

Concursal

Avales ICO en el concurso y en el precurso

El Estado aguza el ingenio para no perder todo con los avales del Instituto de Crédito Oficial (ICO).

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción a la reforma de 28 de diciembre del 2022

Apenas se ha secado la tinta con la que se escribió la disposición adicional 8.ª del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) por la Ley 16/2022, y ya el Gobierno nos regala el 28 diciembre una nueva norma relativa a los avales del Instituto de Crédito Oficial (ICO) regulados en los reales decretos leyes 8/2020, artículo 29; 25/2020, artículo 1; 6/2022, artículos 29-30; 5/2021, artículo 16, y en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo del 2021. De momento (esperamos corrección de erratas en el BOE) el artículo 105 del Real Decreto Ley 20/2022 procede con técnica deficiente porque incorpora una norma nueva, pero

no da una nueva redacción a la disposición adicional 8.ª del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Reparemos en que la sustancia de la regulación *jurídico-privada* que se realiza en todas estas normas consiste en constituirse en un régimen de *excepción* del régimen general de cobro o recobro de los créditos de derecho público (en este caso, los que corresponderían al Estado avalista en vía de regreso contra el deudor principal, y, en su caso, contra el acreedor avalado) que se contiene en los artículos 10.1 y 116 bis de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003) y en los artículos 280.4.º, 317.2, 318, 325,329, 488.3, 489, 605, 616.2, 616 bis, 671 y 698.6 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

En la regulación del Real Decreto Ley 20/2022 destaca como novedad la posibilidad de que sea directamente la Abogacía del Estado la que represente y gestione los créditos «subrogados» en el concurso o precurso y la que ejerza directamente derechos de voto en planes de continuación o propuestas de convenio. Sin embargo, no es de esto de lo que me voy a ocupar aquí, sino, paradójicamente, de aquella parte de la norma que no ha cambiado con el tiempo o (en apariencia) ha cambiado poco. Con todo, la novedad fundamental de esta norma merece una reflexión de alcance más general, y es que el acreedor que opera sin riesgo no puede internalizar eficazmente las ventajas ni los costes de sus decisiones (voto, adhesión). El deudor de refuerzo con «bolsillo profundo» en seguida aprecia que el acreedor principal carece de incentivos para optimizar la suerte del crédito. Claro es que esto tenía que haber sido tenido en cuenta en todas las situaciones de concurrencia entre la actualidad del crédito principal y la contingencia del crédito de regreso, como es el caso del artículo 628.2. No se ha hecho así y la solución que se ha seguido de incentivar al acreedor principal a que vote en contra del convenio o plan no es la mejor manera de mostrar el compromiso con el crédito. Es un absurdo pedir la autorización de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el apartado 7, II, sólo si se va a votar en favor de la propuesta. Es verdad que el absurdo es menor si el acreedor principal todavía retiene un 20 % del riesgo de crédito.

2. Tres normas del Real Decreto Ley 20/2022

Lo que deberá ser el contenido de la disposición adicional 8.^ª de la Ley 16/2022 (TRLR) cuando se haga la correspondiente corrección de erratas del artículo 105 del Real Decreto Ley 20/2022, y en la parte que aquí más interesa, será como sigue:

[...]

2. Los créditos derivados de los avales públicos [ICO] [...] 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.

[...]

5. El auto de declaración de concurso y el auto de apertura del procedimiento especial para microempresas del deudor avalado, independientemente de que se haya iniciado o no la ejecución del aval o se haya producido pago al acreedor principal, producirán la subrogación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital por la parte del crédito principal avalado, en particular, para que se ejercite la adhesión u oposición a las propuestas de convenio o el derecho de voto en los planes de continuación conforme a lo previsto en el apartado 6 de la presente disposición.

[...]

7. En los planes de reestructuración corresponderá en todo caso el derecho de voto a la entidad financiera titular del crédito principal avalado. Este derecho de voto se emitirá de forma separada por la parte del crédito avalado respecto de la parte restante del crédito no avalado que corresponde a la entidad financiera.

El apartado 2 permanece inalterado en la reforma del Real Decreto Ley 20/2022. El apartado 7 es nuevo (no sólo en la enumeración) en su segundo inciso, que es el que nos importa. El apartado 5 va más allá del apartado 4 del Texto Refundido de la Ley Concursal, puesto que ahora la subrogación en favor del Ministerio de Economía se producirá a todos los efectos desde la apertura del concurso y no «a los solos efectos de su intervención en el concurso». Pero no es enteramente nuevo, pues la norma actual casi reproduce el contenido del apartado tercero del anexo II del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo del 2021, cuyo tenor era el siguiente (el texto destacado en *italica* no ha sido reproducido en la Ley 16/2022 ni en el Real Decreto Ley 20/2022):

El auto de declaración de concurso, independientemente de que se haya iniciado o no la ejecución del aval, producirá la subrogación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en las operaciones de financiación de los avales. A estos efectos, las entidades financieras adoptarán los acuerdos y anotaciones que resulten necesarios como consecuencia de esta subrogación y harán las comunicaciones oportunas también al cliente y al ICO, dentro de la normativa y régimen aplicable a estos avales. *La subrogación no supondrá obligación alguna de ICO con el deudor* y las entidades financieras seguirán en todo caso gestionando el conjunto de la operación financiera, incluyendo la parte del principal subrogado, en los términos acordados en el contrato marco con ICO conforme a los Acuerdos de Consejo de Ministros aplicables.

Voy a hacer tres observaciones (no las únicas posibles) sobre esta selección normativa que cierra por ahora la larga historia de incertidumbres que han seguido estos avales en las normas y en los pleitos.

3. Financiero, ordinario, con el mismo rango

El confuso segundo inciso del apartado 2 seguramente quiere (y quería) decir que, si el crédito principal avalado gozase de otra garantía (real) que mejorase su rango, de ese mismo rango gozará el crédito de regreso público, de forma que este crédito tendrá la misma calificación que la parte (20 %) no avalada por el ICO, en la que no se produce regreso.

Más explícito era el apartado quinto del anexo II del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo del 2021: «con carácter general, y sin perjuicio de la existencia de garantías otorgadas a estos préstamos, compartidas *pari passu* entre la entidad financiera y el ministerio titular del aval, el crédito avalado por el ministerio ostentará al menos el mismo rango en orden de prelación a los derechos correspondientes a la parte del principal no avalado».

- *Comentarios*

§ 1. Esta igualdad de rango es independiente de que el Estado se haya subrogado o no *ex lege* en el supuesto del apartado 5 (auto de declaración de concurso y auto de apertura de procedimiento especial para microempresas).

§ 2. Pero ¿podrá degenerar el crédito de público a subordinado si posteriormente degenera de esta forma el crédito de la entidad financiera? Parece que

no, porque por disposición legal estos créditos tendrán (como poco) rango ordinario. Por tanto, el artículo 263.2, II, del texto refundido no se aplica, con independencia de si el crédito «público» es o no contingente.

§ 3. Esta regla de equiparación automática impediría, parece, que el plan del artículo 616.3 pudiera no atribuir a ambos créditos el mismo rango dentro de la misma clase.

§ 4. Pero ¿cuáles son los créditos concurrentes del mismo rango? Cuando el Estado no se subroga *ex lege*, la regla *pari passu* se aplica a dos créditos distintos: el de la entidad contra el deudor afectado por el plan y el de regreso del Estado contra este deudor después del pago a la entidad. En realidad, estos créditos se suceden, pero no concurren en el tiempo. Pero, si se ha producido la subrogación *ex lege* del apartado 5, la igualdad de rango y condiciones no requiere regla alguna: el crédito del Estado «directo» contra el deudor por el 80 % tiene el mismo rango que el crédito directo de la entidad financiera por el restante 20 %.

§ 5. Vamos a partir del caso de que exista *pari passu* sin subrogación del Estado. ¿Y si el banco prestamista se procuró una garantía real cumulativa limitada a cubrir la parte del crédito no avalada por el ICO? Quizá la garantía que pudo conseguir del deudor no daba para más que para cubrir la parte no avalada. Imaginemos que la parte no avalada es veinte y el banco se procura una garantía real con una responsabilidad limitada a veinte por la parte del crédito no avalada. ¿Tiene que repartir

con el ministerio estos veinte para que se imputen proporcionalmente a las partes avaladas y no avaladas? No lo creo.

§ 6. Pero ¿y si la garantía de responsabilidad limitada se constituye precisamente para los veinte no avalados, pero *no como parte separada del crédito*? Es decir, simplemente, garantía real por veinte. Entonces rige la regla de reparto *pari passu*. Igual rige si la garantía se constituye sin máximo de responsabilidad ni división de la deuda, pero resulta que su «valor razonable» no excede de la parte no avalada.

§ 7. Imaginemos, por el contrario, que la garantía real es de cobertura total. ¿No podrá el banco ejecutar previamente esta garantía antes de acudir al aval del ICO? Parece que sí, porque el crédito público no sale perjudicado. Pero ¿cómo podrá el banco tomar esta decisión a partir del auto de declaración del concurso si ya el crédito no le pertenece ni, por tanto, las garantías reales de éste? Porque no parece que una decisión de este tipo pertenezca al poder delegado en las entidades por el párrafo II del apartado 5 y por el primero del apartado 3.

§ 8. A tenor del apartado sexto *in fine* del Acuerdo del Consejo de Ministros del 2021 ya reseñado, las entidades financieras abonarán al ICO el porcentaje, «en *pari passu*, de las recuperaciones equivalentes al riesgo avalado que, en su caso, realicen de los importes impagados». No se entiende el sentido de la regla. Parece que se trata de lo siguiente: si el deudor fallido en parte pagó algo de su deuda, la entidad no puede imputar el pago a la parte no avalada

de su crédito, sino distribuirlo a prorrata. Si, en el caso anterior, el ICO pagó el déficit y se subroga por el artículo 1839 del Código Civil (CC), tiene derecho a la cuota de regreso *pari passu* con el resto del crédito no avalado, es decir, se producirá el supuesto de hecho contrario al establecido en el artículo 1213 de dicho código.

§ 9. Un tercer sentido de la regla *pari passu* se contiene en la exposición de motivos de la Ley 16/2022, apartado VIII, que no se incorporó al texto legal ni está tampoco en el Real Decreto Ley 20/2022: «En caso de que se produzcan pérdidas como consecuencia del impago de las operaciones avaladas, el Estado y las entidades financieras las asumirán de manera proporcional al nivel de cobertura del aval». Esto equivale a la regla que acabamos de glosar proveniente del Acuerdo del Consejo de Ministros, que, por cierto —queda dicho—, no está incorporada en la norma vigente ni debe entenderse implícita en el apartado 2 de la norma nueva.

§ 10. El Estado tiene «derecho al rango» correspondiente a la garantía real de refuerzo que pudiera existir. Pero el Estado no tiene una pretensión protegida de que la garantía real sea de determinada condición. Quiero decir, el Estado toma el rango de esta garantía en el estado en que se encuentra, en que se adquiere por el acreedor. Por ejemplo, es una garantía real de segundo rango, es una garantía sin valor, es una garantía con pactos de subrogación preferente de terceros, etc. Una vez que el aval ha sido prestado, la garantía real no puede ser modificada *in peius*, siempre que en este momento la garantía real estuviera

en el patrimonio del acreedor financiero y, por ende, en el horizonte del crédito de regreso.

4. La subrogación *ex lege*

La subrogación automática del apartado 5 opera ahora con independencia del pago —lo que siempre pretendió la Administración y le negaron casi siempre los jueces—. Es una forma de decir a los bancos que renuncien a cualquier forma de gestionar su crédito distinta del pago por el Estado avalista. Entre otras consecuencias que esta norma arrastra figura la de que el deudor concursado se encontrará negociando frente a frente con crédito público en situación de concurso en lugar de con crédito privado, con la inflexibilidad de los términos de la negociación.

- *Comentarios*

§ 11. Pero ¿es realmente una subrogación (auténtica) *ex lege*? Según el apartado 3, las entidades financieras son «las titulares del crédito principal avalado», y esta declaración no parece que esté excepcionada en el supuesto del apartado 5. Lo confirma el propio tenor de este precepto cuando instrumentaliza la subrogación «en particular para que se ejercite la adhesión u oposición». Ello sugiere que en las entidades financieras queda todavía una especie de titularidad residual.

§ 12. Esta subrogación *ex lege* previa al pago por el fiador no cumple ninguna función práctica que no hubiera podido conseguirse mediante una (todavía mayor) atadura de la discrecionalidad de voto del acreedor principal. ¿Será para que el crédito «público» no se limite a ser un crédito contingente? Bastaría con

vincular con límites y autorizaciones a las entidades financieras, sin «derogar» el artículo 261.3 del texto refundido, como, por demás, se hace en el Real Decreto Ley 20/2022 también para los créditos en que no se produce subrogación. Parece mentira la cantidad de tiempo que se ha estado luchando en el *Boletín Oficial del Estado* para una minucia de este tipo, que no pasa de ser un emblema decorativo.

§ 13. La negociación de planes de reestructuración no comporta subrogación de ningún tipo. El Estado no se subroga *ex lege* si no se ha producido la apertura del concurso. Entonces, deberían aplicarse los artículos 616.3 y 628.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En efecto, el crédito principal de la entidad financiera es el que vota, conforme al artículo 628; pero lo hace, conforme a la norma especial del Real Decreto Ley 20/2022 —es decir, con o sin la autorización ministerial correspondiente según los casos del apartado 7—, por la parte del crédito avalado por el ICO.

§ 14. A diferencia de lo establecido en el apartado 6 (planes de continuación o propuestas de convenio), en el caso presente no hay un voto en nombre ajeno, porque el titular del crédito es la entidad, si bien vinculada en su voto en parte fiduciariamente por la autorización ministerial. Entonces, ¿qué sentido tiene la letra c del apartado 3? (Los abogados del Estado intervendrán en los procedimientos previstos en la Ley Concursal, en todo caso, «en la tramitación del plan de reestructuración, en particular, para oponerse a la formación de clases y para impugnar u oponerse a la homologación

del plan de reestructuración»). Al respecto hay que atender a lo que sigue:

§ 15. El crédito «contingente» del Estado en el caso del apartado 6 está también en la clase de créditos afectados por el plan, aunque contingente (art. 616.2 TRLC). Su carácter contingente no le priva de derecho a voto dentro de su clase, salvo en la hipótesis, que es la nuestra, del artículo 628.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. La norma que ahora comentamos del Real Decreto Ley 20/2022 es precisamente una excepción a este precepto del texto refundido. La legitimación de la Abogacía del Estado es acumulativa con la de la entidad, incluso en la parte avalada, con lo cual puede haber dos votos, contrarios, por el mismo crédito material, sin perjuicio de la autorización precisa en los supuestos del apartado 6.

§ 16. ¿Mas estarán el crédito principal y el crédito público de regreso incluidos en la misma clase? La norma especial establece que este crédito derivado del aval es financiero y ordinario. Pero ¿cómo va a incluirse en la misma clase, dadas las limitaciones del apartado 4 de la norma (incluso aunque no operen aquí las otras restricciones del artículo 616 *bis* del texto refundido) y el hecho de que los créditos de la misma clase han de merecer un tratamiento paritario en el plan, lo que será imposible cuando entre las clases de los ordinarios financieros haya crédito «público», siquiera con los efectos «limitados» del apartado 4? Se trata de una paradoja: no es crédito público, que formaría clase única con todos los de su clase; pero tampoco es crédito de la clase del crédito principal

avalado, si es que ha de cumplirse el principio de paridad de los artículos 638.4.º y 654. 5.º del Texto Refundido de la Ley Concursal.

§ 17. Digo más. Supongamos que el crédito principal y el de regreso no están en la misma clase. No se aplicaría entonces el artículo 628.2 del texto refundido. La entidad financiera votaría por el todo de su crédito en su clase y el Estado votaría por todo su crédito de regreso en la suya. No es precisa subrogación ni ninguna otra precaución por parte del Estado. ¿Y por qué no iban a poder votar dos veces si puede votar en su clase el titular de un crédito contingente y pueden votar a la vez Pedro y Juan si la contingencia equis es para uno condición suspensiva y para otro resolutoria?

5. Planes de reestructuración

En los planes de reestructuración, la entidad financiera votará por la totalidad del crédito. Este derecho de voto se emitirá de forma separada por la parte del crédito avalado respecto de la parte restante del crédito no avalado que corresponde a la entidad financiera. En caso de ser necesaria, 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 y, en su caso, la conservación de los derechos de recuperación y cobranza por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, sin que el contenido del plan de reestructuración produzca efectos frente a él.

- *Comentarios*

§ 18. Parece que se ha querido conseguir alguna flexibilidad. Ahora no

necesitan las entidades financieras autorización ministerial para votar a su discreción por la parte del crédito no avalado. Ello quiere decir que estos acreedores pueden llegar a emitir un voto divisible. No hay problemas insuperables en esto, salvo que la parte del crédito no avalado esté dotada de garantía real o ésta sea indivisible para la totalidad del crédito, porque cualquier voto destructivo o aminorador del valor de la garantía indivisible comporta que el Estado dejará de pagar el aval por haberse producido, en su caso, perjuicio en la subrogación.

§ 19. Repárese en el apartado 4 (en los mismos términos que el 616.1 bis TRLC): «Los [planes, convenios] no pueden imponer a estos créditos ninguno de los contenidos siguientes». Pero, si no se ha producido la subrogación, es cierto que sí se pueden imponer tales contenidos. La solución para el acreedor público no es la de abortar el cambio de régimen de un crédito que es de titularidad ajena, sino hacer inmune el crédito de regreso a este cambio de régimen. Es como la transacción del artículo 1835 del Código Civil a la que se hubiera llegado entre acreedor principal y deudor sin consentimiento del fiador. Y allí donde el mantenimiento del *status quo ex ante* de la acción de regreso no fuera ya posible (*v. gr.*, se ha cancelado una garantía real en el plan homologado), el avalista se libera por perjuicio en la acción de regreso.

§ 20. ¿Qué consecuencia comporta el «perjuicio del aval» en los términos del párrafo final del apartado 7? Conforme al artículo 1852 del Código Civil, el avalista quedaría liberado. Pero sólo

quedaría liberado en los términos en los que el voto del acreedor haya determinado un perjuicio efectivo del crédito de regreso del Estado. Es también un problema que puede describirse bajo la regla del «mejor interés» de los acreedores. El Estado no puede exonerarse por la producción de una

situación acorde al plan que no perjudica en más su ya pésima posición como avalista de regreso frente a un deudor fallido en ausencia de reestructuración. Si este desbalance no se produce, el Estado carece de derechos de «recuperación y cobranza» frente a la entidad financiera acreedora del aval.