condiciones de pago menos favorables que las establecidas por las reglas generales de la liquidación concursal; o, en fin, cuando, en la

parte *ordinaria o subordinada* del crédito público, estos acreedores se hubieran *adherido expresamente* a un convenio concursal en las mismas condiciones que un acreedor privado prudente. Si bien, en este último caso, al igual que ocurre con el importe ordinario o subordinado al que *no se hayan adherido expresamente* los acreedores públicos -o incluso hubieran *votado en contra-*, no debe considerarse que exista una *ayuda pública*, ya que, como el eventual contenido remisorio y dilatorio del convenio habría sido aprobado por la mayoría de los acreedores ordinarios, y, a estos efectos, podría entenderse que dicha mayoría representaría *razonablemente* la hipotética actuación de un acreedor privado prudente en una Economía de Mercado, no nos encontraríamos ante una ayuda de Estado.

Finalmente, no conviene olvidar que la aplicación del criterio del acreedor prudente debe examinarse desde la perspectiva del *grado de satisfacción global del acreedor público* en el concurso de acreedores; pues, aunque una eventual renuncia a sus privilegios pueda ser constitutiva de una ayuda de Estado desde una perspectiva individual y *a priori*, en ocasiones, dicha renuncia puede entenderse efectuada para la aprobación judicial de un convenio en el que se constate que, de manera global, los acreedores públicos pueden obtener un mayor grado de satisfacción de sus créditos en el concurso, y, en tales casos, no debería entenderse existente una verdadera ayuda de Estado. En cualquiera de los casos, pese a constarse que las eventuales ventajas económicas, voluntarias o involuntarias, otorgadas por un acreedor público implican una ayuda de Estado desde un punto de vista jurídico-concursal, resultará necesario verificar, además, si dichas ayudas públicas pueden ser encuadrables en alguno de los supuestos legalmente permitidos o autorizados por el Derecho comunitario, ya que, en tales casos, al resultar ayudas compatibles con el mercado único, no supondrían una infracción de la normativa vigente en materia de ayudas públicas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SOTO, R., en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Civitas, 2010, págs. 645 y ss.

BELTRÁN, E., y CAMPUZANO, A.B., «Las ayudas de Estado a empresas en crisis», en ARRANZ/SERNA (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Ediciones Universidad de Cantabria, Santander, págs. 129-158.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 2246.

CALLOL, P. y MANZARBEITIA, J., *Intervención pública en momentos de crisis: el derecho de ayudas de Estado aplicado a la intervención pública en las empresas*, Documento de trabajo, Serie Política de la Competencia nº 29, Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2009, págs. 59-75;

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, págs. 710-714.

FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., y VELA TORRES, P.J., «Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa», *RDM*, núm. 252, 2004, pág. 523.

GARCÍA VILLAVERDE, R., «Convenio de quiebra», *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo III, Madrid, 1983.

GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, LA LEY, núm. 7, 2007, págs. 120 y ss.

HERNÁNDEZ MARTÍN, V., y VILLALBA MUÑOZ, J.M., *El control de las ayudas de Estado en el Derecho Europeo*, Madrid, 1999, pág. 25.

MAÍLLO, J., «El control de las ayudas públicas a las reestructuraciones de empresas», en BENEYTO PÉREZ/LARGO GIL (dirs.), *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Bosh, Barcelona, 2010, págs. 656 y ss.

NICOLAIDES, P. y KEKELEKIS, M., «An assessment of EC State Aid Policy on Rescue and Restructuring of Companies in Difficulty», *European Competition Law Review*, 2004, págs. 578 y ss.

OLIVENCIA BRUGGER, L.M., «El comportamiento de los acreedores públicos en los procedimientos concursales y ayudas estatales. Análisis de la Ley Concursal a la luz de las decisiones de la comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid (Marcial Pons), tomo IV, págs. 3819 y ss.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La ejecución forzosa de la recuperación y de la devolución de las ayudas de Estado en la Unión Europea y en España», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 9, 2009, pág. 75.

PÉREZ-BUSTAMANTE, J. y LÖWHAGEN, F., «Las ayudas para la reestructuración empresarial», en PETITBÓ/MARTÍNEZ LAGE (dirs.), *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*, Madrid (Marcial Pons), págs. 297-318.

PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Cuestiones en torno al convenio de quiebra», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978.

PULGAR, J., «El contenido remisorio y dilatorio del convenio concursal y las ayudas de Estado», *RdCP*, núm. 1, 2004.

PROVINCIALI, P., *Trattato di diritto fallimentare*, tomo III, Milano, 1974.

RAMÍREZ, J.A., *La quiebra. Derecho concursal español*, Barcelona (Bosh), tomo III, 1998.

ROJO, A., «El contenido del convenio», *Revista del Poder Judicial*, número especial XVIII, 2004.

TORRES DE CRUELLS, J., «Naturaleza jurídica del convenio en suspensión de pagos», *RJC*, 1958.

URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Barcelona (Bosh), 2001.

YANES YANES, P., *La reapertura de la quiebra*, Valladolid, 1992.