

PLANES DE REESTRUCTURACIÓN Y AVALES ICO

Sebastián Sáenz de Santa María y Luis Jiménez López

Abogados del Área de Financiero, Concursal, Energía y Transporte de Uría Menéndez (Madrid)

Planes de reestructuración y avales ICO

La recién aprobada Ley 16/2022 de reforma del texto refundido de la Ley Concursal ha introducido un régimen especial para los créditos concedidos con aval público del Instituto de Crédito Oficial en el contexto del COVID-19 y la crisis de la guerra de Ucrania. Este régimen ha establecido importantes condicionantes a los efectos que los nuevos planes de reestructuración pueden imponer a estos créditos, dificultando así el fin último de la reforma: facilitar la reestructuración de la deuda de empresas viables. Este artículo analiza los condicionantes y aporta una visión práctica sobre los distintos escenarios que podrían darse.

PALABRAS CLAVE:

PLAN DE REESTRUCTURACIÓN, AVAL PÚBLICO, ICO, REFORMA CONCURSAL.

Restructuring plans and "ICO" guarantees

The recently approved Law 16/2022 amending the Insolvency Law has introduced a special framework for credits issued with the public guarantee of the Instituto de Crédito Oficial in the context of the COVID-19 crisis and Ukraine war. This framework has established important conditions on the effects that the new restructuring plans can impose on these credits, hindering the ultimate purpose of the reform: to enable viable companies to restructure their debt. This article analyses these conditions and provides a practical overview of the different scenarios that may arise.

KEYWORDS:

RESTRUCTURING PLAN, PUBLIC GUARANTEE, ICO, INSOLVENCY LAW REFORM.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Sáenz de Santa María, Sebastián; Jiménez López, Luis (2022). Planes de reestructuración y avales ICO. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 120-136 (ISSN: 1578-956X).

1. Origen y normativa aprobada hasta la fecha en relación con los avales ICO

El propósito de este artículo es desgranar las especialidades que resultarán de aplicación a los créditos avalados al amparo de las comúnmente conocidas como líneas de avales ICO-COVID en el marco de una reestructuración preconcursal al amparo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (la “Ley 16/2022”) y, en particular, a resultados del novedoso (y, todo sea dicho, poco claro) régimen que se regula en su disposición adicional octava (la “DA8”). Para ello, es necesario dar con carácter previo unas pinceladas sobre las distintas líneas de avales y los principales hitos legislativos que las han modificado o afectado con posterioridad a su aprobación para situar al lector en la maraña normativa en la que nos movemos¹.

1.1. Los avales del Real Decreto-ley 8/2020: Avales ICO COVID-19 Liquidez

En marzo de 2020, la emergencia sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19 derivó en una paralización casi absoluta de la economía española. Ante dicha situación, el Gobierno aprobó dos líneas de avales, primero en marzo y posteriormente en julio, cuya principal función fue facilitar el acceso al crédito y la liquidez a empresas y autónomos para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (el “Ministerio”) otorgó estas líneas, pasando a garantizar la parte avalada del crédito bancario que se concediese al amparo de ellas, y su gestión quedó encomendada al Instituto de Crédito Oficial, E.P.E. (el “ICO”), entidad pública empresarial adscrita a dicho Ministerio.

La primera línea de avales fue creada por medio 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 (el “Real Decreto-ley 8/2020”), tan solo unos días después de la declaración del estado de alarma.

La concesión de la primera línea de avales se autorizó por un máximo de 100.000 millones de euros, que quedaron divididos en cinco tramos, cuyas condiciones y requisitos de uso fueron desarrollados en los sucesivos Acuerdos del Consejo de Ministros². Esta primera línea fue conocida como la línea de avales liquidez ICO-COVID-19.

Las entidades financieras que quisieran participar debían estar registradas y supervisadas por el Banco de España y suscribir con el ICO un contrato o acuerdo marco que regulara las condiciones particulares con cada una de las entidades. Los contratos suscritos nos consta que fueron idénticos para todas las entidades.

¹ Agradecemos a Laura Barroso y Carmen Cuadrado su inestimable contribución a este artículo.

² En dichos acuerdos, entre otros, se fijaron la remuneración de los avales y los porcentajes máximos del aval, que en caso de pymes y autónomos asciende hasta un 80 % del importe total del crédito y hasta el 70 % en empresas que no tengan la condición de pyme y el 60 % en operaciones de renovación.

Otra característica importante de estos avales es que se concedieron en rango *pari passu*, tal y como se explicará en el apartado 1.3.

1.2. Los avales del Real Decreto-ley 25/2020: Avales ICO COVID-19 Inversión y Actividad

La segunda línea de avales fue creada por medio del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (el “Real Decreto-ley 25/2020”). En este caso, se aprobó la línea de avales por importe de hasta 40.000 millones de euros para promover nuevas inversiones en España.

Uno de los requisitos de elegibilidad de las entidades financieras era que ya tuvieran un contrato marco suscrito con el ICO a raíz de la línea de avales que creó el Real Decreto-ley 8/2020. Esta línea de avales también se concedió en rango *pari passu*.

La reciente línea de avales creada por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania sigue la misma filosofía que las dos líneas aprobadas durante la pandemia.

1.3. Convenios suscritos entre el ICO y las entidades financieras

Las entidades financieras tuvieron que suscribir sendos contratos marco con el ICO (uno por línea) para poder beneficiarse de los avales que ambas líneas pusieron a su disposición.

Dichos convenios y, sus sucesivas adendas, contienen obligaciones que las entidades debían cumplir para poder beneficiarse en primera instancia de los avales y para, posteriormente, mantenerlos intactos y vigentes, sin perjudicarlos. Entre ellas, destaca la obligación de la entidad de no re-financiar o reestructurar las operaciones que tuviera suscritas antes del 17 de marzo de 2020, con el fin de evitar que las entidades financieras utilizaran este recurso no para aportar liquidez ante la crisis generada por la pandemia, sino para refinanciar deuda estructural “vieja” (cambiando así deuda sin garantía por deuda parcialmente avalada por el Estado).

Recordemos que los avales únicamente garantizan los pagos de principal (no de intereses, ni comisiones ni otros conceptos) y conforme al calendario de amortización (en ningún caso se garantizan supuestos de amortización anticipada ni tampoco la declaración de vencimiento anticipado por el banco). Es decir, excepto en financiaciones *bullet* (i. e., devolución única del principal total en la fecha de vencimiento), los impagos de principal de una financiación conllevarán tantas ejecuciones o reclamaciones (parciales) del aval como fechas de amortización de principal previstas en el calendario existan. Nótese que los convenios contemplan una situación muy concreta de qué se considera impago, que, entre otros requisitos, exige que, habiendo el cliente desatendido un pago, no hubiera regularizado su situación en un plazo de noventa días naturales desde la fecha de incumplimiento. Es decir, parecen querer ligar el impago con el plazo de mora que determina que las entidades clasifiquen un crédito como moroso.

Una característica fundamental es el rango *pari passu* que opera en todo momento entre la parte avalada y no avalada del crédito, sin que se pueda desgajar el crédito total entre el importe avalado y el no avalado, de manera que cualquier euro que la entidad recobre debe compartirlo con el ICO en proporción al porcentaje avalado. Lógicamente, siempre que el ICO haya atendido y desembolsado para entonces el importe derivado de la ejecución del aval. Si aún no se hubiera cobrado del ICO el importe del aval susceptible de ejecución, se reducirá el importe de aval en el porcentaje correspondiente sobre la cantidad recobrada.

Otra especialidad de los contratos marco es que alteran (entre el banco y el ICO como avalista) el orden contractual típico de imputación de pagos, en el que los intereses, gastos y costas preceden al principal, estableciendo que cualquier recuperación ha de compartirse con el ICO, como si de un pago de principal se tratase (así el contrato marco habla en genérico de “recuperación” con independencia del concepto que se pague).

1.4. El régimen de cobranza de los avales otorgados en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, 25/2020 y 6/2022: el Real Decreto-ley 5/2021 y los Acuerdos del Consejo de Ministros de 11 de mayo

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 (el “Real Decreto-ley 5/2021”) regula un régimen de cobranza *ad hoc* para las líneas de avales de liquidez e inversión ICO-COVID, alejándose así del régimen general de cobranza de otros avales concedidos por la Administración pública. Asimismo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 vino a desarrollar dicho régimen de cobranza.

Se estableció la obligatoriedad de obtener la autorización previa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (“AEAT”) para conceder aplazamientos, fraccionamientos y quitas por parte de las entidades financieras (so pena de perjudicar el aval público). En este sentido, dicho artículo permite la concesión de autorizaciones generales para conceder aplazamientos y fraccionamientos por medio de Acuerdo del Consejo de Ministros; es decir, el legislador ya previó la necesidad de regular un marco general de condiciones que, de cumplirse, harían innecesaria la autorización *ad hoc* de la AEAT y permitirían a las entidades financieras actuar con mayor libertad para conceder esperas y quitas que pudieran ser necesarias para aliviar una situación financiera delicada de las compañías.

Precisamente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 concedió dicha autorización general por un plazo máximo de doce meses (siempre que el aplazamiento se concediera antes del inicio de acciones judiciales de reclamación de la deuda avalada, pero ya se hubiesen producido impagos y ejecuciones de avales³).

Se autorizó al Consejo de Ministros para que, mediante Real Decreto, fijase las condiciones en las que las entidades podrán conceder quitas con carácter general. Condiciones que, a día de hoy,

³ “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, estas podrán conceder aplazamientos y fraccionamientos, hasta un máximo de doce meses. (...)”.

no han sido establecidas. Por lo tanto, la concesión de quitas se encuentra a expensas de la autorización de la AEAT, caso por caso, lo que redundará en una menor agilidad y mayor inseguridad jurídica en la aprobación de esta medida, por cuanto no existen unos criterios comunes aplicables a la generalidad de las situaciones.

Por otro lado, el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021 dejó claro que los créditos derivados de la ejecución de los avales serán considerados pasivo financiero —y no créditos de derecho público— a efectos de “la homologación de los acuerdos de refinanciación” (siguiendo la nomenclatura de la nueva Ley 16/2022, a efectos de los nuevos planes de reestructuración). Finalmente, en caso de declaración de concurso del deudor avalado, el Real Decreto-ley 5/2021 prevé que los créditos derivados de la ejecución de los avales tendrán rango de crédito ordinario (se sobreentiende, y después lo dejó meridianamente claro el apartado 2 de la DA8, que sin perjuicio de la calificación como crédito privilegiado especial en caso de contar con garantías reales que permitan dicha clasificación).

Nos preguntamos en este punto si esta clasificación a efectos concursales juega como un suelo, un límite mínimo, por el que si el crédito avalado en su conjunto estuviese afectado por alguno de los motivos de subordinación (por ejemplo, por razones de administración de hecho o especial relación entre la entidad financiera y el deudor), la calificación como crédito subordinado solo se predicaría respecto de la parte no avalada por el Estado, beneficiándose la parte avalada de una suerte de inmunidad a la subordinación. En principio, no pareciera razonable que ello fuera así, pero dadas las prerrogativas que la normativa ha dado al aval del ICO y el tenor literal de la norma no es una interpretación descartable.

1.5. El Código de Buenas Prácticas

Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021, se aprobó el Código de Buenas Prácticas para el marco de renegociación para clientes con financiación avalada previsto en el Real Decreto-ley 5/2021⁴.

El Código de Buenas Prácticas, que era de adhesión voluntaria para aquellas entidades que canalizaron financiación con aval público desde el 17 de marzo de 2020, preveía tres medidas fundamentales: (i) la ampliación del vencimiento de los préstamos con aval público; (ii) el mantenimiento del aval público en casos de conversión en préstamos participativos; y (iii) la realización de transferencias por parte del Estado para reducir la financiación con aval público (las dos últimas son voluntarias para las entidades, mientras que la ampliación del vencimiento es obligatoria si se cumplen los requisitos allí previstos).

Su aplicación en la práctica ha sido residual y principalmente dirigida a empresas con un importe inmaterial de ayuda pública (salvo por lo que se refiere a la primera medida, la extensión del vencimiento, que sí nos consta su utilización frecuente en tanto que, de cumplirse los requisitos, su aplicación era obligatoria para las entidades y el ICO).

⁴ Modificado posteriormente por medio de Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2021 y de 29 de marzo de 2022 para, entre otras medidas, flexibilizar condiciones y aumentar los importes máximos de remuneración y plazo de duración del aval.

1.6. La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal y el nuevo régimen de formación de clases en el marco de los Planes de Reestructuración

La Ley 16/2022 ha reformado el texto refundido de la Ley Concursal ("Ley Concursal" o "TRLR") y ha supuesto la creación de un nuevo marco normativo en las operaciones de reestructuración. Así, el título III del libro II "*Del Derecho Preconcursal*", que regula los nuevos planes de reestructuración, prevé que "*los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración votarán agrupados por clases de créditos*" (artículo 622 TRLR). Esto nos lleva a plantearnos ¿a qué clase pertenecen los créditos con aval público objeto de este artículo?

En primer lugar, el artículo 623 TRLR establece como obligatoria tan solo la creación de dos clases separadas: los créditos con garantía real del artículo 624 TRLR y los créditos de derecho público del artículo 625 TRLR. En este sentido, siempre y cuando nos encontremos ante créditos avalados, pero no ejecutados todavía, estos tendrán la consideración de pasivo financiero. Por el contrario, podría considerarse que, cuando los avales ya han sido ejecutados, los créditos derivados de su ejecución tendrían carácter de crédito de derecho público en tanto en cuanto el Ministerio sería el titular de ellos. Así, la Abogacía General del Estado⁵ entendió que nos encontramos ante créditos de derecho público.

No obstante, lo cierto es que desde el Real Decreto-ley 5/2021 estos créditos derivados de la ejecución de los avales han quedado excluidos, cerrando cualquier debate, de la clasificación de créditos de derecho público⁶, y la Ley 16/2022 insiste en su carácter financiero (lo que es, a su vez, consistente con la regla del artículo 623.4.2.º, en tanto que el aval público sería asimilable en la práctica a un seguro de crédito). Una vez sentado su carácter financiero, procede preguntarse si estos créditos conformarían una clase independiente en el marco de un plan de reestructuración o si se integrarían dentro de la clase que les correspondiese por su rango concursal, ordinario o privilegiado especial en función si se benefician de garantías reales.

Así, respecto de la formación del resto de clases, la Ley Concursal establece como criterio general la "*existencia de un interés común*", y precisa que existe interés común entre créditos de igual rango concursal (artículo 623 TRLR), dejando en cierto modo al arbitrio del deudor y de los acreedores la formación de clases. No obstante, la norma separa a los créditos del mismo rango en distintas clases cuando "*haya razones suficientes que lo justifiquen*". Y sigue: "*A estos efectos, se podrá atender, en particular (...) a cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración*".

En nuestra opinión, la normativa ha ido creando una categoría *sui generis* a efectos de la formación de clases. Algo que ha quedado todavía más confirmado si cabe, a raíz de la DA8 —de la que hablamos más adelante— al establecer un régimen particular para la aprobación de planes

5 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2022). *Nota sobre el régimen de cobranza aplicable a los avales otorgados en virtud de los reales decretos-leyes 8/2020 y 25/2020 en caso de concurso del deudor avalado*.

6 Reiteración que hace la Ley 16/2022: "*Los créditos derivados de los avales públicos regulados en esta disposición tendrán la consideración de crédito financiero, a todos los efectos previstos en la Ley Concursal, incluyendo la formación de clases y la exoneración del pasivo insatisfecho. Estos créditos tendrán el rango de crédito ordinario, sin perjuicio de la existencia de otras garantías otorgadas al crédito principal avalado, en que ostentará al menos el mismo rango en orden de prelación a los derechos correspondientes a la parte del principal no avalado*".

de reestructuración por parte de las entidades financieras que cuenten con un aval otorgado en virtud del Real Decreto-ley 8/2020, 25/2020 y 6/2022. Precisamente, por dicho interés común y por la dificultad que entrañaría dar un tratamiento diferenciado de las medidas que le puedan ser impuestas en un plan de reestructuración frente al resto de pasivos financieros, es por lo que dichos créditos deberían, en la práctica preconcursal, agruparse en una misma clase separada a efectos de evitar un arrastre horizontal en la votación de un plan de reestructuración.

1.7. La subrogación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital

La Ley 16/2022 ha cerrado el debate que surgió en la doctrina y en la jurisprudencia⁷ en cuanto al momento temporal en el que el Ministerio se subroga en la posición de las entidades financieras, concluyendo que dicha subrogación se produce desde la emisión del auto de declaración de concurso con independencia de que se haya iniciado o no la ejecución del aval⁸. Y, en un ejercicio de funambulismo jurídico, prevé que, a pesar de la subrogación, la entidad de crédito debe seguir representando los intereses del Estado a todos los efectos y bajo su responsabilidad, debiendo comportarse como un acreedor diligente en el proceso concursal y en la tareas de recuperación del crédito (tanto de la parte avalada como no avalada, porque recordemos que estas son indistinguibles).

2. Los planes de reestructuración para los créditos con aval ICO en el marco de la DA8

2.1. Introducción

La Ley 16/2022 ha introducido la DA8, que afecta al régimen de los avales públicos concedidos en el marco del COVID y la guerra en Ucrania⁹ y con un alcance que no había estado previsto inicialmente durante la tramitación del Proyecto de Ley. Así, el Proyecto de Ley de 14 de enero de 2022 se limitaba a ratificar el régimen de cobranza y la naturaleza de los avales conforme al Real Decreto-ley 5/2021 y los sucesivos Acuerdos del Consejo de Ministros.

Apareció, por primera vez en el Proyecto de Ley de 4 de julio de 2022 y se introdujo fuera del plazo de enmiendas (en concreto es calificada como "autoenmienda") por parte del Grupo Parlamentario Socialista e incorporada mediante el Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comi-

⁷ En un sentido, Sentencia del Juzgado nº2 de lo Mercantil de Coruña núm. 57/2022, de 7 de marzo y Sentencia del Juzgado nº9 de lo Mercantil de Barcelona núm. 99/2022 de 14 de enero. En sentido contrario, la Sentencia del Juzgado nº11 de lo Mercantil de Barcelona núm. 267/2022, de 4 de marzo.

⁸ La Ley 16/2022 reproduce en síntesis el contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 mayo de 2021 y zanja (i) la posible contradicción entre dicho Acuerdo del Consejo de Ministros (que clasifica el crédito como ordinario y regula la subrogación del Ministerio desde el auto de declaración de concurso) y el anterior TRLC (bajo el que este tipo de crédito podría clasificarse como contingente sin cuantía propia); y (ii) la posible vulneración del principio de jerarquía normativa derivada de interpretar que prevalecía el contenido del Acuerdo frente al TRLC, al haberse aprobado la modificación por una norma con rango de ley.

⁹ Recordemos que afecta a los avales públicos otorgados en el marco de los Reales-Decretos leyes 8/2020, 25/2020 y 6/2022.

sión antes de la remisión del texto al Senado. Posteriormente, en el Senado el Grupo Parlamentario Popular intentó eliminar los apartados 1, 2 y 3 de dicha DA8 argumentando que (i) contiene un tratamiento no paritario con los créditos de su clase (el resto de los créditos ordinarios); y (ii) se hace necesaria la autorización de la AEAT, lo que puede resultar poco eficiente y discrecional al no indicar qué criterios va a seguir para conceder o no dicha autorización¹⁰.

El apartado primero de la DA8 deja claro que estamos ante una disposición de tipo especial, prevaleciendo en caso de divergencia o conflicto con el resto de disposiciones del TRLC: *"En todo caso, en los procedimientos previstos en la Ley Concursal se deberán tener en cuenta las especialidades recogidas en la presente disposición"*.

Lo anterior no deja de ser sorprendente por cuanto la propia DA8 se remite a lo regulado en el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021, al Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 y a los sucesivos Acuerdos del Consejo de Ministros de desarrollo de estos, lo que ha generado en algunos casos cierta confusión interpretativa.

2.2. Materias excluidas de los planes de reestructuración

El apartado 3.a) de la DA8 regula aquellas materias que no pueden ser objeto en ningún caso de los nuevos planes de reestructuración o propuestas de convenio. La primera parte —*"los planes de reestructuración, continuación o propuestas de convenios que puedan afectar a los créditos derivados de estos avales públicos no pueden imponer ninguno de los contenidos siguientes (...)"*— lleva a plantearse, en primer lugar, si en el caso de que los contenidos descritos fueran acordados y aceptados por todas las partes del convenio o plan de reestructuración, estos podrían llegar a formar parte de él.

La respuesta se deduce de la lectura conjunta del apartado a) junto con la primera parte del apartado b), que señala aquellos casos que sí pueden ser objeto de votación por parte de las entidades financieras, *ergo* se deduce que los casos señalados en el apartado a) anterior no pueden ser en ningún caso objeto de propuesta o votación.

Es decir, no será legal que un plan de reestructuración pretenda imponer estas medidas a los créditos avalados (con independencia de la opinión que pueda tener la AEAT al respecto), con la una única salvedad de que las entidades avaladas renunciasen a los avales. Aquí se nos plantea una duda que puede tener su relevancia: ¿es necesario que las entidades renuncien al aval antes de apoyarlo? o ¿es suficiente con que la renuncia esté condicionada a la efectividad del plan y a su posterior homologación en los casos previstos en la ley?

Nosotros nos inclinamos por la segunda opción, por cuanto no se pretenden imponer efectos a los créditos avalados, sino única y exclusivamente si el plan sale adelante y, en su caso, se homologa con las mayorías que resulten aplicables, lo que es congruente con la letra y el espíritu de la ley,

¹⁰ *"Se propone la eliminación de los apartados 1, 2 y 3, ya que buscan restringir y condicionar el voto respecto de los créditos derivados de los avales públicos, al exigir el permiso expreso de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, así como limitar lo que se le puede imponer, evitando un arrastre en caso de que la mayoría se pudiera obtener sin tener en cuenta los créditos garantizados por el ICO."* Recuperado de https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_14_363_3274.PDF

que, además, no incluye la previa autorización de la AEAT (como una suerte de consecuencia que aceptarían las entidades avaladas por apoyar un plan que contenga alguna de esas medidas).

En este sentido, las materias “prohibidas” en un plan de reestructuración son las siguientes: (i) el cambio de la ley aplicable; (ii) el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; (iii) la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o (iv) 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.

De la comparativa resulta que la Ley 16/2022 ha establecido un régimen para los créditos avalados por el ICO que se asemeja más al establecido para los créditos públicos que al de los créditos financieros, puesto que las materias excluidas del plan de reestructuración son las mismas que las contenidas en el artículo 616 bis TRLC para el crédito público, con la particularidad de que en el caso de los créditos avalados sí se permite la reducción de su importe, esto es, las quitas, si bien es necesaria la autorización de la AEAT para que las entidades financieras puedan votar a favor de un plan de reestructuración, como veremos a continuación.

Lo anterior hace que, aunque la Ley 16/2022 califique al crédito como pasivo financiero y como crédito ordinario a efectos concursales, lo cierto es que en la práctica pareciera que, en algunos casos, cuenta con unas prerrogativas que lo acercan más a un crédito público (incluso podríamos decir “cualificado”)¹¹.

2.3. De los planes de reestructuración para los créditos avalados por el ICO

Las modificaciones de créditos avalados que sí puede contemplar un plan de reestructuración se encuentran en el apartado 3.b) de la DA8: fraccionamientos, aplazamientos (ambos también conocidos como esperas) y quitas. En estos casos, para que las entidades financieras puedan votar a favor de esas modificaciones, será necesario que obtengan antes la autorización de la AEAT, para lo cual se ha habilitado un procedimiento telemático, que será resuelto por parte del director del Departamento de Recaudación¹².

La DA8 establece consecuencias diferentes para los casos en los que se haya obtenido la autorización de la AEAT y aquellos casos en los que haya sido denegada (o esta no se haya solicitado o, habiéndose solicitado, no se haya recibido contestación). A su vez, distingue entre los supuestos previos a la ejecución del aval y aquellos casos en los que el aval ha sido ejecutado. Recordemos en este punto que (salvo en financiaciones *bullet*) lo habitual será que en una financiación avalada se produzcan tantas ejecuciones del aval como cuotas de principal estén previstas en su calendario de amortización.

¹¹ SÁNCHEZ VELO, Luis M. (2022). La reforma del texto refundido de la Ley Concursal y algunos de los peligros que la acechan. El Derecho.com. Recuperado el 20 de septiembre de 2022 de <https://elderecho.com/reforma-texto-refundido-ley-concursal-peligros-que-acechan>.

¹² <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientos/RL06.shtml>.

Lo anterior supone que un mismo crédito avalado puede encontrarse en ambas situaciones, es decir, que por un lado se hayan producido impagos de principal y ejecuciones parciales del aval y, por otro lado, que aún no hayan tenido lugar las fechas de amortización ordinaria del resto del crédito y, por lo tanto, el aval por la parte no vencida (no al menos de forma ordinaria conforme a calendario) se encuentre vivo.

A. Régimen ordinario

Hemos considerado necesario distinguir entre un régimen ordinario y una situación de arrastre (que se encuentra explicada en el apartado (B) de esta sección), debido a que —como veremos— la DA8 parece haber creado esta disposición sobre la base de que el voto de las entidades financieras en estos planes de reestructuración es decisorio en todos los casos. No obstante, y como desarrollaremos en el apartado siguiente, esto no tiene por qué suceder siempre.

Así, el régimen ordinario que establece la DA8 puede ser explicado partiendo del siguiente ejemplo práctico: un plan de reestructuración cuyo objeto es aprobar una quita del 10 % para un crédito avalado al 70 % con un nominal de un millón de euros:

- i. Si las entidades financieras obtienen la autorización de la AEAT y el aval no se ha ejecutado, este no resultará en ningún caso perjudicado. En cambio, si el aval ya ha sido ejecutado (o parte de él), esto es, si las entidades financieras han cobrado el importe avalado por el ICO, las medidas que posteriormente se establezcan en el plan sí afectarán al Ministerio a la hora de recobrar dicho importe, de tal forma que la entidad y el Ministerio asuman a prorrata la quita respetando el rango *pari passu* del crédito.

En nuestro ejemplo, el importe del crédito avalado tras la quita seguirá siendo exigible frente al ICO por la entidad financiera por la cantidad de 700.000 €. Sin embargo, como consecuencia de la quita, el nominal del crédito se habrá visto reducido frente al deudor a 900.000 €, de los cuales al Ministerio le corresponderán únicamente 630.000 € (es decir, el 90 % de la parte avalada del crédito), mientras que a la entidad financiera le corresponderán 270.000 € (el 90 % de la parte no avalada del crédito), de forma que ambos asumen la quita por igual conforme a dichos porcentajes.

En este punto, es interesante suscitar que, para obtener la autorización de la AEAT, las entidades bancarias podrían ofrecer, dentro del plan de reestructuración, un tratamiento del aval público que favorezca la posición de la AEAT tras la aprobación de dicho plan. Por ejemplo, las entidades financieras podrían ofrecer una reducción del importe del crédito cubierto por el aval público, a cambio de obtener la autorización de la AEAT para votar a favor del plan de reestructuración que prevé una quita, manteniendo el aval (minorado) por el importe restante del crédito. En síntesis, las entidades financieras podrían aprovechar que es necesaria la autorización de la AEAT para proponerle medidas que en la práctica faciliten su autorización y la reestructuración del crédito.

Aunque la ley parezca limitar considerablemente las posibilidades de reestructuración, creemos que hay bastante campo para proponer soluciones creativas que ayuden a sortear los inconvenientes de la norma.

- ii. (Si las entidades financieras no obtienen la autorización de la AEAT (bien sea porque la deniega o no contesta o no se solicita), pero deciden igualmente votar a favor del plan y el aval no ha sido ejecutado totalmente, ello determina el perjuicio del aval¹³. Es decir, el plan de reestructuración saldrá adelante para la totalidad del crédito con la quita del 10 %, pero perdiendo el aval público por la parte no ejecutada. En este punto, cabría plantear si no habría sido más lógico que el perjuicio del aval se predicara únicamente respecto de la parte del crédito afectada por la quita o espera, de manera que la parte restante del crédito mantuviera la cobertura del aval.

En cambio, en caso de que el aval hubiera sido ejecutado (en todo o en parte), el legislador parece querer que se extienda a favor del Ministerio una inmunidad que le permitirá conservar su derecho a cobrar la totalidad del crédito avalado en el que se haya subrogado frente al deudor (esto es, el 70 % del millón en nuestro ejemplo, es decir, 700.000 €). Por el contrario, la entidad financiera sí tendría que asumir la quita del 10 % sobre la parte no ejecutada (teniendo tan solo derecho a exigir del deudor 270.000 € y no 300.000 €).¹⁴ En este sentido, la DA8 parece que busca evitar que las entidades financieras tras obtener el cobro del importe avalado se sientan tentadas a aprobar una medida (como pudiera ser una quita), en perjuicio del Ministerio, que ha adelantado previamente la totalidad del importe avalado.

B. Arrastre por terceros acreedores

Como hemos adelantado, la DA8 parece estar pensando en una situación donde el crédito avalado por el ICO tendría mayoría (o al menos sería necesario) a la hora de aprobar un plan de reestructuración. No obstante, no tiene en cuenta que dentro del pasivo afectado por el plan de reestructuración esta categoría de créditos podría verse arrastrada por otras clases de acreedores.

Como ya hemos señalado, no creemos que pueda tener lugar con esta tipología de créditos un arrastre interclase o *intra-class cramdown* (salvo por el supuesto que explicaremos en el apartado C), porque tal y como venimos sosteniendo, no comparten un interés común con el resto de los créditos ordinarios y creemos que deberán ser una clase separada, pero sí podría tener lugar lo que en el derecho anglosajón se conoce como *cross-class cramdown*¹⁵ o arrastre entre clases.

¹³ "La falta de autorización previa de la Agencia Estatal de Administración Tributaria determinará el perjuicio del aval, en la parte que no hubiera sido ejecutada (...)".

¹⁴ "O, en otro 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 o convenio produzca efectos frente al mismo*".

¹⁵ Concepto desarrollado en 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.

Dicho supuesto cambia totalmente el paradigma de actuación de las entidades financieras que cuentan con créditos avalados por el ICO, ya que podría aprobarse un plan de reestructuración sin la autorización de la AEAT, en el que la entidad financiera, no obstante, no ha votado a favor o incluso ha votado en contra, pero se ha visto arrastrada por los restantes acreedores.

Cuestión distinta es si las entidades financieras tendrían que votar también en contra o abstenerse de votar en relación con otras financiaciones (no avaladas) para que no se pudiera alegar que con su actuación se facilitó la aprobación de un plan de reestructuración. Creemos que esta interpretación no puede sostenerse, porque implicaría exigir a la entidad un comportamiento más allá de las posiciones que cuenten con avales ICO. Y aquí, probablemente en más de un caso, la entidad no habría aceptado el aval del ICO de saber que estaría condicionando su margen de actuación respecto del resto de sus posiciones.

¿Cómo pensamos que es de aplicación el régimen de la DA8 en estos casos de arrastre? El resumen es que creemos que, en definitiva, cuando las entidades financieras se comporten de manera diligente recabando la autorización de la AEAT, pero se vean arrastradas en la votación del plan de reestructuración, las consecuencias deben ser las mismas que las señaladas en el apartado A.i.

Pensemos el mismo supuesto anterior: un plan de reestructuración para aprobar una quita del 10 % del crédito de un millón de euros avalado al 70 %. La diferencia ahora está en que el porcentaje del crédito avalado por el ICO objeto de la reestructuración es minoritario con respecto a las restantes clases de acreedores. Esto es, aunque las entidades financieras votasen en contra del plan o se abstuviesen de votar (de conformidad con el criterio de la AEAT), el crédito avalado por el ICO podría verse arrastrado por el restante porcentaje mayoritario, al ser indiferente su voto para sacar adelante dicho plan de reestructuración.

- i. Si el aval ha sido ejecutado en el momento de la aprobación del plan de reestructuración, volvemos a la dicción literal del apartado 3.b) en su inciso final, que parece evitar que la Administración Pública se vea afectada por la quita, conservando la totalidad de los derechos de cobro (es decir, el 70 % avalado). No obstante, como hemos dicho anteriormente, la DA8 parece haber considerado tan solo el supuesto del apartado A.ii anterior, donde, tras la ejecución del aval, son las propias entidades avaladas las que deciden sacar adelante un plan con una quita o espera (habiendo cobrado previamente el importe del crédito correspondiente).

La diferencia aquí con respecto al caso ordinario es que, en este caso, se ha aprobado el plan de reestructuración sin intervención activa de las entidades financieras. Es aquí donde cobra especial relevancia el artículo 16.3 del Real Decreto-ley 5/2021 (ratificado por la DA8), que señala que la Administración pública podría resultar afectada por el plan de reestructuración aprobado¹⁶. Creemos que precisamente el Real Decre-

¹⁶ Así, la Ley 16/2022: "Los avales públicos otorgados al amparo de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, [...] se regirán por 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 [...]".

to-ley 5/2021 con este inciso parece estar pensando justamente en el caso de arrastre y posterior aprobación y homologación del plan.

De todo lo anterior concluimos que el Ministerio sí se vería afectado por el plan de reestructuración. En nuestro ejemplo, el Ministerio podría exigir al deudor tan solo 630.000 € y la entidad financiera 270.000 €, asumiendo ambas la quita del 10 % conforme a la regla de *pari passu*.

A pesar de ello, creemos que habría sido deseable diferenciar ambos supuestos con el objetivo de evitar generar una gran inseguridad jurídica para todos los operadores en cuanto a sus pautas de actuación.

- ii. Si el aval no ha sido ejecutado en el momento de aprobación del plan de reestructuración, la DA8 establece que *"La falta de autorización previa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria determinará el perjuicio del aval, en la parte que no hubiera sido ejecutada [...]"*. De nuevo, parece estar pensando en aquel caso donde la entidad financiera no recibió la autorización de la AEAT y aun así votó a favor del plan de reestructuración. Como ya hemos mencionado, parece estar claro que en este caso la consecuencia es la pérdida del aval.

No obstante, en el caso de arrastre de la entidad financiera con aval ICO, que ha votado en contra o se ha abstenido de votar, aun habiendo ajustado su conducta a lo requerido por la Administración, conforme a una interpretación estricta del sentido de la autorización (donde la autorización no se entiende ligada al voto favorable al plan), la entidad financiera perdería el aval y se vería arrastrada por el plan de reestructuración.

En nuestra opinión, sin embargo, parece razonable entender que no se perjudicaría el aval, puesto que, tal y como expresa la exposición de motivos de la Ley 16/2022, el objetivo de dicha reforma es *"facilitar la reestructuración de empresas viables"*.

En el caso contrario, asumir que, aun cuando las entidades financieras actúan diligentemente (no votando o haciéndolo en contra), ven su derecho perjudicado sería tanto como conceder un poder discrecional a la AEAT para sancionar con la pérdida del aval a la entidad financiera, que no ha llevado a cabo ninguna actitud reprochable (y cuyo comportamiento devendría irrelevante en el resultado de la votación).

En conclusión, en este supuesto la entidad financiera no perdería el aval, conservando el derecho a ejecutar el aval por importe de 700.000 € (o lo que es lo mismo, el 70 % del crédito sin aplicar la quita). Es decir, sucedería lo mismo que en el caso en que se aprueba el plan de reestructuración con autorización de la AEAT (caso A.i anterior), por lo que el Ministerio tan solo podrá exigir al deudor el 70 % del importe del crédito una vez aplicada la quita (es decir, 630.000 €) y la entidad el 30 % del importe una vez aplicada la quita (es decir, 270.000 €).

Eso sí, recordemos que en estos casos la entidad solo podrá recuperar el importe avalado conforme al calendario original de pagos, conforme a lo que podríamos llamar el calendario avalado por el ICO, que puede o no coincidir con el calendario que resulte de la homologación del plan de reestructuración.

Los supuestos pueden complicarse, en función del calendario de pagos, del importe avalado, del importe obtenido en fase de liquidación, etc., pero la conclusión siempre es la misma:

- En caso de no ejecución del aval, el perjuicio no debe poder ser alegado indiscriminadamente porque ello sería tanto como otorgar a la Administración pública una facultad sancionadora sin que exista una conducta reprochable. El perjuicio del aval solo debe predicarse en aquellas situaciones en que la entidad lleva a cabo una actuación (o a lo sumo una omisión) que, de no haberse realizado, no hubiera permitido aprobar el plan.
- En caso de ejecución del aval, la dicción literal de la DA8 parece querer evitar que el Ministerio se vea afectado por una quita o espera aprobada por las propias entidades financieras cuando estas han cobrado el importe avalado del ICO y, por tanto, el Ministerio se ha subrogado (es decir, podríamos decir que por una actuación de mala fe).
- No obstante, creemos que, en casos de arrastre en los que no ha habido conducta reprochable por parte de la entidad financiera, los efectos de la aprobación de un plan de reestructuración deben afectar también al crédito que ostente el Ministerio, subrogándose, por tanto, en la misma posición y en las mismas circunstancias que tenía hasta entonces la entidad financiera.

C. Arrastre entre las propias entidades avaladas

Por último, queremos plantear un escenario que tal vez sea de laboratorio, pero que es posible. Imaginemos una situación en la que la AEAT ha denegado su aprobación y los créditos avalados por el ICO conforman una única clase (como defendemos que debería suceder en la mayoría de los casos, si no en todos ellos). Sin embargo, unas entidades se encuentran a favor de sacar adelante el plan, incluso cuando ello suponga perjudicar y perder su aval, mientras que otras no quieren apoyarlo sin la autorización de la AEAT, y esta no llega o es denegada.

Supongamos que las primeras son mayoría y el plan puede salir adelante con el arrastre intraclase, es decir, por la mayoría preceptiva obtenida en dicha clase. Este sería otro caso en que, a nuestro juicio, los créditos avalados que están en contra de la reestructuración serían arrastrados por los que están a favor (si bien es cierto que a costa de perder los avales por parte de las entidades que apoyen la reestructuración) y, por supuesto, las entidades avaladas que voten en contra no deberían ver perjudicado su aval y, por lo tanto, deberían conservar su derecho a cobrar del Estado el 100 % del importe avalado original (conforme a su calendario avalado de amortización de principal).

Más discutible es el hecho de si esta treta podría usarse para arrastrar a los créditos que se deriven de ejecuciones de avales, por cuanto jurídicamente ya se habría subrogado el Ministerio (aunque el *fronting* siga obligada a hacerlo la entidad) y recordemos que el apartado (b) de la DA8 parece que inmuniza al Ministerio de los efectos del plan (a favor, en cambio, el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021 que sí lo considera "afectable" a efectos de la homologación judicial).

2.4. De la obligación de compartir garantías

Para finalizar este apartado, queremos hacer una breve mención, entre otras notas que han tratado esta cuestión, a la nota informativa del ICO emitida en mayo de 2022 a propósito de cuestiones planteadas por varias entidades financieras y que vino a sustituir una nota previa de 23 de febrero de 2022.

Resumiendo mucho, porque no es el objeto de este artículo, la nota exige que las nuevas garantías que tomen las entidades financieras avaladas en nuevas operaciones de financiación a favor de un deudor que cuente con financiaciones previas con aval ICO otorgadas por la misma entidad se compartan también con la financiación ICO. Se regulan determinadas excepciones en las que no procede compartir garantías.

No está claro que el contenido de estas notas informativas tengan carácter vinculante (salvo si se ha incorporado a los contratos marco vía adendas suscritas por las entidades), ni que sea, por lo tanto, exigible frente a las entidades financieras tampoco cómo conjugar este nuevo requisito con la DA8; pero, *a priori*, no serían incompatibles, si bien aumentará la dificultad de aquellas reestructuraciones que cuenten con pasivo avalado por el ICO. Pensemos, sin más, en un plan de reestructuración que prevea la inyección de nueva liquidez, ¿estarían las entidades financieras dispuestas a aportarla si ello supone compartir garantías con financiaciones con aval ICO viejas?

3. La posible vulneración del principio de seguridad jurídica ante el desarrollo normativo de los avales ICO

Como hemos visto, la DA8 introduce un régimen de autorizaciones en materia de planes de reestructuración que, *de facto*, viene a cambiar el régimen preconcursal de los créditos avalados por el ICO. Ello se debe a que, aunque la DA8 reitera la clasificación dada por el Real Decreto-ley 5/2021 de "crédito financiero", en la práctica impone unos requisitos asociados a los créditos de derecho público, o incluso más estrictos con el consiguiente perjuicio para el aval que pudiera derivarse en función de la actuación de la entidad financiera. Y no solo eso, recordemos que el Código de Buenas Prácticas permitía la conversión de estos préstamos en participativos (cierto es que solo para importes reducidos de ayuda pública), pero esta posibilidad ha quedado excluida por medio de la DA8 en fase de convenio y para los planes de reestructuración.

En suma, los créditos otorgados bajo la regulación anterior y que continúan vigentes están sufriendo un cambio en su régimen jurídico aplicable, lo que nos lleva a preguntarnos si esto puede

ir en contra de los principios consagrados en el artículo 9.3 CE, que, como es de sobra conocido, recoge, junto con el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, el principio de seguridad jurídica.

En cuanto a la prohibición de retroactividad, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación muy restrictiva de la norma, señalando que solo se deriva cuando se infringe *"un castigo (...) a determinadas personas o colectivos por una conducta previa"*¹⁷. Por ello, no parece posible sostener que, bajo esta interpretación, la DA8 entre dentro de la prohibición de retroactividad que enuncia la Constitución.

Sin embargo, aunque una disposición retroactiva no pueda ser calificada como sancionadora, dicha retroactividad puede ser tal que vulnere la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento. En particular, este cambio normativo podría ser contrario al principio de seguridad jurídica en su vertiente de confianza legítima, dado que *"el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles"*¹⁸.

A la hora de analizar si una disposición normativa es contraria al mencionado principio, el Tribunal Constitucional sostiene que el principio de confianza legítima solo puede actuar como límite si previamente ha existido una situación de confianza efectiva merecedora de protección y si lesiona derechos y no meras expectativas. Volviendo a nuestro caso, fueron precisamente el Real Decreto-ley 5/2021 y el propio Código de Buenas Prácticas los que sentaron una expectativa razonable que se ha visto frustrada por un régimen del todo imprevisible que ha dado un giro de 180 grados al anterior¹⁹.

La confianza que todos los operadores (entidades de crédito, fondos e incluso los propios deudores) depositaron en los créditos avalados por el ICO se está viendo dañada ante un régimen que desnaturaliza su carácter tal y como se había configurado hasta la fecha, y es posible argumentar que, a la vista de estos criterios, la DA8 podría ser contraria al artículo 9.3 CE en lo que respecta a la seguridad jurídica en su vertiente de confianza legítima.

4. Conclusiones

Los créditos avalados por el ICO al amparo de las sucesivas líneas establecidas desde marzo de 2020 han constituido un instrumento de financiación muy utilizado por compañías españolas, hasta el punto de alcanzar un volumen tal que los convierte en elemento clave del pasivo de muchas de ellas y, por ende, en cualquier proceso de reestructuración de su deuda.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 51/2018, de 10 de mayo.

¹⁸ Entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 51/2018, de 10 de mayo y 126/1987, de 16 de julio.

¹⁹ Fundamentalmente, como hemos señalado, en cuanto a (i) la clasificación del crédito; (ii) la lesión derivada del posible perjuicio del aval a raíz de la necesidad de solicitar la autorización de la AEAT; y (ii) la imposibilidad de acordar su conversión en participativos en un plan de reestructuración o propuesta de convenio.

Pese a su normativa constitutiva, los convenios suscritos entre las entidades avaladas y el ICO, el Real Decreto 5/2021 y el Código de Buenas Prácticas configuraron y asentaron su naturaleza como pasivo financiero refinanciable, y la Ley 16/2022 ha venido a introducir una serie de reglas que alteran dicho entendimiento y suscitan variados interrogantes en el contexto de los planes de reestructuración.

Aunque lo deseable es que la AEAT y el Ministerio alcancen un consenso con las principales entidades financieras sobre la aplicación de la DA8, a lo largo de este artículo hemos tratado de anticiparnos, y hemos pretendido arrojar luz sobre el esquema normativo resultante tras la Ley 16/2022 en relación con los créditos avalados por el ICO, realizando una labor interpretativa, suscitando posibles escenarios no previstos en la DA8 y proponiendo soluciones constructivas de cara a las reestructuraciones que se esperan en adelante, manteniendo como propósito último de la interpretación el fin perseguido por la norma: *“facilitar la reestructuración de empresas viables”*.