

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE AYUDAS PÚBLICAS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Ricardo Alonso Soto

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

Sobrevenida una situación de insolvencia, o en un momento anterior en el que se detecten síntomas de ella, para tratar de evitar la crisis o salir de ella las empresas pueden solicitar a las distintas Administraciones Públicas ayudas tales como préstamos, subvenciones, bonificaciones de intereses o garantías..

Desde la óptica del derecho concursal estas ayudas públicas plantean diversas cuestiones entre las que destacan las siguientes: 1) su consideración como créditos de naturaleza pública a efectos del concurso de acreedores; 2) la atribución de la condición de ayudas públicas a los beneficios de quita y espera, típicos de los procesos concursales, cuando tienen por objeto créditos públicos; 3) los efectos del incumplimiento de las condiciones a que se somete el otorgamiento de las ayudas públicas, y 4) la recuperación de las ayudas ilegales.

1. Su consideración como créditos públicos

El crédito público puede ser definido como el que ostenta el Estado frente a un deudor. Esta modalidad de crédito se caracteriza por su titularidad pública y por derivar del ejercicio de potestades administrativas (art. 5 de la Ley General Presupuestaria), así como también por su finalidad de servir objetivos de interés general.

Por titularidad pública hay que entender la que deriva del Estado, considerando a este término como omnicompreensivo de todos los poderes

públicos, es decir, de todos aquellos entes públicos que actúan con sometimiento al derecho administrativo. Así pues, el concepto de Estado comprenderá no sólo a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos (el denominado «sector público administrativo» por la Ley General Presupuestaria), sino también al conjunto de las Administraciones Públicas de carácter autonómico o local. Por el contrario no quedarán comprendidos en este concepto los entes públicos empresariales, las sociedades mercantiles estatales o las fundaciones estatales, cuya actuación no está sujeta al derecho público, sino al derecho común civil o mercantil. En consecuencia, se considerará crédito público el que ostente cualquiera de las citadas Administraciones Públicas contra un deudor siempre que tenga su origen en el ejercicio de una potestad administrativa y atienda a intereses generales. Desde este punto de vista no cabe duda de que los créditos procedentes de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social son créditos públicos, pero también que los créditos que tengan su origen en una ayuda pública tendrán asimismo esa consideración.

Sentadas estas bases, cabe preguntarse cuál es el régimen jurídico de los créditos derivados de ayudas públicas en los procedimientos de concurso de acreedores. La respuesta ha de cimentarse sobre una doble consideración: por una parte, que la voluntad de la Ley Concursal (LC) ha sido instituir, con carácter general, un procedimiento uni-

versal, de modo que todos los créditos contra el deudor se sometan al concurso de acreedores, aunque se tienen en cuenta también algunas excepciones fundadas en distintas causas (arts. 49 y 76 LC); en este sentido, la Ley Concursal considera que los créditos públicos no pueden mantenerse al margen del concurso y establece, en consecuencia, la concurrencia obligada de los créditos públicos y los privados. Por otra parte, que, sin embargo, la ley prevé situaciones de excepción a la regla general, entre las que cabría destacar, en primer lugar, un *privilegio procesal* para todo tipo de créditos públicos consistente en que, si la ejecución por vía de apremio de dichos créditos se hubiera comenzado antes de la declaración del concurso, aquéllos no integrarán la masa y quedarán en suspenso siempre que se dé la circunstancia de que los bienes embargados no sean necesarios para la continuidad del proceso productivo del deudor (art. 55.1.II LC); y, en segundo lugar, un privilegio general de preferencia de cobro para algunas modalidades de créditos públicos, así como su no sometimiento al convenio (art. 91 LC).

Aunque gran parte de la doctrina considera que la referencia a los *demás* (créditos) *de derecho público* que se hace en el artículo 91.4 LC ha de entenderse referida exclusivamente a otros tipos de créditos tributarios, no existe, a nuestro juicio, base suficiente en la Ley Concursal para sostener esta interpretación. Antes al contrario, puede sostenerse que el legislador ha superpuesto, en el momento de la liquidación, la existencia de un interés público al interés particular de los acreedores en ver satisfechos sus créditos, asignando expresamente a los créditos públicos una preferencia de cobro. Avala esta interpretación, de un lado, la modificación introducida en la Ley General Presupuestaria por la Disposición final décima de la Ley Concursal que prevé el establecimiento de mecanismos para asegurar la adecuada coordinación en los procedimientos concursales en los que coexistan créditos tributarios, de la Seguridad Social y del resto de las entidades del sector pú-

blico (art. 10 *in fine* de la Ley General Presupuestaria), dando a entender que la problemática relativa al cobro de los créditos públicos en los procesos de concurso de acreedores no se limita a los créditos fiscales y de la Seguridad Social; y, de otro, el párrafo final del propio artículo 91.4 de la Ley Concursal, que se refiere expresamente al conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, concepto definido en el artículo 5 de la Ley General Presupuestaria en los siguientes términos: «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». Añadiendo a continuación: «Los derechos de la Hacienda Pública estatal se clasifican en derechos de naturaleza pública y de naturaleza privada. Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y 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».

Afirmada la naturaleza de créditos públicos para las ayudas públicas, se plantea una segunda cuestión con respecto a la norma que comentamos consistente en si este tipo de créditos, al acogerse al privilegio general, se somete a la limitación que para él se establece en el último párrafo del artículo 91.4 de la Ley Concursal. A este respecto, considero que la limitación del privilegio hasta el cincuenta por ciento de su importe ha de ser referida exclusivamente —como se desprende del tenor literal de la norma— al conjunto de créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social respectivamente. Se trata de una norma limitativa de derechos que ha de ser interpretada de forma restrictiva. Ahora bien, dado que algunas modalidades de ayudas públicas podrían encajar en el concepto de créditos de la Hacienda Pública (vid. el art. 5.1 de la Ley General Presupuestaria anteriormente citado), habría que concluir que, en estos casos, dichos créditos se verán

sometidos a la limitación del cincuenta por ciento en cuanto al ejercicio del privilegio de preferencia de cobro.

Finalmente hay que recordar que el crédito público es indisponible y, en consecuencia, no puede ser alterado por actos o convenios con los particulares salvo que la ley establezca lo contrario. En este sentido, hay que señalar que la renuncia al privilegio por parte de la Administración Pública está sujeta a cautelas especiales en razón de que se trata de una cuestión que atiende al interés general.

2. La quita y espera como ayuda pública

Como es sabido, la finalidad principal del concurso de acreedores es llegar a un acuerdo entre el deudor y sus acreedores que permita la continuidad de la empresa que sea viable. Este acuerdo o convenio tiene por objeto la satisfacción de los acreedores mediante el establecimiento de «quitas» o reducciones del importe de los créditos y de «esperas» o aplazamientos de los pagos.

Pues bien, las quitas y las esperas de créditos de titularidad pública acordadas directamente con el deudor o en un convenio concursal constituyen ayudas públicas ya que presentan todos los requisitos y características de éstas. En efecto: 1) se trata de ventajas de tipo económico, consistentes en la reducción o el aplazamiento de los créditos; 2) proceden de fondos o recursos públicos, puesto que se trata de créditos públicos que la correspondiente Administración deja de percibir; 3) se otorgan a una empresa determinada, en este caso el deudor en concurso, y 4) le generan a éste una ventaja competitiva frente al resto de los empresarios cuyos créditos públicos no reciben el mismo tratamiento. Ésta es, por otra parte, la posición adoptada por un sector de la doctrina española y por la Comisión Europea que, en su Decisión de 30 de julio de 1996, asunto Tubacex (DOCE L008, de 11.01.1997), consideró que la participación de la Administración en el levantamiento de una

suspensión de pagos mediante la renuncia a su derecho preferente de cobro y la reducción del importe de sus créditos eran ayudas públicas incompatibles con el mercado común.

Así pues, teniendo en cuenta que este tipo de ayudas públicas pueden distorsionar la libre competencia y el buen funcionamiento del mercado al favorecer la permanencia en éste de empresarios ineficientes que, si no fuera por dichas ayudas, desaparecerían, han de someterse a las normas de competencia aplicables a los Estados (arts. 107 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE). Hay que recordar, sin embargo, que el principio de la libertad de competencia no tiene un carácter absoluto, sino que admite excepciones fundadas en otros principios de singular relevancia como el principio de conservación de la empresa o en otras razones también de interés general, como la protección de las inversiones, el mantenimiento del empleo o el desarrollo regional.

Así pues, una decisión relacionada con una quita o espera de un crédito público será considerada como una ayuda pública que deberá ser notificada y autorizada por la Comisión Europea para no resultar ilegal, salvo que pueda acogerse a un régimen general de exención, como sería el caso de la regla de minimis o de los reglamentos de exención por categorías en materia de ayudas públicas o a un régimen especial de ayudas como sucedería con las ayudas para el salvamento y reestructuración de las empresas en crisis. En definitiva, al margen de los casos singulares en los que necesariamente habrá que solicitar la correspondiente autorización, la quita y espera de un crédito público será una ayuda compatible con el mercado común y, por tanto, lícita, sin necesidad de solicitar y obtener la correspondiente autorización, si cumple todos y cada uno de los requisitos exigidos para poder acogerse a una exención por categorías y se compensan de alguna forma los efectos anticompetitivos que aquélla produce en el mercado (vid. en este sentido la Decisión de 30 de julio

de 1996, asunto Santana Motor, DOCE L006 de 10.01.1997).

Hay que señalar a este respecto que tanto la Ley Concursal (art. 103.4) como la Ley General Presupuestaria, modificada en virtud de la Disposición final décima de la Ley Concursal, han flexibilizado la situación existente con anterioridad al permitir a la Administración Pública suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como adherirse a ellos o acordar con el deudor condiciones singulares de pago que no sean más favorables para éste que las establecidas para los demás créditos (art. 10.2).

En conclusión, a la hora de negociar un convenio concursal, la Administración Pública podrá quedarse al margen, adherirse a él participando en una quita o espera de los créditos públicos —que se someterá necesariamente al régimen de las ayudas públicas enunciado con anterioridad y cuyo incumplimiento generará la ilegalidad de las reducciones o aplazamientos de los créditos pactados—, o podrá plantear una proposición alternativa (art. 100.2 LC).

3. El incumplimiento de las condiciones de las ayudas públicas

Otra de las cuestiones que se pueden plantear en relación con el otorgamiento de ayudas públicas a un empresario que deviene en concurso de acreedores es la relativa al incumplimiento de las condiciones que han motivado la concesión de dichas ayudas o a las que éstas se someten. Los dos supuestos más relevantes a estos efectos son: a) el incumplimiento de las obligaciones contraídas, y 2) el incumplimiento de la finalidad para la que la ayuda fue concedida o el desvío de ésta hacia otras aplicaciones.

3.1. Incumplimiento de las obligaciones contraídas

El incumplimiento de las obligaciones contraídas como contrapartida de la ayuda pública recibida como,

por ejemplo, la no devolución de una ayuda de duración temporal que tiene que ser reembolsada en una determinada fecha (por ejemplo, un préstamo para el salvamento de una empresa en crisis, cuya duración máxima no puede exceder de seis meses), no plantea especiales problemas. Según la normativa concursal, si el incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores, será un crédito concursal acogido al régimen de los créditos públicos. Si, por el contrario, el incumplimiento es posterior a la declaración del concurso será una deuda de la masa por tratarse, en este caso, de una actuación del concursado intervenido o de la administración concursal (art. 62 LC). Las únicas cuestiones que se plantean en este ámbito serán las de si cabe la 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. 84.2.6 LC).

3.2. Destino de la ayuda a finalidad distinta

Si el empresario destina la ayuda a una finalidad o un objetivo distinto a aquel para el cual le fue concedida, la ayuda se convierte automáticamente en ilegal, dando lugar a su recuperación por la Administración Pública concedente. Las

ayudas públicas distorsionan la competencia entre las empresas y por esa razón resultan prohibidas y, si en algunos casos se someten a un régimen excepcional de exención, lo hacen porque tienen como fundamento esencial el cumplimiento de determinados objetivos de tipo económico o social que deben prevalecer sobre los propios de las normas de competencia. Por esta razón, el desvío de una ayuda pública hacia una finalidad distinta de aquella para la que fue autorizada supone una desvirtuación de la autorización y la vuelta de ella al marco general de la prohibición.

4. Las ayudas ilegales y su recuperación

Una ayuda pública resultará ilegal cuando no haya sido notificada a la Comisión Europea, se haya materializado antes de lograr la autorización sobre su compatibilidad con el mercado interior por parte de la Comisión Europea y también cuando, habiendo sido notificada en tiempo y forma, no haya sido autorizada por ésta. También se consideran ilegales aquellas ayudas que se hayan destinado a una finalidad distinta de aquella para la que fueron concedidas.

La ilegalidad de una ayuda pública puede ser declarada tanto por la Comisión Europea, que es el organismo encargado del control de las ayudas públicas, 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 no han sido notificadas a la Comisión Europea con anterioridad a su concesión y que, por tanto, han obviado el procedimiento de autorización o cuando las ayudas se han materializado antes de haber logrado la correspondiente autorización. Si la ayuda no ha sido notificada, el juez declarará su ilegalidad y, si ha sido notificada pero no ha recibido todavía la autorización, el juez ordenará la suspensión de la ayuda hasta que no se consiga la correspondiente autorización. La incompatibilidad

de una ayuda con el mercado interior, en cambio, solamente podrá ser declarada por la Comisión Europea, que tiene en este ámbito competencia exclusiva.

La declaración de ilegalidad de una ayuda pública ocasiona su nulidad y la obligación de restitución (STJCE de 13 de noviembre del 2008). La ayuda ilegal sigue el régimen general de las nulidades en el concurso y no se integrará en la masa activa. La obligación de recuperar las ayudas ilegales corresponde a los Estados miembros con independencia de cuál haya sido la Administración u organismo público que la haya otorgado. Se trata, por lo demás, de una obligación vinculante y prioritaria, ya que de lo contrario se menoscabaría el efecto útil del derecho comunitario. Aunque la obligación de recuperación se impone a los Estados y se declara a éstos responsables de su cumplimiento, la recuperación de la ayuda deberá ser efectuada por la Administración Pública que la otorgó.

En relación con la recuperación de las ayudas ilegales se plantean los siguientes interrogantes: ¿puede el Estado utilizar medidas de ejecución forzosa contra las comunidades autónomas? o ¿puede el Estado imputar las multas que le son impuestas por esta causa al presupuesto de las Administraciones Públicas infractoras? En ambos casos la respuesta ha de ser afirmativa.

Finalmente señalaremos que el derecho comunitario ha establecido las siguientes reglas en materia de recuperación de las ayudas: a) La Comisión Europea puede exigir a los Estados miembros que procedan a la recuperación de las ayudas ilegales (STJCE de 12 de junio de 1973, asunto CE/Alemania) y, si éstos hicieran caso omiso de este requerimiento, podrá dirigirles una «carta de emplazamiento» o una «decisión motivada» de incumplimiento, o seguir un procedimiento de infracción ante el Tribunal de Justicia que podrá concluir con la condena del Estado en cuestión y la imposición a éste de multas sancionadoras o coercitivas por lapsos de tiempo hasta que se haga efectiva la re-

cuperación. *b)* La recuperación de las ayudas ilegales ha de hacerse según las reglas y procedimientos nacionales de cada uno de los Estados miembros (STJCE de 23 de septiembre de 1983, asunto *Deutsche Milchkontor/RFA*). En el caso de nuestro país se utilizará el procedimiento de ejecución forzosa administrativo o judicial, siendo la sentencia que declara la nulidad de la ayuda o la decisión de la Comisión Europea sobre su ilegalidad título ejecutivo suficiente a estos efectos (STS de 7 de febrero del 2006 y 7 de julio del 2008). *c)* Si una norma nacional obstaculiza la recuperación de una ayuda ilegal, debe ser ignorada (STJCE de 15 de enero de 1986, asunto *CE/Bélgica*). *d)* Los únicos motivos de oposición que resultan viables en este ámbito son: la imposibilidad de recuperación de la ayuda como, por ejemplo, en el caso de inexistencia de bienes en el patrimonio del deudor (SSTJCE 12 de mayo del 2005, asunto *CE/Grecia*, y de 20 de septiembre del 2007, asunto *CE/Es-*

paña); el cese de la actividad de la empresa (STJCE de 13 de noviembre del 2008, asunto *CE/Francia*); la contrariedad de la recuperación con los principios generales del ordenamiento comunitario (buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima, etc.) (STJCE de 24 de noviembre de 1987, asunto *CE/RSV*), y la prescripción, que se producirá a los diez años a contar desde que fue concedida al beneficiario. El hecho de que una empresa esté en suspensión de pagos no puede oponerse para justificar el incumplimiento por el Estado de las obligaciones y plazos que le incumben en virtud del derecho comunitario (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio del 2008 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de junio del 2000). Finalmente, hay que añadir que, sin embargo, en virtud del deber recíproco de cooperación leal institucional, los Estados podrán negociar soluciones particulares con la Comisión Europea (STJCE de 2 de febrero de 1989).