



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

CRISIS DEL COVID-19: EFICACIA Y ADAPTACIÓN DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA Y
DEL DERECHO CONCURSAL

Autora: Icíar Velasco Cubillo

5ºE3D

Derecho Mercantil

Tutora: Juana Pardo Pardo

Madrid

Abril 2020

Resumen: La crisis del COVID-19 y la causada escasez de liquidez, suponen un gran reto para las normas de Derecho de la Competencia y de Derecho Concursal. Resulta esencial la flexibilización de las normas así como atender a las ineficiencias estructurales que requieren de reformas que contribuyan a la eficacia de ambas ramas como apoyo de la política económica y financiera. El objetivo es promocionar la continuidad de empresas viables, mientras se protege la eficiencia de un mercado competitivo.

Palabras clave: COVID-19, Competencia, ayudas de Estado, operaciones de concentración, Derecho Concursal, acuerdos de refinanciación y reestructuración, Real Decreto Legislativo 16/2020

Abstract: COVID-19 crisis and the resulting liquidity shortage pose a major challenge to the rules of Competition Law and Bankruptcy Law. It is essential to facilitate the flexibility of the rules as well as to address the structural inefficiencies that require reforms that will contribute to the effectiveness of both branches in support of economic and financial policy. The goal is to promote the continuity of viable companies, while protecting the efficiency of a competitive market.

Key words: COVID-19, Competition, State Aid, Mergers, Bankruptcy Law, Refinancing and Restructuring Agreements, Royal Decree 16/2020

Indice

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA CRISIS DEL COVID-19: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO MERCANTIL	4
2.1 Confluencia del Derecho de la Competencia y del Derecho Concursal.....	6
3. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y COVID-19	10
3.1 Régimen de ayudas de Estado	14
3.1.1 Marco Temporal de Ayudas de Estado	18
3.1.2 Ayudas de Estado frente al COVID-19 autorizadas por la Comisión.....	20
3.1.3 Modalidades de ayudas públicas no contempladas en el Marco Temporal	21
3.4 Antitrust estadounidense	23
4. Operaciones societarias de reestructuración empresarial frente a la insolvencia.....	25
5. INSTRUMENTOS PRECONCURSALES	28
5.1 Proceso de armonización del Derecho europeo de la Insolvencia: promoción de soluciones concursales.....	29
5.2 Incorporación progresiva de mecanismos concursales a la Ley 22/2003	30
5.3 Acuerdos de refinanciación y reestructuración de la deuda	31
5.4 Acuerdo Extrajudicial de Pagos	34
5.5 Régimen de segunda oportunidad del deudor persona física	36
6. Recomendaciones sobre la adaptación del Derecho Mercantil a la crisis económica	39
6.1 ¿Flexibilización de las normas de competencia o aplicación restrictiva?	39
6.2 El Derecho Concursal como “muro de contención” ante insolvencias de empresas viables en la crisis del COVID-19	41
7. CONCLUSIONES.....	47
8. BIBLIOGRAFÍA.....	51

Listado de abreviaturas

CNMC Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

LC Ley Concursal

LSC Ley de Sociedades de Capital

LME Ley de modificaciones estructurales

EMUR Reglamento de control de concentraciones

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación tiene como fin conocer el estado de la normativa de competencia y concursal en marzo de 2020, así como sus primeras modificaciones y las recomendaciones de la doctrina sobre pasos posteriores para hacer frente a la crisis económica originada por la pandemia mundial expandida desde entonces.

A pesar de que los instrumentos más evidentes de respuesta ante un periodo de recesión económica pertenecen a los ámbitos de la política monetaria, fiscal y laboral, se hace necesario conocer también las implicaciones de dichas medidas en la relación entre competidores y en las posibles soluciones contractuales a las situaciones de insolvencia.

Siendo la pandemia del COVID-19 un acontecimiento reciente, resulta oportuno intentar prever, una vez conocidos los aciertos y fallos del marco regulatorio disponible, qué medidas podrán ser más acertadas a la hora de amortiguar el shock económico que tendrá lugar en los próximos meses. La excepcionalidad e imprevisibilidad de la situación sanitaria y social requieren de una actuación de extrema rapidez y eficacia por parte de los Estados. Serán analizadas en este sentido las medidas adoptadas por los gobiernos en el primer mes de respuesta a la pandemia.

Con centro de atención en el ordenamiento español, este trabajo pretende realizar un estudio comparado que permita conocer la respuesta a nivel comunitario como el marco regulatorio disponible en Estados Unidos. Aunque cada país sea afectado por la crisis sanitaria con una intensidad y cronología diferenciadas, las reacciones de sus sistemas económicos y jurídicos pueden presentar similitudes en cuanto a los instrumentos utilizados para atajar con rapidez los primeros efectos.

En primer lugar, habrá que conocer las características de la crisis económica que los economistas prevén que desencadene la pandemia, así como el contraste de la misma con la crisis financiera experimentada en la última década. Debido a que el diseño del ordenamiento jurídico actual, especialmente en materia mercantil, responde esencialmente a las circunstancias de dicha crisis, conocer la diferencia en las causas y particularidades de la recesión económica actual será esencial a la hora de evaluar la adecuación de las últimas modificaciones normativas. También será necesario justificar la opción en este trabajo por un análisis multidisciplinar enfocado en los ámbitos del

Derecho Mercantil reguladores de las normas de competencia así como del tratamiento legislativo a la situación de insolvencia y sus posibles soluciones extra concursales.

En segundo lugar, a lo largo del epígrafe 3 serán examinadas las reglas que supervisan el comportamiento entre competidores y sus posibles alteraciones. Resulta especialmente interesante bajo estas circunstancias conocer las ayudas de Estado adoptadas de manera urgente y su compatibilidad bajo la configuración del mercado interior, así como el grado de adaptación del régimen comunitario a los acontecimientos recientes. Serán estudiadas las distintas alternativas previstas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para revivir la economías, incluyendo las ayudas de reestructuración y rescate de las que pueden hacer uso los gobiernos. Se acentúa por otro lado, la labor de control por parte de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales de competencia del posible falseamiento de la competencia por medio de prácticas anticompetitivas, abusos de posición dominante y concentraciones. Velarán por evitar comportamientos oportunistas en los mercados como puede ser la creación de gigantes nacionales por medio de la sobrecompensación estatal, la formación de cárteles o la existencia de relaciones abusivas con proveedores o consumidores. También se incluye en este apartado la flexibilización del marco de cooperación entre competidores en el sector sanitario.

En tercer lugar, y ante la situación de insolvencia experimentada de manera generalizada en sociedades y sectores económicos dispares, será necesario analizar los instrumentos jurídicos al alcance de las empresas para gestionar la situación de insolvencia actual o inminente de forma eficiente sin tener que acudir a los tribunales.

En este sentido, conviene prestar atención a los mecanismos que dependen únicamente de la voluntad autónoma de la sociedad, así como a los que deben conjugar los intereses de acreedores. Serán comentadas en un primer momento las posibles soluciones que la sociedad puede adoptar “desde dentro”. Las operaciones disponibles en el Derecho de Sociedades serán utilizadas para evitar que una empresa tenga que acudir al concurso.

Por su parte, los acuerdos de refinanciación, incluidos en nuestra normativa concursal con la reforma de 2009, requieren (junto con la posibilidad de su homologación judicial) un especial interés por haber recientemente reformado su tratamiento en el ámbito comunitario. Resulta interesante del mismo modo detenerse en los acuerdos de

pago y en la posibilidad del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho que brindan al deudor persona física no empresario la posibilidad de un nuevo comienzo.

Como broche final, este trabajo recoge las preocupaciones y sugerencias expresadas en los últimos días por quienes, habiendo dedicado su carrera profesional al estudio de las parcelas del ordenamiento tenidas en cuenta, conocen sus aciertos y fallos. Es importante conocer tales opiniones en un contexto en el que el legislador toma medidas apresuradas tenida en cuenta la urgencia de la situación, que si no tienen todos los factores e intereses en cuenta, podrán resultar perjudiciales a la larga.

En lo que respecta a la metodología de este trabajo, nótese que no se trata de un análisis de la coyuntura económica ni de la elaboración de un modelo matemático que pueda predecir la probabilidad de éxito de las políticas económicas tomadas en las últimas semanas a escala nacional y mundial. Se trata de un estudio jurídico de las herramientas jurídicas disponibles en la actualidad en el ordenamiento español, europeo y, de forma comparada, el estadounidense.

La intención tras el descrito análisis es que el lector sea capaz de concebir una respuesta a interrogantes como los siguientes:

¿Son eficaces las respuestas a la insolvencia armonizadas en la Unión Europea?

¿Son eficientes los instrumentos disponibles en el ordenamiento jurídico español ante la avalancha de situaciones de insolvencia y concursos que está por venir?

¿Es factible una adaptación temprana y efectiva de los marcos regulatorios ante las necesidades del mercado?

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA CRISIS DEL COVID-19: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO MERCANTIL

La pandemia del COVID-19 supone un cambio de paradigma en el contexto social y económico del siglo XXI. Las devastadoras consecuencias humanitarias y económicas sin precedentes que acarrea, acentuadas desde el mes de marzo de 2020, constituyen la primera fase de una crisis global marcada por la incertidumbre. Con origen en Wuhan y foco en Italia en un primer momento, el centro de la pandemia en el mes de abril se ubica en el continente europeo, existiendo indicios de un marcado impacto en Estados Unidos.

Esta nueva crisis mundial nace una década después de la crisis financiera, definida por la caída de Lehman Brothers y el estallido de la burbuja inmobiliaria de las hipotecas *subprime*. Dichos acontecimientos resultaron en el desplome de los sectores financiero e inmobiliario en las economías europeas y han definido en los últimos años los marcos regulatorios relativos a la actividad financiera y empresarial.

En este caso no se trata sin embargo de un shock asimétrico¹ que ponga en riesgo la supervivencia de un determinado sector económico, sino que implica un impacto sobre la economía en su conjunto, que además presenta un alcance global. Aunque la propagación del virus pueda ser más acentuada en un país u otro según diversos factores, el contexto globalizado en el que surge explica la expansión de las consecuencias económicas a la totalidad de sectores y mercados. La obligada hibernación de la actividad empresarial se explica por la drástica caída tanto de la oferta, por la paralización de procesos productivos en distintos puntos de la cadena de valor global, como la demanda, por una drástica disminución del consumo como consecuencia de las medidas de aislamiento social y confinamiento, notablemente en los sectores relacionado con el ocio y el turismo.

Estos sectores experimentan una agravada escasez de liquidez que puede derivar en situaciones de insolvencia. Por este motivo, países como Dinamarca han adoptado ayudas públicas destinadas específicamente a la compensación de daños y perjuicios producidas a empresas dedicadas a actividades que guardan una relación de causalidad con la

¹ Baldwin, R., Weder Di Mauro, B. "Introduction", Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever It Takes 2020. VoxEU.org, Center for Economic Policy Research (CEPR) 18 de marzo 2020. Pg. 18. Disponible en: <https://voxeu.org/system/files/epublication/COVIDEconomicCrisis.pdf>

pandemia. Serán analizadas en el siguiente epígrafe las primeras ayudas públicas autorizadas por la Comisión.

Cobra especial protagonismo en estos momentos el sector financiero que, en lugar de necesitar un rescate, tiene como misión contribuir a que los esfuerzos excepcionales realizados por parte de bancos centrales y gobiernos sea correspondida por el relevo de las entidades privadas. En este sentido, la colaboración de las entidades financiera tendrá que ser promocionada mediante medidas de estímulo estatales.

Debido a que las reacciones a la situación económica protagonizadas por los distintos gobiernos quedan plasmadas en el ordenamiento jurídico, conviene analizar las modificaciones que sufre el mismo como consecuencia de la situación de emergencia actual. El objeto de este trabajo es el estudio del particular impacto sobre las ramas del Derecho mercantil, relacionadas de manera más estrecha con la actividad empresarial.

El Derecho Mercantil queda definido como “aquel Derecho privado especial que tiene por objeto al empresario, a su estatuto jurídico y a la peculiar actividad que este desarrolla en el mercado”². Se trata por tanto de una rama que regula el procedimiento de constitución así como el desarrollo de una sociedad mercantil. Da respuestas a gestiones diarias mediante la previsión de diversos contratos relativos a las relaciones entabladas en el tráfico jurídico y establece los mecanismos que permiten, bien reconducir, bien finalizar un proyecto empresarial. La relación de la empresa con sus proveedores, competidores y clientes es supervisada mediante las normas de competencia y las excepciones a la misma con la explotación exclusiva de propiedad industrial e intelectual.

Resulta imprescindible en el desarrollo diario de la economía. Cuanto más será esencial la regulación de las relaciones entre operadores económicos en épocas de dificultades en determinados sectores económicos o de shock global como el actual. El Derecho Mercantil tendrá ser actualizado de tal forma que su aplicación permita obtener resultados más eficientes. De este modo, algunos autores apuestan por la flexibilización en asuntos como la responsabilidad de los administradores así como la protección de las empresas, revalorizadas a la baja, ante ofertas públicas de adquisición hostiles (OPAs)³.

²Uría, R., Menéndez, A. (2003) Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I, Thomson Reuters. Lección 1: “Concepto, evolución histórica y fuentes del Derecho Mercantil”, Pgs. 29-44. Pg. 29

³Enriques, L. “Extreme times, Extreme Measures: Pandemic-Resistant Corporate Law” Oxford Business Law Blog, 22 de abril de 2020. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/04/extreme-times-extreme-measures-pandemic-resistant-corporate-law>

Habría que preguntarse si, ante un problema común, puede resultar acertada una respuesta coordinada de los ordenamientos jurídicos de varios Estados. Máxime si las empresas multinacionales asentadas en un país quedan afectadas por la normativa de una pluralidad de marcos nacionales. En la búsqueda del equilibrio entre frenar la expansión del virus mediante la paralización social y mitigar el impacto económico que inevitablemente seguirá a tales medidas, puede ser enriquecedor optar por soluciones globales.

2.1 Confluencia del Derecho de la Competencia y del Derecho Concursal

Conviene analizar en concreto el margen de maniobra que ofrecen las disciplinas jurídicas mercantiles relacionadas con el comportamiento de las empresas (Derecho de la competencia) y la gestión de situaciones de dificultad económica y/o financiera de las mismas (Derecho de la Insolvencia). Dentro del último se incluyen las posibilidades preconcursales y el procedimiento concursal que puede lograr la continuidad de la empresa, o por el contrario, producir su liquidación.

Aunque se trate dos parcelas del Derecho totalmente independientes en cuanto a contenido, grado de comunitarización y carácter principalmente administrativo o procesal, es en tiempos de crisis económica como la actual cuando ambas juegan un papel complementario a las medidas adoptadas en otros ámbitos como el tributario y el laboral. Pese a que no brindan respuestas inmediatas a un problema económico como la escasez de liquides, que sí permite la política monetaria, devienen especialmente relevantes en la configuración en el medio y largo plazo del panorama económico posterior al choque.

Ambas ramas promueven en última instancia la eficiencia del mercado mediante una adecuada asignación de los recursos escasos. Lo hacen, sin embargo, en distintos momentos de la vida de una sociedad y a través de normas equilibradas a favor de diferentes stakeholders de una empresa. El Derecho de la Competencia se posiciona desde la protección del consumidores y del libre mercado mientras que el Derecho de la Insolvencia vela por la tutela ordenada del crédito ostentado por acreedores privados, empleados o Hacienda, concurrentes en la salida ordenada de empresas del mercado.

La colisión entre ambas ramas por el carácter contrapuesto de sus pretensiones se materializa de manera particular en dos situaciones especialmente relacionadas con las épocas de recesión económica; las ayudas de reestructuración y rescate de empresas

viables que atraviesan una situación de dificultad económica y las operaciones de concentración empresarial bajo la forma de fusiones y adquisiciones .

Resulta necesario lograr un equilibrio entre los principios inspiradores de ambos regímenes, para conciliar los distintos valores en juego, todos ellos merecedores de tutela⁴. Habrá que atender a que, en una situación de recesión económica las intervenciones en la economía sean debidamente justificadas y proporcionadas para salvar empresas en dificultad de su desaparición, sin suponer un falseamiento de la competencia por favorecer injustamente a una empresa frente a sus competidores⁵

Destinar fondos públicos a una empresa en el marco de una reestructuración, puede ser calificado desde el régimen de ayudas de Estado comunitario como una injerencia incompatible con el mercado interior por conceder una ventaja selectiva respecto del resto de empresas del mismo sector. Las ayudas de Estado inciden de forma vertical la normativa de competencia por medio de la intervención estatal. Por otro lado, puede apreciarse un efecto horizontal en el caso en el que el diseño de planes de reestructuración privada suponga un beneficio a la empresa en crisis no ofrecido al resto de competidores.⁶

No obstante, la inclusión del diseño de reestructuraciones y ayudas de salvamento en el orden del día de la Comisión Europea puede significar la permisión de una limitada distorsión de la libre competencia cuando la situación coyuntural lo requiere. No supone la creación de un nuevo Derecho de Competencia como tal, sino la flexibilización de la normativa de cara a evitar los efectos negativos de la liquidación de una empresa sobre el conjunto de la economía y el bienestar social. Los recientes esfuerzos en armonización del Derecho de Insolvencia comunitario reflejan un cambio de paradigma respecto del tratamiento de la misma. Siendo el claro antecedente la actuación dispar de los Estados miembros para aliviar las dificultades experimentadas por el sector bancario durante la

⁴ Álvarez San José, M “Confluencia y conflicto entre el Derecho de la Competencia y e Derecho Concursal” Derecho de la Competencia Europeo y Español, Volumen XI. Dickynson, 2013 Pg. 445-488. Disponible en : <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/confluencia-conflicto-competencia-concursal-501091370>

⁵ Paulus, C.G., Competition Law versus Insolvency Law: When Legal Doctrines Clash” International Insolvency Institute, Law Review 2013, Pgs.1–13. Pg. 6. Disponible en: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/Competition%20Law.pdf>

⁶ Pulgar Ezquerra, J., “Derecho Europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la Competencia” Revista Española de Derecho Europeo 60, Octubre-Diciembre 2016, Pgs.. 13,47. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/271-2017-01-13-derecho%20europeo%20de%20reestructuraciones%20empresariales%20y%20derecho%20la%20competencia.pdf>

crisis financiera, el Derecho de la Unión Europea (UE) busca hoy dar una respuesta uniforme a las dificultades económicas que sufran las empresas viables.

Por otro lado, conviene prestar especial atención a la evolución en el planteamiento de la normativa concursal. Concebida en un principio como el filtro depurador de las empresas endeudadas de manera excesiva por medio de su liquidación, el fin último del concurso lo constituía la máxima satisfacción posible de los intereses del conjunto de acreedores. La crisis financiera de 2008 y el riesgo sistémico que habría comportado dejar que el sistema financiero se derrumbe sin la intervención pública constituyen el punto de inflexión en la reconfiguración de las prioridades del Derecho de Insolvencia. En lugar de proteger únicamente los intereses de acreedores, se plantea una imagen más amplia en la que son tenidos en cuenta las devastadora consecuencias que la salida del mercado de determinadas empresas puede acarrear para el conjunto de la economía y de la población.

Se produce por tanto en los últimos años la mutación del interés del concurso, que constituye el criterio interpretativo de las diferentes normas y actuaciones frente a la insolvencia. Tal y como expone Tirado, se trata de un concepto jurídico indeterminado con un contenido concreto. Más que un principio general o un valor que deba guiar al legislador a la hora de reformar la normativa concursal se trata de la tendencia a proteger de manera uniforme y acertada la globalidad de intereses en conflicto⁷.

Aunque haya autores que sigan defendiendo la subordinación de la conservación o saneamiento de empresas viable a la satisfacción de los acreedores⁸, existe de fondo existe un debate sobre el carácter eminentemente estático o excesivamente volátil del Derecho concursal. La excepcionalidad de la situación económica actual mueve la balanza hacia la segunda postura. Lo que no significa sin embargo que el Derecho concursal se convierta en un metro instrumento de política económica más que tenga que modificarse ante las más sutiles variaciones de la economía.

La función del Derecho de Insolvencia es por otro lado la base de su existencia. Consiste en una rama que nace con un fin concreto y profundamente económico, como es el de regular los conflictos que nacen de una situación de insolvencia. De esta manera, se convierte en un instrumento neutral, que paraliza una situación propia de la teoría de

⁷ Tirado, I., “El interés concursal” ADC, tomo LXII, 2009, fasc. III. Pg. 1065-1107. Pg. 1106. Disponible en : https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2009-30105501107

⁸ Sánchez-Calero, J. “ El fin del concurso: la opinión del profesor Olivencia”. 17 de mayo de 2010. Disponible en : <http://jsanchezcalero.com/el-fin-del-concurso-la-opinion-del-profesor-olivencia/>

juegos según la cual el acreedor más rápido o mejor asegurado recuperará su crédito, si es que el deudor no ha vaciado el patrimonio restante antes.

A falta de una ley que regule esta circunstancia, la solución a una situación de insolvencia podría introducirse en alguna de las cláusulas del contrato que incorpora un crédito. De esta manera, nacería una suerte de procedimiento concursal privado en el que se estipule cómo actuar en caso de imposibilidad de pago de las obligaciones regulares. Sin embargo, esta solución no será suficiente para el caso de que se celebren múltiples contratos con una pluralidad de acreedores⁹. No sería una solución práctica teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos ofrecen ya una respuesta reglada y en principio neutral como es el concurso. Otro asunto es que, aun existiendo regulación respecto de soluciones a la situación de insolvencia, el procedimiento diseñado no sea especialmente atractivo, y que los acreedores decidan recuperar sus créditos bien haciendo valer sus derechos de garantía o iniciando procedimientos de ejecución singular. La vía contractual constituye por su parte otra de las alternativas al concurso.

Además, se puede considerar el Derecho Concursal como motor de crecimiento económico, en tanto en cuanto puede posibilitar la recuperación económica de empresas en épocas de recesión¹⁰. Tal y como será expuesto en el siguiente epígrafe, las normas de competencia promueven la eficiencia permitiendo la salida del mercado de las empresas menos eficientes. En este sentido, la normativa en ambos ámbitos ha de ser conjugada ante una situación excepcional en la que la causa principal de insolvencia escapa de la posible labor diligente o previsoras en el seno de una empresa. El Derecho Mercantil debe alentar la continuidad del mayor número de empresas afectadas por los recientes acontecimientos, poniendo como filtro la eficiencia del mercado.

⁹Hart, O., “Different approaches to Bankruptcy”. Harvard Institute of Economic Research. Discussion paper number 1903. September 2000. Disponible en:

<https://scholar.harvard.edu/hart/publications/different-approaches-bankruptcy>

¹⁰ Jackson, T., Skeel, D., “Bankruptcy and Economic Growth” Bankruptcy and Economic Recovery. In Restructuring Financial Infrastructure to Speed Recovery (Brookings Institution) Forthcoming; U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. July 2013, Pg.s13-27.. Disponible en:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2306138

3. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y COVID-19

La normas de competencia en el mercado comunitario marcan las reglas de juego en el seno de la UE, siendo el tablero el mercado interior que comprende el territorio de los 28, pronto 27 Estados miembros, y los jugadores las empresas que operan en él. Aunque su fin principal lo constituya la protección del consumidor, el Derecho de la competencia vela también por la promoción de la redistribución de la riqueza y garantiza por esa razón a empresas de menor tamaño ante rivales más poderosos.¹¹

La jurisprudencia del TJUE afirma que no sólo se trata de la protección de los intereses inmediatos de consumidores y competidores sino también de proteger la estructura del mercado y la competencia como tal¹². Esta idea cobra especial sentido en respecto de la integración económica por medio del mercado interior. Es nivelado el terreno de juego de manera que existan similares probabilidades de éxito de un proyecto empresarial independientemente del Estado miembro de origen.

Adicionalmente, la utilidad del Derecho de la competencia en tiempos de crisis económica responde tres razones principales, esgrimidas por el director de la Red Internacional de Competencia (ICN por sus siglas en inglés) en el contexto de la crisis financiera de 2009. La primera idea es la tendencia al aumento de la productividad y el crecimiento económico presente en mercados altamente competitivos. En segundo lugar, las políticas efectivas en materia de competencia contribuyen a una recuperación más fortalecida de una época de recesión por suponer mayores incentivos a una gestión empresarial eficiente a medio y largo plazo. De este modo, no debe prestarse atención a las propuestas que impliquen una aplicación más laxa del Derecho de la competencia durante una crisis económica. Se trata de una medida contraproducente, que permite comportamientos oportunistas perjudiciales para el mercado. Por último, las políticas de competencia pueden y deben inspirar otras políticas más amplias¹³.

¹¹ Whish, R., Bailey, D. (2018) "Competition policy and economics". Competition Law. Oxford University Press. Ninth edition Pgs. 1-25, Pg. 20

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Europemballage, C-6/72, DO 7, Apartados 20-26. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61972CJ0006&from=EN>

¹³ Fingleton, J. "The case for competition policy in difficult economic times". International Competition Network. 9 de octubre de 2009, Pg. 5. Disponible en: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/ICNSGCase4competition.pdf>

Las cuestiones recogidas en esta rama jurídica incluyen: las prácticas anticompetitivas bajo la forma de acuerdos horizontales o verticales, el abuso de posición dominante, las concentraciones y el falseamiento de la competencia por medio de ayudas públicas. Se trata de una materia que presenta un alto grado de armonización jurídica en el que la Comisión cuenta con amplias prerrogativas respecto de la actuación de Estados miembros y de empresas que puedan perjudicar la libre competencia del mercado.

En la relación entre competidores, la Comisión y las autoridades de competencia nacionales ejercen funciones de supervisión y ostentan la potestad de sancionar comportamientos que falsean o amenazan con falsear la competencia. El marco básico lo constituyen los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁴ (TFUE) volcados en la Ley de Defensa de la Competencia¹⁵ Mientras que el primero prescribe los acuerdos o prácticas concertadas restrictivas de la competencia, el segundo artículo se centra en la imposición de condiciones injustas que lleve a cabo una empresa que ostenta una posición dominante en su mercado. De esta manera, la aplicación del artículo 101 responde al comportamiento de una pluralidad de empresas, mientras que el artículo 102 prevé la actuación unilateral por parte de una empresa que abuse de su posición¹⁶. La cooperación o formación de cárteles implica una mayor gravedad en el caso en el que las empresas colaboradoras pertenezcan a la misma fase de producción. Reciben el nombre de acuerdos horizontales y son duramente sancionados. Los verticales son protagonizados por empresas que desarrollan actividades empresariales en distintas fases del proceso productivo.

En el contexto de recesión económica como el actual, es probable que se manifiesten varias de las posibilidades prescritas en los artículos mencionados. Las autoridades nacionales de competencia han de continuar, en la medida de lo posible, con la misión de mantener un nivel igualado entre competidores. Así ha sido expresado por la institución constituida por las autoridades nacionales de los Estados miembros de la UE (ECN por sus siglas en inglés). La mencionada función de vigilancia mantiene su vigencia incluso “en un periodo en el que las empresas y la economía en su conjunto sufren condiciones

¹⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (BOE 30 de marzo de 2010)

¹⁵ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, (BOE de 4 de julio de 2007)

¹⁶ op cit. Whish, R. “Article 101 (1)”. Pg. 82-155. Pg. 109

de crisis”¹⁷. Mientras que la cooperación entre empresas en el sentido de asegurar la oferta y distribución de recursos escasos (como las mascarillas) sea permitida de manera temporal sea considerada como compatible con el artículo 101, sí serán perseguidos los comportamientos oportunistas ante tal situación. La Comisión vuelve a asumir en el contexto de crisis actual la tarea de asesorar sobre la compatibilidad con el mercado de ciertos acuerdos de colaboración diseñados por competidores. A pesar de que con el Reglamento 1/2003¹⁸ cada empresa se convierte en responsable de valorar la adecuación de sus planes de actuación a la normativa comunitaria, han sido rescatadas *las comfort letters* con respecto a la necesaria cooperación relativa a productos sanitarios escasos¹⁹. Estas implican la ausencia de sanción para determinados comportamientos tipificados y ya ha sido utilizada para dar luz verde a un acuerdo horizontal entre los principales productores europeos de medicamentos genéricos²⁰.

La CNMC por su parte ha instaurado un buzón con el objetivo de recoger denuncias sobre prácticas anticompetitivas durante la crisis del COVID-19²¹. En la primera semana en funcionamiento, las denuncias recibidas superaron el medio centenar. Fueron consecuentemente iniciadas investigaciones en el sector financiero, y en concreto en relación con la exigencia de garantía adicionales para la concesión de ayudas financieras por parte del Estado como los préstamos garantizados con el aval estatal. La CNMC presta además especial atención en estos tiempos a la subida de precios de productos especialmente demandados como son los servicios funerarios o la distribución de

¹⁷ European Competition Network: “Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis” 23 de marzo 2020. Disponible en:

https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf

¹⁸ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DO L 1, 4 de enero de 2003.

¹⁹ Comisión Europea: “Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak” Comunicación publicada el 8 de abril de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf

²⁰White, A. “Generic-Drug Makers Get EU Approval for Virus Cooperation” Bloomberg, 8 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.bloomberqint.com/onweb/generic-drugmakers-get-eu-antitrust-nod-for-virus-cooperation>

²¹ CNMC: “Buzón especial para denuncias y consultas relacionadas exclusivamente con la aplicación de las normas de competencia en el contexto del Covid19”. 31 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.cnmc.es/novedad/buzon-denuncias-consultas-centralizadas-covid19>

productos de protección de la salud como los geles desinfectantes²². Adicionalmente, las autoridades nacionales de competencia ejercen también funciones de asesoramiento frente a las consultas formuladas por los operadores sobre la licitud de posibles acuerdos comerciales en respuesta a la crisis.

Finalmente, la Comisión autoriza las operaciones de concentración (fusiones o adquisiciones) que puedan afectar al mercado comunitario. Los umbrales que determinan dicha calificación se encuentran recogidos en los artículos 1.2 y 1.3 del Reglamento de concentraciones²³ (EMUR por sus siglas en inglés) y hacen referencia a medidas como el volumen de ingresos. El artículo 7 por su parte establece la suspensión de la operación desde su notificación a la Comisión hasta la declaración de compatibilidad con el mercado interior. El Tribunal General de la UE considera este efecto jurídico como uno de los principios fundacionales del reglamento. Las concentraciones notificadas a la Comisión son en su amplia mayoría autorizadas en la Fase I de Investigación. De esta manera, entre septiembre de 1990 y diciembre de 2017 mientras que sólo un 3% constituyen serias dudas respecto a la compatibilidad con el mercado interior y son estudiadas en mayor profundidad mediante la denominada fase II.²⁴

El principal obstáculo al que se enfrenta la Comisión en el ejercicio de sus potestades de control de operaciones es la elevada dificultad para recibir los documentos requeridos a las partes que notifican la operación.²⁵

Conviene a analizar en el marco de las concentraciones la posibilidad incorporada desde el Derecho estadounidense de que sea autorizada una operación a priori anticompetitiva, por evitar la salida del mercado de una de las empresas involucradas. Recibe el nombre de “excepción de la empresa en crisis” o *failing firm defence*, y en el seno de la UE es elaborada de manera jurisprudencial por la Comisión y el TJUE. Exige la demostración

²² CNMC: “Más de 50 denuncias en la primera semana de funcionamiento del buzón COVID-19 de la CNMC” Blog CNCMC, 7 de abril de 2020.

<https://blog.cnmc.es/2020/04/07/mas-de-50-denuncias-en-la-primera-semana-de-funcionamiento-del-buzon-covid-19-de-la-cnmc/>

²³ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO 24 de 29 de enero de 2004.

²⁴ op cit. Whish, R. “Merger: EU Law”. Pg. 848-922. Pg. 849

²⁵ Schulz, A., “Merger control in times of COVID-19. Time for a change.” la página web de White&Case, 24 de marzo 2020. Disponible en: <https://www.whitecase.com/publications/alert/merger-control-times-covid-19-time-change>

de que el deterioro de la competencia tendría lugar independientemente de que se produzca la concentración económica.

Se fundamenta en la economía social de mercado de tal forma que la protección de la competencia cede antes la supervivencia empresarial. Estas llamadas concentraciones de saneamiento protegen además los diversos intereses perjudicados si tuviese lugar la liquidación de la empresa.

La excepción ha sido aplicada por la Comisión de manera poco frecuente en los últimos años. Destaca la operación de concentración de dos aerolíneas griegas en 2013 (Aegean y Olympic²⁶), ante la cual se consideró en un primer momento que supondría la formación de un monopolio. Sin embargo, de salir Olympic Air del mercado, sus activos quedarían inutilizados y Aegean Airlines protagonizar un monopolio. Se cumplían los requisitos de la inviabilidad de la empresa en insolvencia y la ausencia de otros mecanismos menos perjudiciales que la concentración. Quedando demostrado además que la concentración no era la causa del deterioro, la operación fue autorizada en octubre de 2013²⁷.

Supone una posibilidad de limitada aplicación a causa de los requisitos de su aplicación, que requieren de un detallado análisis económico de la empresa y del mercado, así como de la elevada carga correspondiente a las partes de la operación.

3.1 Régimen de ayudas de Estado

En un sistema de economía de mercado la intervención estatal es vista con recelo. Este rechazo será más acentuado si la decisión de un país incide, no sólo en las oportunidades y amenazas de los agentes económicos nacionales, sino que es susceptible de perjudicar a los operadores económicos residentes en un segundo Estado que operan en el mismo mercado. En este sentido son previstas desde el inicio de la configuración del mercado interior las actuaciones estatales que, siendo destinadas a empresas nacionales, son susceptibles de falsear la competencia en el mercado comunitario.

²⁶ Decisión de la Comisión de 9 de octubre de 2013, Aegean/ Olympic II, COMP/M.6796, EU:C:25:05. Disponible en:

https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6796_20131009_20682_4044023_EN.pdf

²⁷ Stedman, M, “Análisis de la excepción de la empresa en crisis (Failing firm defence): la supervivencia de la empresa en el Derecho de la competencia de la Unión Europea” Revista Boliviana de Derecho, N.º. 29, 2020, págs. 288-313. Pg. 303, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7226113>

Este régimen descrito como especialmente estricto ha sido puesto a prueba de manera especial ante los dos acontecimientos de emergencia a escala mundial en lo que llevamos de siglo; los ataques terroristas del 11-S y la crisis financiera de 2008.²⁸ En la recesión económica más reciente fue introducida en el ordenamiento comunitario la opción de adoptar ayudas de rescate a empresa de sectores especialmente afectados por la crisis. Tal y como será expuesto, se trata de casos en lo que la libre competencia cede en cierta medida a la necesidad de evitar el desplome de sectores económicos de un país.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece en su artículo 107²⁹ la incompatibilidad de una ayuda pública con el funcionamiento del mercado interior. No obstante, no es absoluta puesto que se reconoce la naturaleza de instrumentos de política económica de las ayudas públicas, así como su contribución a la satisfacción del interés general. El concepto de ayuda de Estado ha sido definido jurisprudencialmente e implica la concurrencia de cuatro características. Debe tratarse de una ayuda de origen estatal que conceda una ventaja a su beneficiario (sociedad) de manera selectiva y que incida sobre la competencia entre Estados miembros.

Una ayuda pública no supone únicamente la utilización de fondos públicos en un sentido positivo, sino que se incluye la pérdida de recursos como ocurre en el caso de una exoneración de obligaciones fiscales o sociales³⁰. En segundo lugar, el beneficiario ha de ser una empresa y no una persona física o consumidor.

Resulta esencial para constatar la existencia de una ventaja, que la empresa no hubiera podido obtener el mismo beneficio económico sin la intervención estatal. Es aplicable en este sentido el denominado criterio o método del operador en una economía de mercado, que consiste en determinar si en una transacción realizada por un organismo público está actuando el Estado como regulador o de modo asemejado a un agente económico privado. El Estado actúa como autoridad pública en lugar de como accionista de la empresa beneficiaria si las condiciones de rentabilidad de la operación no podrían resultar

²⁸ Cit. Costa-Cabral, F. et al.

²⁹ 1. *Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.*

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, C 387/92, EU:C:1994:100, apartado 14. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0387&from=EN>

razonables para un inversor privado de un tamaño comparable que opere en condiciones normales del mercado. El Estado debe probar que la decisión ha sido tomada según criterios de rentabilidad esperada. También puede entenderse que existe ayuda de Estado cuando la Administración pública asume una serie de riesgos que no habrían sido asumidos por un inversor privado en una economía de mercado³¹.

En las ayudas públicas que suponen el ejercicio de la potestad tributaria, no parece evidente que este filtro sea aplicable. Sin embargo, el TJUE ha matizado por medio del Asunto EDF (Electricité de France)³² que el Estado sí puede actuar como un inversor que dispone de recursos fiscales, no disponibles para los inversores privados. Es plausible entonces que el Estado conceda una ventaja actuando como accionista pero empleando medios correspondientes al poder público.³³

Otro método similar es el del acreedor privado, especialmente relevante en operaciones de reestructuración de deuda de una empresa que involucre créditos públicos.³⁴ En este sentido, existe la posibilidad de que un Estado deje de percibir ingresos fiscales por causa de un procedimiento concursal. Ha sido desarrollada la doctrina Ecotrade³⁵, que evalúa la actuación de la Administración tributaria respecto de la que hubiera presentado un acreedor diligente en condiciones similares. Si, en el caso español, la AEAT tuviese un comportamiento especialmente generoso respecto de la sociedad concursada, estaríamos ante una ventaja concedida a favor de una empresa.

³¹ Sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2008, T-196/04, EU:T:2008:585, apartado 16. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77099&Pg.eIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4408989>

³² Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2012, Electricité de France.C-124/10P. EU:C:2012:318 Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123502&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5212161>

³³ Estrada, F. (2017) Tesis Doctoral: Análisis del requisito de ventaja selectiva en sede de ayudas de estaDO naturaleza fiscal. Universidad Complutense de Madrid, Pg. 104 <https://eprints.ucm.es/40951/1/T38311.pdf>

³⁴ Comisión Europea: “Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, Comunicación de 19 de julio de 2016. Apartado 74. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=ES)

³⁵ *En efecto, esta consecuencia es inherente a todo régimen legal que fije el marco en el que se organizan las relaciones entre una empresa insolvente y la masa de sus acreedores, sin que de ello pueda deducirse automáticamente la existencia de una carga económica adicional soportada directa o indirectamente por las autoridades públicas y destinada a conceder un beneficio determinado a las empresas interesada* Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade, C 200/97, EU:C:1998:579, apartado 36 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61997CJ0200&from=ES>

El criterio de la selectividad por su parte reviste de complejidad porque implica demostrar que, aun formulada en términos generales, la ayuda conlleva en la práctica beneficios para una sociedad o sector particulares. Deber ser tenida en cuenta la posición del beneficiario tras obtener la ayuda respecto de otra sociedad en una situación económica o jurídicamente comparable. No obstante, las destacadas sentencias del TJUE de 7 de noviembre de 2014, que proclaman la incompatibilidad del marco tributario español con el mercado interior, ponen de relieve que una media no sería selectiva si, existiendo una derogación al cuadro de referencia, es accesible para la totalidad de sociedades residentes. (Asunto Santander ³⁶y Asunto Autogrill³⁷).

Una ayuda pública será incompatible con el mercado interior si cumple las cuatro condiciones expuestas y además no entra en ninguno de los supuestos de excepción al primer apartado del artículo 107 TFUE. Por su parte no están sujetas a notificación aquellas ayudas otorgadas en un mercado cerrado a la competencia, así como las denominadas ayudas de minimis, reguladas por el Reglamento 1407/2013³⁸ (vigente hasta el 31 de diciembre de 2020). Son ayudas exentas de control por no superar su montante los 200.000 euros por empresa a lo largo de un periodo de tres años.

Otra derogación del régimen general la constituyen las ayudas recogidas en el Reglamento 651/2014³⁹ de exención por categorías que incluye a modo de ejemplo; ayudas de empleo, investigación, la compensación de perjuicios por desastres naturales...

El TFUE por otro lado, una serie de excepciones al régimen de incompatibilidad. Las ayudas previstas en el segundo apartado del artículo 107 constituyen excepciones obligatorias u *ope legis* (bajo la fórmula “serán compatibles”). Requieren únicamente de

³⁶Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander, T 399/11, EU:T:2014:938 Apartado 48. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7EA6659AB8885B5A366C5226CABE1C6A?text=&docid=159376&Pg.eIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5573601>

³⁷Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España, T 219/10, EU:T:2014:939 apartado 60. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7EA6659AB8885B5A366C5226CABE1C6A?text=&docid=159375&Pg.eIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5573601>

³⁸ Reglamento (UE) n 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis DO 352 de 24 de diciembre de 2013

³⁹ Reglamento (UE) n 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado DO 187 de 26 de junio de 2014

notificación y justificación por parte de los Estados miembros y, una vez verificado que entra en uno de los supuestos contemplados, son autorizadas de manera automática por parte de la Comisión. Es el caso de las ayudas de carácter social, aquellas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional y de aquellas derivadas de la división de Alemania. Por su parte, existe una serie de excepciones discrecionales, recogidas en el tercer apartado del artículo 107 TFUE bajo la fórmula “podrán considerarse compatibles”, cuya adopción depende de la autorización ex ante por parte de la Comisión. Son cinco los supuestos previstos en dicho apartado según el objetivo al que se destine la ayuda: Las disposiciones 107.2 b), 107.3b)⁴⁰ y 107.3 c)⁴¹ TFUE pueden servir de justificación de la ayudas de Estado originada ante la situación económica actual.

Serán analizados a continuación el Marco Temporal de ayudas de Estado⁴² adoptado por la Comisión el 19 marzo de 2020, y vigente hasta el 31 de diciembre de 2020, así como las decisiones de autorización de las ayudas de Estado frente al COVID-19.

3.1.1. Marco Temporal de Ayudas de Estado

El 19 de marzo de este año fue publicado por la Comisión el nuevo marco regulatorio de las ayudas de Estado detallando las posibilidades de los Estados miembros para hacer frente a las consecuencias económicas de la pandemia del COVID-19. Supone la concreción de las medidas estatales que serán consideradas como compatibles con el artículo 107.3.b) TFUE por estar destinadas a paliar de manera proporcional, los efectos de la grave perturbación de la economía de un Estado miembro. Por un lado, conviene destacar la rapidez con la que ha sido adoptado: 2 días. Está previsto que la norma se aplique temporalmente hasta que finalice 2020 e incluye una serie de medidas que podrán adoptar los Gobiernos nacionales, así como los umbrales que deberán ser respetados en cada medida.

Frente al Marco Temporal publicado en 2008 como respuesta a la crisis financiera conviene destacar: la rapidez con la que ha sido adoptado, el hecho de que su ámbito

⁴⁰ b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

⁴¹ c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

⁴² Cit. Comisión (Temporary Framework)

material abarque también los sectores pesquero y agrícola, así como la fijación de límites más extensos a las posibles ayudas⁴³. De esta manera, mientras que la norma de 2008 permitía la concesión de subvenciones cuyo montante ascendiese hasta un máximo de 500.000 euros por país y empresa, en el Marco Temporal de 2020 es de 800.000 euros.

Fue modificado el 3 de abril incluyendo medidas específicas para la lucha contra el COVID-19, así como medidas destinadas a la preservación de empleo. La primera categoría engloba la otorgada a proyectos de investigación del COVID-19 y de desarrollo de productos relacionados con el mismo⁴⁴. Se espera además la adopción de un segundo marco temporal que permita la recapitalización de deuda como último recurso⁴⁵. Implicaría abrir las puertas a la nacionalización, prevista en el caso de empresas del sector aéreo siguiendo los pasos de la actuación de Italia sobre Alitalia.

Conviene puntualizar no obstante en el caso de Alitalia existía desde hace varios años la sospecha de que era favorecida por Italia con ayudas que podían ser incompatibles con el mercado interior. En concreto, había hecho sonar las alarmas recientemente la concesión de un préstamo de 400 millones de euros a la espera de que fuese encontrado un comprador para la empresa ⁴⁶. La Comisión comunicó en abril de 2018 la intención de iniciar investigaciones formales al respecto⁴⁷. Su nacionalización bajo la justificación del perjuicio ocasionado por la pandemia puede no resultar suficiente al haber demostrado problemas financieros de manera constante en los últimos años.

43 Debroux, M. “State aid & COVID-19 A swift response to a massive challenge” e-Competitions State aid & Covid-19, Art. N° 94216, abril de 2020. Disponible en: <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/state-aid-covid-19/aides-d-etat-3515/state-aid-covid-19-a-swift-response-to-a-massive-challenge>

⁴⁴ Comunicación de la Comisión Europea “Marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19”. Versión consolidada 2215 DO. 3 de abril de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_as_amended_3_de_abril_de_2020_es.pdf

⁴⁵Comunicación de la Comisión Europea: “Statement on consulting Member States on proposal to further expand State aid Temporary Framework to recapitalisation measures”. 9 de abril de 2020. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_610

⁴⁶Espinoza, J., Johnson, M. “EU opens probe into Italian government’s €400m loan to Alitalia. 28 de febrero de 2020”.en Financial Times,28 de febrero 2020. Disponible en : <https://www.ft.com/content/d0db1886-5a4b-11ea-abe5-8e03987b7b20>

⁴⁷Comisión Europea: “Decisión de iniciar el procedimiento formal de investigación de posibles ayudas de Estado incompatibles otorgadas a Alitalia”. SA.48171, 23 de abril de 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_48171

3.1.2 Ayudas de Estado frente al COVID-19 autorizadas por la Comisión

La primera ayuda, diseñada ad hoc según el artículo 107.2b) para compensar los perjuicios originados por la cancelación de eventos relacionada con el COVID-19 fue autorizada el 12 de marzo a Dinamarca⁴⁸. La Comisión afirma en su considerando 30 que la pandemia es considerada como una situación excepcional. Abre la veda a las siguientes ayudas de Estado que puedan ser concedidas por esta vía.

En el primer mes desde la decisión en la que la Comisión autorizaba la primera ayuda de Estado adoptada con el fin de hacer frente al coronavirus, han sido publicadas 43 decisiones, por medio de las cuales han sido aprobadas 53 medidas en 24 Estados miembros. La base legislativa de dichas ayudas de Estado ha sido en su amplia mayoría la del Artículo 107.3.b) TFUE, por lo que han requerido un análisis mayor por parte de la Comisión. Únicamente cuatro ayudas de Estado, de entre las cuales una francesa y tres danesas, han sido justificadas bajo el artículo 107.2.b) TFUE y por tanto aprobadas de manera automática. Al quedar restringido el poder de la Comisión, requiere un mayor esfuerzo respecto de la presentación de informes que justifiquen los daños a reparar.

Como respuesta a las graves perturbaciones de la economía de los Estados miembros, han sido adoptadas una gran variedad de ayudas públicas según la modalidad escogida de entre las opciones del Marco Temporal. De esta forma son elaborados sistemas de garantías, se conceden préstamos bonificados, son diseñados programas de inyección de liquidez o se conceden prórrogas sobre el pago de impuestos. Adicionalmente, existen una serie de criterios que suponen la existencia de un gran abanico de posibilidades en las estrategias de política económica. Según el tamaño de las empresas a las que van dirigidas las ayudas, existen ayudas a la economía general o a pymes o autónomos. También podrá cada Estado optar por exigir la relación de causalidad entre COVID-19 y la insolvencia de la empresa beneficiaria. Por otro lado, según el sector al que se destinan, las ayudas pueden ser generales o ir destinadas a sectores especialmente afectados como es el destinado a empresas gestión de aeropuertos y aerolíneas.

Serán brevemente analizadas las decisiones relativas a la autorización de las medidas ayudas públicas otorgadas por España por medio de los Reales Decretos Ley relativos al

⁴⁸ Decisión de la Comisión, Ayuda de Estado autorizada a Dinamarca, SA.56685, 12 de marzo de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202011/285054_2139535_70_2.pdf

Estado de alarma⁴⁹. Han sido publicadas tres decisiones de la Comisión al respecto el 24 de marzo y el 2 y 24 de abril sin objeciones.

La primera decisión relativa a ayuda públicas españolas está relacionada con el apoyo a empresas y autónomos y asciende a 20 mil millones de euros. Destaca principalmente la línea de avales que serán otorgados por el Instituto de Crédito Oficial y que pueden facilitar la negociación de acuerdos de refinanciación o reestructuración de deuda. La segunda ayuda autorizada, deriva del Real Decreto Ley 8/2020 y tiene un margen general y supone la adopción de un sistema denominado “Paraguas” (*Umbrella Scheme*)⁵⁰ que se materializa en: subvenciones directas, anticipos reembolsables, ventajas fiscales o de pago, garantías sobre préstamos y bonificación de intereses.

3.1.3 *Modalidades de ayudas públicas no contempladas en el Marco Temporal*

Resulta interesante analizar la compatibilidad entre medidas públicas adoptadas dentro y fuera del Marco Temporal de marzo de 2020. A las ayudas consistentes en garantías o créditos recibidas no podrán ser añadidas otras si ya se han alcanzado los umbrales previstos. Por otro lado, las ayudas para el desarrollo de actividades relacionadas con el Covid-19 no serán acumulables con otras que pretendan cubrir los mismos gastos. Sí son compatibles entre sí: las medidas públicas no calificadas como ayudas de Estado por su carácter general, las ayudas de minimis, las compensaciones a los daños sufridos y las ayudas de rescate o reestructuración previstas en el artículo 107.3.c) TFUE.

Conviene valorar los requisitos y adecuación de ambas medidas a la situación económica a la que pretenden hacer frente. Por un lado, para que la ayuda de Estado sea automáticamente autorizada al amparo del ART 107.2 b) debe probare la existencia de una situación excepcional que genere daños para la empresa. Al ser calificada de tal manera la pandemia actual, se requiere la existencia de un nexo causal entre el acontecimiento y lo daños. De tal manera, no sería aplicable a aquellas sociedades ya insolventes en marzo de este año. Resulta una herramienta adecuada para cuantificar y compensar los daños sufridos en los primeros momentos de la pandemia.

⁴⁹ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. (BOE 18 de marzo de 2020)

⁵⁰ Decisión de la Comisión, Ayuda de Estado autorizada a España, SA.5685 2 de abril de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202016/285295_2148302_60_2.pdf

Por otro lado, el Art 107.3c) TFUE no resulta adecuado para la adopción de respuestas rápidas motivadas por la urgencia de la crisis. Podrá ser útil para gestionar situaciones de insolvencia originadas a partir de 2020 en sectores concretos. En el caso de ayudas de rescate y reestructuración, tendrían un carácter temporal y reversible las primeras, mientras que las ayudas de reestructuración serían útiles a más a largo plazo.

El antecedente directo su marco regulatorio se encuentra en la aprobación por parte de la Comisión de las operaciones de rescate de la banca española⁵¹ en 2012. Buscaba restablecer la viabilidad a los bancos, así como el saneamiento de sus balances. La Comisión publicó en julio de 2014 unas Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas no financieras en crisis⁵². El periodo de vigencia de dicho instrumento abarca hasta el 31 de diciembre de 2020. La condición de empresa en crisis implica la previsión de que la empresa desaparecería en el corto y medio plazo si no se produce la intervención estatal. La Comunicación fija además unos criterios de presunción de tal insolvencia como es en el caso de una SA, la desaparición de más de la mitad del capital social suscrito. También se contempla la opción de que la empresa se encuentre en concurso o reúna los requisitos para poder estar inmersa en un procedimiento concursal. En nuestro ordenamiento hablaríamos de la incapacidad de hacer frente a obligaciones regulares del artículo 3 LC.

El punto 2.3 de la Comunicación recoge tres modalidades de ayudas: ayudas de salvamento, ayudas de reestructuración y apoyo temporal de reestructuración, siendo la última aplicable a pymes y pequeñas empresas estatales. Destaca como posible solución ante la pandemia el punto 29 de la Comunicación, que permite el uso de los dos últimos tipos de ayuda expuestos a empresas que no se encuentran en crisis pero que se enfrentan a una necesidad de liquidez aguda debido a circunstancias excepcionales o imprevistas.

⁵¹ Banco de España: “Ayudas estatales: la Comisión aprueba planes de reestructuración de los bancos españoles BFA–Bankia, NCG Banco, Catalunya Banc y Banco de Valencia” . 28 de noviembre de 2012. <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/InformacionInteres/ReestructuracionSectorFinanciero/Archivo/Ficheros/comision281112.pdf>

⁵² Comisión Europea: “Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis”, C 249/01. Apartado 20, 31 de julio de 2014. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52014XC0731\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52014XC0731(01))

3.2 Antitrust estadounidense

Mientras que en el Derecho de la competencia nace en la UE en la década de los cincuenta como pilar esencial en el diseño del mercado interior, el Derecho de competencia estadounidense se remonta al siglo XIX y es creado para hacer frente a prácticas notoriamente anticompetitivas en la distribución del petróleo. En concreto, la eliminación de competencia por medio de prácticas de venta a pérdida realizada por Standard Oil. La empresa de John D. Rockefeller desbancó y posteriormente adquirió en la década de 1880 a sus competidores hasta hacerse con el 90% del sector petrolífero estadounidense.

Es adoptada en 1890 la Sherman Act⁵³. Aplicada de un modo especialmente restrictivo durante los primeros años, encuentra un punto de inflexión respecto a sus criterios de interpretación con sentencias como la concerniente a Standard Oil en 1911⁵⁴. Dicha sentencia considera una alta cuota de mercado como indicativo de un posible monopolio e introduce la denominada regla de la razón (*rule of reason*) como método básico para el análisis de actuaciones anticompetitivas.

En este sentido, han de ser distinguidos aquellos actos intrínseca y extrínsecamente irracionales. Los primeros violan el Derecho de antitrust por su carácter inherente restrictivo (anticompetitivos per se) y no necesitan por tanto un análisis económico detallado de los motivos, tendencias o efectos de su uso. Son incluidos en esta categoría los acuerdos de no competencia, la fijación colusoria de precios y extensivamente los acuerdos de división del mercado, la exclusión competidores de cualquier mercado sustancial mediante un acuerdo de vinculación y la puesta en común de las ganancias y pérdidas⁵⁵. Hasta la década de los setenta primó en la doctrina la aplicación del criterio de que la anti competitividad per se. El mayor protagonismo que cobra en dicho momento el análisis económico de cada caso lleva al resurgir de la regla de la razón⁵⁶.

⁵³ “Si rechazamos que un rey gobierne nuestro país, no podemos aceptar que un rey gobierne nuestra producción, nuestro transporte o la venta de nuestros productos”. John Sherman, senador por Ohio que propuso la adopción de dicha ley.

⁵⁴ Kovacic (2002): “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking” Journal of Economic Perspectives—Volume 14, Number 1—Winter 2000—Pg.es 43–60 <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.14.1.43>

⁵⁵ Loevinger, L,” The Rule Of Reason In Antitrust Law” Department of Justice. 7 August 1961. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/file/1237731/download>

⁵⁶Carrier, M.: “The Four-Step Rule of Reason Antitrust” Antitrust Institute, Vol. 33, No. 2, Spring 2019. Pgs... 50-55. Disponible en: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2019/04/ANTITRUST-4-step-RoR.pdf>

Existe en la jurisprudencia comunitaria una distinción parecida según la cual una restricción de la competencia puede darse por objeto o por efecto. Las primeras serán actuaciones restrictivas de manera inherente de manera que no es necesario demostrar el perjuicio a la competencia en la aplicación del artículo 101 TFUE. Las tres categorías principales de restricciones por objeto incluyen: la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados.

Además de la Sherman Act, el Código de Estados Unidos recoge otra norma principal a nivel federal en materia de competencia: la Clayton Act de 1914 como normativa más detallada en cuanto a las prácticas prohibidas. Por otro lado, la función de aplicación de las normas de antitrust es ejercida por el departamento de Justicia y por una nueva institución administrativa; la Comisión de Comercio Federal (Federal Trade Commission).

Una diferencia esencial del modelo norteamericano con el europeo es la posibilidad de que las conductas anticompetitivas sean sancionadas penalmente con hasta 3 años de prisión o 10 millones de dólares de sanción pecuniaria en el caso de empresas y 350 mil persona física. Despunta en este sentido la sentencia de Sea Star Line de Puerto Rico, que supuso la pena de prisión de cinco años y pena pecuniaria de 25 mil dólares del expresidente de la empresa de transporte de carga marítimo que participaba en un cártel para la fijación de precios excesivos en la ruta Estados Unidos- Puerto Rico⁵⁷.

Respecto a la adaptación de la normativa de competencia estadounidense a épocas de crisis, conviene recordar la estrategia seguida frente a la Gran Depresión de los años treinta. La Ley de Recuperación Nacional de 1933 (NIRA por sus siglas en inglés) se tradujo en la suspensión de ciertos preceptos de la normativa antitrust, permitiendo los acuerdos de fijación de precios y volumen de productos en determinados sectores. La doctrina económica sostiene que dichas políticas no solo no contribuyeron a la recuperación, sino que pudieron agravar la situación de recesión. En relación con la crisis económica desencadenada por el COVID-19, las dos autoridades principales en la aplicación del Derecho de Competencia han expresado la posibilidad de que empresas competidoras colaboren entre sí⁵⁸

⁵⁷ Puttermans, A. (2016). “Droit de la concurrence: États-Unis versus Union européenne». Droit économique comparé. Questions choisies. Université Libre de Bruxelles, Anthermis. Pgs.. 69-104, Pg. 80

⁵⁸ Department of Justice, “Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19”, 24 De marzo de 2020. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>

4. OPERACIONES SOCIETARIAS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL FRENTE A LA INSOLVENCIA

El Derecho societario posibilita la continuidad de la empresa o parte de ella por medio de reajustes en el balance o por la participación en nuevas formas jurídicas. Bajo la autonomía de la voluntad, suponen la reasignación de recursos por aquellos afectados directamente por la marcha de la empresa. Supone la adopción de soluciones que no serían posibles en sede concursal en la que las facultades patrimoniales del deudor son especialmente limitadas según un régimen de suspensión o intervención de las facultades de disposición del artículo 40 LC.

Las operaciones societarias podrán ser acordadas como medidas incluidas en el marco de operaciones preconcursales como puede ser la reestructuración de la deuda. Un saneamiento de la sociedad de capital desde dentro podría llevarse a cabo mediante modificaciones de los estatutos sociales, y en concreto del capital social o por medio de la modificación estructural de la sociedad. La empresa puede reajustar la proporción entre su pasivo y su activo mediante una reducción de capital. Por otro lado, un aumento del capital podría facilitar la entrada de nueva fuentes de financiación en la empresa.

Existen por su parte las denominadas operaciones “acordeón” que consisten en una reducción y aumento de capital simultáneos. Permitidas por el artículo 343 LSC, suelen atender a un propósito de saneamiento financiero y de reintegración del capital. La disminución de capital logra el equilibrio con la cifra de patrimonio neto y enjuga las pérdidas acumuladas, mientras que el subsiguiente aumento permite que se reconstruya el patrimonio neto. Es posible que tras esta operación se respete la estructura del accionariado gracias a los derechos de asunción o suscripción preferente de las nuevas acciones o participaciones a disponibilidad de los socios⁵⁹. La última alternativa a contemplar en el marco de las modificaciones estatutarias puede ser la capitalización de la deuda, que tiene un impacto singular sobre la configuración del balance.

Se definen como modificaciones estructurales aquellas operaciones que conlleven una alteración sustancial del contrato de sociedad, por quedar afectada su organización patrimonial o personal. Recogidas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones

⁵⁹García de Enterría, J., Iglesias Prada J.L. (2018)“La modificación de los estatutos sociales: aumento y reducción de capital social. Separación y exclusión de socios”. Cit: Lecciones de Derecho Mercantil, vol. I. Pgs.533-554. Pg. 550.

estructurales de las Sociedades Mercantiles⁶⁰ (LME), suponen un abanico de opciones que pueden ser de utilidad a la hora de reparar una situación de insolvencia. La adopción de esta ley responde a la adaptación del Derecho Mercantil español a la normativa comunitaria en materia de fusiones transfronterizas. Supuso la ampliación en la tipificación de operaciones societarias de transmisión de empresas, al incluir la cesión global de activo y pasivo, tradicionalmente vinculada al ámbito de la liquidación⁶¹.

Una operación de transformación podría ser escogida como medio para limitar la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales previas a la transformación y continuar con la actividad empresarial. El artículo 21 LME permite el cambio de forma societaria en este sentido si tal supuesto es aceptado por los acreedores por un plazo de 5 años. Esta posibilidad parece poco probable si tenemos en cuenta lo que está en juego para los acreedores, que difícilmente estarán conformes con la descrita condición.

Por otro lado, sí es previsible una oleada de operaciones de concentración en los sectores más afectados por la crisis, principalmente entre empresas cuya actividad empresarial se desarrolla en los sectores de transporte o turismo. Tendrá como consecuencia la extinción de una de las sociedades si hablamos de adquisición o de las dos en caso de fusiones y en las negociaciones previas un asunto esencial lo constituirá la fijación del tipo de canje o nueva relación de accionistas. Las fusiones transfronterizas intracomunitarias quedan por su parte reguladas en los artículos 54 y siguientes LME. Tal y como ha sido apuntado supra, son operaciones supervisadas por las autoridades de la competencia nacionales e internacionales. Tendrán que ser cumplidos los requisitos presenten en la LME así como los relacionados con la transparencia y criterios de contabilidad.

Resultan especialmente interesantes como alternativas al concurso la escisión y la cesión global de activo y pasivo. La escisión permite el reparto o disgregación patrimonial, es decir, es la operación inversa a la fusión. La contraprestación a esta operación ha de consistir en acciones o participaciones en el capital de la sociedad o sociedades adquirentes; lo que constituye la nota diferenciadora con respecto de la cesión global de activo y pasivo. Dentro de los distintos tipos de escisión, pueden resultar especialmente útiles para la continuidad de una empresa que atraviese una época de dificultad la escisión parcial o la segregación de la sociedad. En ambos casos se transmite una unidad

⁶⁰ Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. (BOE 4 de abril de 2009).

⁶¹García de Enterría, J., Iglesias Prada J.L. (2018) “Las modificaciones estructurales de las sociedades”. Cit: Lecciones de Derecho Mercantil, vol. 1. Pgs.555-579. Pg. 555

económica (Art 70.1 LME) y no la sociedad en bloque, lo que permitiría salvar las líneas de negocio de la sociedad insolvente que tengan mayor probabilidad de supervivencia. El conjunto de elementos patrimoniales rescindidos deberá presentar cierta unidad o congruencia funcional afectos al ejercicio de una misma actividad económica.⁶²

Además, la regulación de la escisión prevé un régimen especial de protección de los acreedores, con el fin de evitar su perjuicio. Existe el derecho de oposición de los acreedores tanto de la sociedad escindida como de las sociedades beneficiarias (Art 73 LME). Otra cuestión es la de la subrogación de las sociedades beneficiadas en los derechos y créditos transmitidos. Ante el incumplimiento por parte de la sociedad beneficiada, se establece que respondan solidariamente el resto de adquirentes y la sociedad escindida si hablamos de escisión parcial o segregación.

La cesión global del activo y del pasivo, que anteriormente constituía una suerte de procedimiento abreviado de liquidación de las sociedades de capital, supone ahora otra posibilidad de reorganización empresarial al margen del concurso. La contraprestación percibida al transmitir la sociedad en bloque no podrá consistir sin embargo en la atribución de acciones o participaciones de la empresa beneficiaria (Art 81 LME).

La aprobación de las operaciones descritas por las juntas generales exige unas mayorías y formalidades distintas según la operación y tipo societario. Sin embargo, la experiencia demuestra que, así como los acuerdos de refinanciación podían verse frustrados por la negativa de un porcentaje ínfimo de los acreedores concurrentes, las operaciones societarias pueden encontrar un bloqueo en el abuso del derecho ejercido por los accionistas⁶³. Entra en juego la dicotomía entre los deberes de colaboración y fidelidad del socio en el conflicto de intereses socio-sociedad. Si la operación societaria propuesta permite la viabilidad del proyecto empresarial, es razonable que el socio realice un pequeño sacrificio en favor del interés general de la empresa.

⁶² García de Enterría, J., Iglesias Prada J.L. “Las modificaciones estructurales de las sociedades”. Cit: Lecciones de Derecho Mercantil, vol. 1. Pgs.555-579. Pg. 573

⁶³ Pulgar, Ezquerro. “Reestructuración de Sociedades de Capital y Abuso de Minorías”. 2013/73, Universidad Complutense. Febrero de 2013. https://eprints.ucm.es/19951/1/Juana_Pulgar_reestructuracion_societaria.pdf

5. INSTRUMENTOS PRECONCURSALES

Ante una situación de insolvencia actual o inminente priman las negociaciones entre la sociedad y sus acreedores frente a la opción de embarcarse en un procedimiento costoso, estigmatizado y prolongado en el tiempo como es el concursal. Las estadísticas españolas demuestran que el procedimiento concursal diseñado por el legislador no facilita especialmente la recuperación o saneamiento de empresas en dificultad, abocadas a la liquidación. Ya sea por la falta de tempestividad a la hora de solicitar la declaración del concurso o el exceso de intereses protegidos como privilegiados durante el mismo, la realidad es que las sociedades llegan al concurso con una probabilidad de supervivencia reducida. La configuración de alternativas al concurso con base en la autonomía de la voluntad se posiciona por tanto como un asunto esencial para brindar una solución rápida que permita la continuidad de la empresa.

Es por ello por lo que los ordenamientos jurídicos no sólo deben prever la existencia de tales mecanismos en la normativa concursal, sino que resulta necesario establecer un marco a su alrededor que promueva soluciones marcadas por la eficiencia.

Garrido estipula la existencia de tres tipos de procedimientos extrajudiciales en este sentido. Existirá un mecanismo calificado como informal si el deudor llega a un acuerdo con sus acreedores con el que poder superar las dificultades financieras. Por otro lado, si dicha solución inter partes viene prevista legalmente, la solución será tildada de reforzada. Un procedimiento híbrido por su parte es aquel que conjuga la adopción de un contrato con una intervención limitada por parte del juez⁶⁴. La figura hoy prevista (y por tanto reforzada) en nuestro ordenamiento de manera estandarizada es el acuerdo de refinanciación, mientras que la su homologación la convierte en un remedio híbrido.

Los mecanismos a disponibilidad del deudor para atajar la situación de insolvencia en un ámbito privado disponibles en el ordenamiento español son variados y están repartidos en distintas normas de Derecho concursal, societario o financiero. Nuestra Ley Concursal⁶⁵ prevé el acuerdo extrajudicial de pagos como tercera vía frente al convenio o liquidación en la finalización del concurso. Además, desde la reforma de 2014, son

⁶⁴ Garrido, J.M. (2012), Out-of-Court Debt Restructuring, World Bank Group, Washington D.C. Disponible en:

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2230/662320PUB0%20EPI00turing09780821389836.pdf?sequence=1>

⁶⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE 10 de julio de 2003)

incluidas en la normativa concursal estipulaciones con respecto a los acuerdos de refinanciación. Surge por otro lado en nuestro ordenamiento, respecto al deudor persona física, la exoneración del pasivo insatisfecho recogida en la Ley de 25 de mayo de 2015⁶⁶ (Ley de Segunda Oportunidad). Será analizada a continuación la configuración de dichas instituciones, así como la incidencia del Derecho comunitario sobre cada una de ellas.

5.1 Proceso de armonización del Derecho europeo de la Insolvencia: promoción de soluciones preconcursales

La introducción de un diseño efectivo y la promoción del uso armonizado de las instituciones preconcursales a nivel comunitario tiene su inicio en la recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 que se materializaría en el Reglamento 2015/848 relativo a los procedimientos de insolvencia transfronteriza y en la Directiva 2019/1023, cuya trasposición queda hasta la fecha pendiente en nuestro ordenamiento.

Dicho proyecto de convergencia ha sido ampliamente defendido en los últimos años por la doctrina y su transposición antes de 2020 habría permitido “arreglar el tejado en un día soleado” y no en mitad de la tormenta⁶⁷. Es decir, fortalecer la normativa concursal con en tiempos de serenidad desde el prisma del interés general, y no a golpe de medidas del ejecutivo ad hoc marcadas por urgencias inesperadas. Desde marzo de este año, apremia en mayor medida la necesidad de adaptar los ordenamientos nacionales a tal marco.

Mientras que el primer esfuerzo de armonización materializado en el Reglamento de insolvencia tiene un alcance puramente procesal que pueda hacer frente al problema del fórum shopping en el seno de la UE, la Directiva supone un paso más ambicioso. Persigue el establecimiento de unos principios sustantivos mínimos en lo referente a estructuraciones preventivas de deudas y a la exoneración del pasivo insatisfecho. Además, resulta primordial la detección temprana de situaciones de insolvencia, así como su tratamiento eficiente mediante reestructuraciones de deuda preventivas⁶⁸.

⁶⁶ Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 26 de mayo de 2015)

⁶⁷ Frase de Christine Lagarde respecto a la lenta y heterogénea recuperación económica mundial en 2017. Lagarde, C. (2017) “Buen momento para reparar el tejado” Conferencia en Harvard 5 de octubre de 2017. Publicado en la página del Fondo Monetario Internacional <https://www.imf.org/es/News/Articles/2017/10/04/sp100517-a-time-to-repair-the-roof>

⁶⁸ Valiente, D. “Harmonizing Insolvency Laws in the Euro Area. Rationale, stocktaking and challenges. Center for European Policy Studies, Special Report. No. 153, December 2016. <https://www.ceps.eu/ceps-publications/harmonising-insolvency-laws-euro-area-rationale-stocktaking-and-challenges/>

No obstante, y desde el punto de vista del Banco Central Europeo, el diseño de la Directiva de 2019 resulta insuficiente en cuanto a que no aborda elementos esenciales en materia concursal como son: la incoación de los procedimientos de insolvencia, una definición de la situación de insolvencia (en nuestro ordenamiento entendida como la incapacidad de pago de deudas regulares y en otros justificada por un sobreendeudamiento), la prelación de créditos y las acciones revocatorias. La unificación de los criterios del legislador en las cuestiones apuntadas debe considerarse como el fin último del proceso iniciado en marzo de 2014⁶⁹.

Además, ambas normas comunitarias prevén en sus considerandos la posibilidad que la empresa atravesase dificultades que, aun no siendo de carácter financiero, supongan una amenaza real y seria para la capacidad actual y futura de pagar deudas contraídas y exigibles a su vencimiento^{70 71}. Dicho obstáculo se traduciría a medio plazo en una crisis de liquidez y, si se prolonga durante varios meses podría poner en peligro la supervivencia de la empresa. Ante la impredecible situación económica, resulta reconfortante que el diseño de las normas de armonización permita su adaptabilidad ante una posibilidad tan remota como es una pandemia.

5.2 Incorporación progresiva de mecanismos preconcursales a la Ley 22/2003

En el caso español son numerosas y relevantes las críticas que ha recibido la Ley 22/2003 y sus constante modificaciones. Consideradas como “parches” al diseño inicial del procedimiento, no parecen solventar el fracaso estructural de la norma. Elaborada en una época de bonanza económica, el legislador preveía la escasez de situaciones de dificultad económica que implicasen recurrir al concurso de acreedores, lo que se tradujo en que el procedimiento concursal se erigiese como única solución a la situación de insolvencia que pudiese atravesar una empresa. Sin embargo, la crisis de 2008 y sus efectos sobre el

⁶⁹ Dictamen del Banco Central Europeo, de 7 de junio de 2017, sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, DOUE 236, 21 de julio de 2017. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.236.01.0002.01.SPA&toc=OJ:C:2017:236:TOC

⁷⁰ Considerando 17 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. DO 141 de 5 de junio de 2015.

⁷¹ Considerando 28 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. DO 172 de 26 de junio de 2019.

tejido empresarial español, explicitan la necesidad de establecer soluciones tempranas a la insolvencia que contribuyan a la desobstrucción de los juzgados mercantiles.

De esta manera, son introducidos a cuentagotas en el Derecho concursal español los comentados institutos concursales. En 2009, son introducidos de forma urgente los acuerdos de refinanciación, siendo la posibilidad de su homologación judicial contemplada en 2011. La reforma concursal de 2014 incluye además la opción de recapitalización de deuda. Por otro lado, La Ley de Emprendedores de 2013⁷² añade el Título sobre el Acuerdo judicial de Pagos en la Ley Concursal, que es completado en 2015 con denominada Ley de Segunda Oportunidad. Es esta última ley la que prevé en su disposición adicional octava la sistematización de la dispersa normativa concursal mediante la adopción de un Texto Refundido que aglutine las previsiones en materia concursal comentadas, hoy esparcidas por normas de distinta índole del ordenamiento.

El Derecho de Insolvencia actual español queda configurado hoy como un conjunto normativo complejo y fragmentado, caracterizado por la superposición sucesiva de diferente estratos⁷³. Además de los numerosos fallos sustantivos, adolece de una grave falta de sistematización. El debate al respecto en abril de 2020 se centra en el orden a seguir por el legislador respecto de la adopción del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal y de la transposición de la Directiva de reestructuraciones. Resulta innegable la emergencia de la transposición de la Directiva a tiempo para poner a punto nuestro ordenamiento frente a la oleada de situaciones de insolvencia. De este modo, a efectos de facilitar una mejor comprensión y aplicación, sería óptimo que la actualización de nuestro Derecho Concursal sea llevada a cabo sobre un texto único, y no con modificaciones parciales de una pluralidad de normas dispersas en el ordenamiento jurídico.

5.3 Acuerdos de refinanciación y reestructuración de la deuda

El objetivo principal en el diseño de los acuerdo de refinanciación y sus consecuencias jurídicas es evitar la liquidación de empresas que, aun pasando por dificultades

⁷² Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización(BOE de 28 de septiembre de 2013).

⁷³ Quijano, J. “Cuestiones actuales en el Derecho concursal y europeo”. Estudios de Derecho Empresario. Vol. 15. Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. 24 julio 2018. Pg. 10. <https://revistas.psi.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/21202/20743>

financieras o económicas, puedan ser viables. Se busca la desjudicialización del tratamiento de la insolvencia, que permita un considerable ahorro en tiempo y que costes.

Aunque esta institución preconcursal lleva presente en nuestro ordenamiento desde 2009, pensada para hacer frente a la insolvencia del sector inmobiliario, es en 2014 cuando se establece un marco más amplio y detallado. Mientras que la primera aproximación estaba orientada a facilitar la transmisión de activos inmobiliarios con el objetivo de reducir la deuda, la posterior regulación cubre las posibles crisis en otros sectores como es el de la industria. En tales casos, no bastaría con la liberación de determinados activos, sino que ha de incluirse la opción del saneamiento de las empresas por medio de la reorganización empresarial, la liquidación de unidades económicas ineficientes y la reestructuración del pasivo⁷⁴.

Aunque se trate de una solución basada en la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, resulta necesaria la existencia de incentivos legalmente previstos para que deudor y acreedor se decanten por este instrumento. Su regulación deberá promover del mismo modo la eficiencia en el resultado de las negociaciones. A tal efecto, son introducidos en los denominados “escudos protectores” de los instrumentos preconcursales.

Un primer incentivo en nuestro ordenamiento para que el deudor considere su uso es la disponibilidad de un plazo más amplio para ejercer el deber de solicitar el concurso. Al amparo del artículo 5 bis de la Ley Concursal. El plazo inicial de dos meses llega a extenderse a medio año que se divide en: dos meses para comunicar al juzgado que se encuentra negociando con los acreedores sobre los créditos vencidos y exigibles ante los que no puede hacer frente, tres meses durante los que tienen lugar las negociaciones, y un mes desde su finalización frustrada para solicitar el concurso voluntario.

En dicho plazo, el patrimonio del deudor queda además protegido frente a posibles ejecuciones singulares por parte de los acreedores. Sin embargo, este beneficio derivar en la dilación de solicitud del concurso y en un mayor deterioro de la masa activa ya escasa.

Otro factor esencial es el blindaje de las operaciones realizadas en el marco de una operación de reestructuración o refinanciación en los dos años previos a la declaración del concurso, ante acciones rescisorias (art 71bis .1 y DA 4ª.13 LC). Esta constituye una

⁷⁴ León, F., “La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales”, en ENSXXI nº56, julio-agosto 2014. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-56/3810-la-reforma-de-los-acuerdos-de-refinanciacion-preconcursales>

garantía a los acreedores financieros, que no verán revertidos sus esfuerzos, concesiones y tiempo empleado en la negociación de soluciones ajenas al concurso. El requisito para obtener tal protección es que los créditos afectados por el acuerdo representen al menos tres quintos del pasivo del deudor. La exigencia de mayorías tan elevadas produce un doble efecto: garantiza que los acreedores implicados se han cerciorado correctamente de la viabilidad de la empresa, pero resulta una tarea compleja la de lograr tales acuerdos.⁷⁵

Tal blindaje es posible gracias a la homologación judicial del acuerdo concertado por los acreedores que representen al menos el 51% del pasivo financiero, introducida con la Ley 38/2011⁷⁶. Son desplegados, gracias a una intervención mínima por parte del juez, son los efectos jurídicos derivados del acuerdo.

Además, se dota a la nueva financiación de un privilegio general del 50% así como de la consideración de crédito prededucible contra la masa del resto. Se trata de del *fresh money* preconcursal, que protege los acuerdos ante un eventual procedimiento concursal.

La Comisión en su recomendación de 2014 recomendaba que bajo el paraguas de la no rescindibilidad no sólo fuese incluida la nueva financiación recibida, sino también las operaciones de venta de activos o unidades económicas del deudor, así como la capitalización de la deuda. Es así como la LC prevé en los apartados tercero y cuarto de la disposición adicional cuarta, la concurrencia de mayorías más abultadas que el 51%, que junto con la consideración de la proporcionalidad del acuerdo posibilitan la extensión de los efectos del acuerdo a acreedores disidentes.

Sin embargo, a pesar del propósito de flexibilización de la normativa preconcursal y concursal demostrado en 2014, es criticada por la “hipertrofia del crédito público” o perpetuación de la posición privilegiada de los acreedores públicos, que no ven paralizadas sus ejecuciones singulares durante el periodo de negociación, y sobre los cuales queda limitada la “capacidad de arrastre” de un acuerdo por mayorías.⁷⁷

⁷⁵Sánchez-Calero, J. « Refinanciación y reintegración concursal”, Documentos de trabajo del Departamento Mercantil, Pg. 32 Universidad Complutense de Madrid. Noviembre de 2009. <https://eprints.ucm.es/9658/1/Refinanciacionconcursal.pdf>

⁷⁶ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE de 10 de octubre de 2011)

⁷⁷ Pulgar Ezquerro, J.: “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas Urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”. Diario La Ley, N.º 8391, Sección Doctrina, Pg. 6. 3 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial

Adicionalmente ha de ser puntualizado que la entrada en el procedimiento concursal no sólo afecta a la reputación y al patrimonio en deterioro progresivo del deudor, sino que supone para el acreedor una dotación o incremento de provisiones por insolvencia. Los denominados *non performing loans*, objeto de estricta vigilancia por parte de los supervisores financieros que han aprendido la lección de la crisis de las *subprime*.

Hoy los ratios en este sentido han sido flexibilizados como respuesta a la crisis pandémica que afecta gravemente a la economía europea. En este sentido, la Autoridad Bancaria Europea cuentan con la posibilidad de aliviar exigencias de capital, así como de modificar el calendario relativo a las provisiones de créditos morosos. Es de aplicación el denominado “colchón anticrisis” (oficialmente Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities) que permite un mayor nivel de solvencia en el sector bancario, de tal forma que sea autosuficiente en su labor de apoyo a la economía real⁷⁸.

5.4 Acuerdo Extrajudicial de Pagos

La Ley de Emprendedores 14/2013, tachada de confusa y poco precisa desde un punto de vista técnico, añade mediante su artículo 21, el Título X sobre el Acuerdo Extrajudicial de Pagos a la Ley Concursal. Se trata de la procedimentalización de acuerdos típicamente realizados al amparo de la autonomía de la voluntad. No supone la negociación con los acreedores de las condiciones de los créditos existentes, sino que consiste en la elaboración de un plan de pagos de los mismos. Además, tampoco se trata de un método puramente contractual por la intervención protagonizada por el un mediador concursal.

Regulado entre los artículos 231 y 241 bis LC, es un mecanismo disponible para el deudor persona física o jurídica en situación de insolvencia. No obstante, el obstáculo principal a la aplicación de esta alternativa es la limitación presente en el artículo 231.3.2º LC. Restringe la posibilidad al deudor físico que en los cinco últimos años hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubiesen sido declaradas en concurso de acreedores.

LA LEY. Disponible en: http://www.icjce-euskadi.com/PonenciasForoConcursal2014/Ley17_2014-medidas-urgentes-refinanciacion%20.pdf

⁷⁸ Remolina , N. “Respuestas de Supervisores y Reguladores Financieros al COVID-19”. 13 de marzo de. Working Paper Series 1/2020. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. 13 de marzo de 2020. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=3554557>

Está por tanto destinado a empresas, empresarios y consumidores que, aunque presentaban signos de viabilidad económica durante el último lustro, necesitan de prórrogas en el pago de sus deudas por una falta de liquidez sobrevenida. Responde por tanto a necesidades distintas que la reestructuración de la deuda, que puede ser debida también a una situación de sobreendeudamiento o apalancamiento financiero. De esta manera, no es necesario llevar a cabo un saneamiento tan exhaustivo del balance.

La negociación de este mecanismo se beneficia también de la suspensión del deber de solicitar el concurso y de la paralización de ejecuciones individuales por parte de acreedores, así como del aumento de plazos presente en el artículo 5 bis LC. No obstante, no es el deudor quien debe comunicar al juzgado la existencia de negociaciones con acreedores, sino que es tarea del registrador o notario que nombra al mediador concursal.

No obstante, en línea con la configuración de los privilegios del concurso en nuestro ordenamiento, son los acreedores ordinarios y subordinados quienes ven afectadas sus expectativas de cobro. Mientras que los acreedores privilegiados (públicos y aquellos que ostenten garantías entre otros) ven intactos sus créditos ante esta situación, los acreedores con garantía real sobre bienes no esenciales para la actividad de la empresa quedarán afectados siempre que decidan sumarse al plan extrajudicial⁷⁹.

Existe en la doctrina discusión respecto de la obligación de que la totalidad de acreedores sean convocados a la negociación del plan de pagos o si de lo contrario el deudor puede seleccionar qué créditos serán incluidos. En este sentido, Sanjuán aboga por la posibilidad de alcanzar un acuerdo de carácter selectivo⁸⁰. La adhesión voluntaria a esta clase de acuerdos es contemplada en las normas concursales italiana y francesa desde 2010. La *Insolvenzordnung* alemana, requiere por su parte la intervención de todos los acreedores, mientras que los *schemes of agreement* ingleses prevén el acuerdo total o selectivo de acreedores. La interpretación literal de la Ley Concursal da a entender un planteamiento general en la elaboración de los acuerdos. Sin embargo, puede interpretarse que, al

⁷⁹ Senés, C. “El acuerdo extrajudicial de Pg.os:¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 1 (enero-marzo, 2014), Estudios, pp. 49-68, p 55.

<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/45>

⁸⁰ Sanjuán, E. “Acuerdos selectivos extrajudiciales de Pg.os (ASEP)”, LALEY, 8713/2013. 21 de noviembre de 2013. Recuperado de: <http://escueladerechoconcursal.org/wp-content/uploads/2013/11/ASEP-ENRIQUE-SANJU%C3%81N-Y-MU%C3%91OZ.pdf>

requerir el consentimiento de los acreedores afectados por el plan de pagos, se permita al acreedor delimitar el grupo de afectados para la mediación y aprobación del acuerdo.

El artículo 236 LC enumera las distintas medidas que pueden conformar el contenido de la propuesta. Incluye la posibilidad de otorgar: esperas por un plazo de hasta diez años, quitas, cesiones de bienes no o derechos no esenciales en pago y recapitalización y titulación de la deuda. En cuanto a su tramitación, los requisitos de mayorías necesarias para aprobar dicho acuerdo, entre el 60 y el 75% dificultan de gran manera la consecución de un acuerdo. Además, resulta de cierta manera perjudicial para fiadores y avalistas, cuyo patrimonio sí puede ser atacado salvo pacto en contrario.

En caso de incumplimiento del acuerdo, el mediador concursal insta el concurso. Da lugar al denominado concurso consecutivo, tramitado por el procedimiento abreviado. En caso de que el deudor sea persona física, cobra protagonismo del notario, nombra o no mediador concursal. Además, el concurso consecutivo se inicia en la fase de liquidación-

El intento de un acuerdo extrajudicial de pagos supone además el prerequisite para que los consumidores de puedan optar al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Se exige el cumplimiento de requisitos en dos tramos: el límite de 5 millones de pasivo y no haber obtenido un acuerdo extrajudicial de pagos en los cinco años anteriores a la solicitud, junto con los requisitos de la exoneración que serán expuestos a continuación.

5.5 Régimen de segunda oportunidad del deudor persona física

El tratamiento específico de la insolvencia de consumidores fue postergado en las sucesivas reformas de la Ley Concursal hasta que en 2015 es adoptada la denominada Ley de Segunda Oportunidad⁸¹. Aunque este trabajo se haya centrado esencialmente en el análisis de la insolvencia desde una perspectiva mercantil, conviene anotar que en 2019 fueron 2.135 de 6.599 de concursos tuvieron como objeto el patrimonio de personas naturales que no ostentan la condición de empresario.⁸².

El régimen previo a 2015 evidenciaba la gran problemática del concurso de personas físicas que implicaba que, al resultar el concurso en un pasivo remanente, no suponía el

⁸¹ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

⁸² Estadística del Procedimiento Concursal, cuarto trimestre de 2019 y año 2019. Nota de prensa, 6 de febrero de 2020. Instituto Nacional de Estadística. Pg. 5. <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0419.pdf>

verdadero saneamiento del patrimonio del deudor. Este veía dificultada la posibilidad de comenzar de nuevo una actividad empresarial por arrastrar cargas a las que el Derecho Concursal no había dado solución. Venía advirtiendo la doctrina de la derivación de tal situación en un mayor volumen de economía sumergida.

La introducción del artículo 178bis LC supone la creación en nuestro ordenamiento de la figura denominada *fresh start* o *discharge*, ampliamente extendido en el Derecho Comparado. Es escogido un modelo híbrido entre el la exoneración directa o automática modelo anglosajón y la exoneración condicionada al cumplimiento previo de un plan de pagos (*earned fresh start*), que presenta el Derecho alemán⁸³.

El artículo 176 bis LC, relativo a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (que puede acordarse en el mismo auto de declaración del concurso) permite al deudor persona física solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en dos momentos distintos. Podrá solicitarlo en el plazo de tramitación del auto de conclusión del concurso, o una vez finalizada la liquidación de los bienes del deudor llevaba a cabo por el administrador concursal

El procedimiento del beneficio del pasivo insatisfecho queda regulado en el artículo 178 bis LC. Destinado al deudor persona física, requiere la concurrencia de buena fe, que se presume en principio si son cumplido cinco requisito, siendo los dos primeros que el concurso no ha sido calificado como culpable ni que el haya deudor condenado previamente por una serie de delitos en lo diez años anteriores. Estas eran las primeras condiciones impuestas en la redacción inicial prevista en la Ley de Emprendedores, lo que convertía al tratamiento español de la cuestión en el más liberal de los ordenamientos jurídicos cercanos⁸⁴. Sin embargo, su posterior ampliación resulta en una configuración compleja del artículo 178bis LC.

Se trata de una serie de cortapisas que, aunque pretenden limitar el abuso que podría suponer un régimen demasiado abierto en la exclusión de la responsabilidad patrimonial universal del 1.911CC, se traducen en la configuración de un ámbito especialmente reducido de la aplicación del artículo 178 bis LC.

⁸³ Cuenca, M. “Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física” Revista CESCO de Derecho de Consumo nº11/2014. Pgs. 168-185. Pg. 173 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4842486.pdf>

⁸⁴ Cuenca, M. “No hay segunda oportunidad para el que menos tiene” El Notario del siglo XXI, julio- agosto 2013. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-50/57-no-hay-segunda-oportunidad-para-el-que-menos-tiene>

Son incluidos como hechos indicativos de buena fe el hecho de haber pasado por la fase de negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos independientemente de su resultado, así como la satisfacción de un determinado umbral del pasivo. Requiere que sean abonados los créditos privilegiados y contra la masa y en su caso, el 25% del pasivo ordinario. Una vez más, las facilidades otorgadas al deudor son pagadas por los acreedores menos protegidos por la normativa concursal. Se conjuga la elaboración de un plan de pagos para cubrir el pasivo no exonerable con la exoneración del resto de créditos.

Por su parte, la Directiva de Insolvencia adoptada en 2019 y mencionada en epígrafes anteriores, prevé en su artículo 20 un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas del deudor, que podría supeditarse a un reembolso parcial de la deuda. Sin embargo, existe un amplio margen para que los Estados miembros determinen qué créditos han de ser incluidos en tal reembolso. Puede producirse, en ordenamientos con una pronunciada tendencia *favor debitoris* como es el nuestro, que la protección de determinados créditos resulte en una exoneración que realmente consista en una condonación de deudas limitada.

El Tribunal Supremo recalca en su sentencia de 2 de julio de 2019⁸⁵, la importancia de una interpretación menos restrictiva de la Ley de Segunda Oportunidad, de manera que su aplicación sea conforma a la Exposición de motivos así como a la finalidad perseguida, desarrollada también en la Directiva 2019/1023⁸⁶.

Aunque es valorada positivamente la regulación de la salida extrajudicial de la crisis de consumidores, factores como los requisitos a cumplir, las competencias otorgadas al mediador concursal o el volumen de deuda efectivamente exonerado, pueden traducirse en limitados atractivo y eficiencia del procedimiento.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, 381/2019. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f9caf3b37c84304484b8072b28c6b92ae990a694d88e1b2c>

⁸⁶ Cuena, M. “Segunda oportunidad y crédito público: a propósito de la mal entendida sentencia del 2 de julio de 2019”. ENSXXI N.º 90, marzo - abril 2020. Disponible en: <http://www.elnotario.es/opinion/9628-segunda-oportunidad-y-credito-publico>

6. RECOMENDACIONES SOBRE LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL A LA CRISIS ECONÓMICA

A modo de cierre de esta exposición sobre los mecanismos disponibles en el Derecho mercantil para hacer frente a la crisis del COVID-19, serán expuestas a continuación las consideraciones expresadas recientemente por expertos en las ramas de Derecho de la Competencia y Derecho Concursal. Serán descritos los regímenes de actuación con los que la doctrina insta de forma urgente al legislador.

6.1 ¿Flexibilización de las normas de competencia o aplicación restrictiva?

La tendencia de las empresas y Estados, cuya actuación es objeto de control por parte de las autoridades de competencia, puede ser la de abogar por un régimen más laxo, justificado por la situación excepcional que atraviesa la economía. Será analizada la conveniencia de tal relajación de la norma en distintos ámbitos especialmente relevantes:

En cuanto a la flexibilización a las actuaciones que tienen lugar en el mundo empresarial, conviene recordar la posibilidad de cooperación en lo relativo a bienes escasos y especialmente relevantes en el contexto de la crisis sanitaria. Esta opción, brindada por la Comisión Europea y por las autoridades competentes estadounidenses, debe quedar suficientemente justificada, ya que no se trata de una carta blanca a las empresas del sector de la salud⁸⁷. Ante la duda sobre qué acuerdos o prácticas concertadas de las empresas de dicho sector no favorecen el interés público sino que comportan un perjuicio al mercado y en concreto a los consumidores, ya no es la empresa quien interpreta y decide cómo actuar de acuerdo con ello. La Comisión recupera el mecanismo de las *comfort letters*, mediante las cuales la incompatibilidad de un acuerdo vuelve a pasar el filtro de la Comisión antes de ser ejecutado. Resulta del mismo modo acertada la puesta a disposición de buzones especiales, como el desplegado por la CNMC, en los que las empresas, con mejor acceso a la información, puedan denunciar conductas restrictivas de la competencia. De este modo, las autoridades nacionales se sirven del conocimiento de las empresas del sector para centrar sus esfuerzos de investigación en pistas concretas conocidas gracias al *whistle blowing*.

⁸⁷ De Moncuit, A., “How might the COVID-19 crisis change the dynamics of competition law”. en *Concurrences* N° 2-2020, 15 De abril de 2020. Disponible en: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/on-topic/competition-law-and-health-crisis-en>

Por otro lado, el comentado Marco Temporal de ayudas de Estado ha sido positivamente valorado por su rapidez y marcada flexibilidad al permitir un amplio margen de actuación que, no obstante, puede derivar en la sobrecompensación de los daños sufridos o en la apuesta de algunos Estados por fortalecer “campeones nacionales” mediante fondos públicos. Se advierte de que un marco de ayudas demasiado general o impregnado de favoritismo será la causa de una asignación ineficiente de recursos. Del mismo modo, una mayor flexibilización, como puede ser elevar el umbral de las ayudas de minimis exoneradas de notificación⁸⁸, deberá ser acompañado por medidas de control más amplias. Es barajada en este sentido la posibilidad de que, tal y como ocurrió con las ayudas al sector financiero, la Comisión imponga una serie de condiciones ex post a la autorización de regímenes de ayudas públicas⁸⁹. Permitiría una mayor legitimación del gasto público, sometido a un control externo y supranacional que evite el malgasto de esfuerzos poco focalizados.

Con el objetivo de agilizar una probable oleada de operaciones de concentración consecutiva a la crisis, el Reglamento de concentraciones permite solicitar la derogación del régimen de suspensión que suele ser establecido hasta su autorización. Sería limitada de manera temporal la imposición de sanciones por la práctica denominada *gun jumping*, que consiste en la ejecución no autorizada de una fusión o adquisición. No obstante, puede resultar más conveniente que la actuación de la Comisión al respecto, eficiente en los últimos años, adopte una marcada celeridad en sus decisiones⁹⁰. Por otro lado, la OCDE⁹¹ considera oportuna, en la regulación de la estructura de mercado a medio plazo, la aplicación restrictiva de la excepción de la empresa en crisis de tal forma que las operaciones de fusiones y adquisiciones no supongan la pervivencia de empresas no viables camufladas en nuevas estructuras empresariales.

Finalmente, parte de la doctrina ve en esta crisis, como en otros periodos de recesión, una gran oportunidad de depuración de la economía de empresas estructuralmente

⁸⁸ Cit. Debroux, M.

⁸⁹ Cit. Costa-Cabral, F. et al.

⁹⁰ Cuninghame, N. et al, “Mergers & COVID-19: The impact on EU and national merger control” e-Competitions Mergers & Covid-19, Art. N° 94286, 23De abril de 2020. Disponible en: https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/mergers-covid-19/mergers-covid-19-the-impact-on-eu-and-national-merger-control?id_rubrique=3516

⁹¹ OCDE: “OECD competition policy responses to COVID-19” en Tracking Coronavirus: contributing to a global effort, 27 de abril de 2020. Disponible en : https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqxgniy07u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19

ineficientes. Es ese sentido, se defiende un buen uso de las ayudas públicas de tal manera que no derive en la perduración de empresas “zombies” de gran tamaño, mientras que se vean forzadas a salir del mercado startups que, antes del COVID-19 eran perfectamente viables económicamente.

El apoyo público a los proyectos empresariales es además considerado como preferible frente a las operaciones de concentración, debido a que, mientras el impacto de las primeras en la competencia es temporal, en el caso de las concentraciones deviene permanente. Contemplan las operaciones de fusión como el último recurso (que será probablemente justificada mediante la teoría de la excepción de la empresa en crisis) por detrás de la expansión de ayudas públicas y de la aplicación de la normativa de insolvencia⁹². Esta segunda posibilidad será valorada a continuación.

6.2 El Derecho Concursal como “muro de contención” ante insolvencias de empresas viables en la crisis del COVID-19

Tal y como fue expresado en el comienzo de este trabajo, las reformas en el Derecho Concursal no son el primer recurso al que acude el Estado cuando debe dar respuesta de forma inmediata a una grave crisis de liquidez. Esto no significa sin embargo que no sean por ello menos determinantes de la marcha y configuración de la economía post-crisis.

Con esta idea en mente, la doctrina propone una serie de reformas que sirvan de apoyo a las más intuitivas medidas en política económica y financiera, creando una suerte de “muro de contención” ante la destrucción del tejido empresarial que supondría una liquidación de empresas generalizada⁹³.

El objetivo principal en el proceso de adaptación de la normativa de insolvencia es evitar la liquidación de empresas que, de no ser por el shock externo de la pandemia, habrían prosperado por presentar una estructura organizacional eficiente y modelos de negocio

⁹² Padilla, J. Petit, N., “Competition policy and the Covid-19 opportunity” *Concurrences* N° 2-2020, Art. N° 94317. 20 De abril de 2020. Disponible en: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/foreword/competition-policy-and-the-covid-19-opportunity-94317-en>

⁹³ Gurrea Martínez, A. “Propuestas de reforma concursal en tiempos de pandemia: Una visión comparada”. *Blog Hay Derecho, Expansión*. 27 de abril de 2020. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/27/propuestas-de-reforma-concursal-en-tiempos-de-pandemia-una-vision-comparada/>

sólidos⁹⁴. Haciendo analogía con la crisis sanitaria, puede afirmarse que el objetivo de las tempranas medidas concursales, al igual que de las medidas de confinamiento, es el de aplanar la curva de concursos de manera que se evite el colapso de los juzgados (“las UCIs de empresas”⁹⁵). No obstante, deben incluirse medidas de prevención que aseguren la amortiguación del impacto de la crisis, no su aplazamiento al momento en el que deje de aplicarse el régimen temporal.

Las principales recomendaciones que la doctrina viene dirigiendo al legislador en cuanto a aspectos a modificar en las normas relativas al estado de emergencia, pueden resumirse en:

1. La suspensión del deber de solicitar el concurso exigido al deudor en situación de insolvencia. En concreto instada por la Conferencia Europea de Derecho de Reestructuración e Insolvencia⁹⁶ (CERIL por sus siglas en inglés). En nuestro ordenamiento el artículo 5 LC se ha visto afectado por el Real Decreto 8/2020 que, en su artículo 43 suspende tal deber hasta pasados dos meses del fin del estado de alarma. También suspende la facultad de los acreedores de solicitar el concurso necesario con el mismo término. No obstante, contrasta con la medida alemana en el mismo sentido, que preveía un plazo inicial hasta el 30 de septiembre de 2020, extendido hasta el 31 de marzo de 2021⁹⁷. Resulta oportuno dejar un margen a las empresas en el que reanuden su actividad empresarial y puedan recuperar los niveles de liquidez para que su recuperación sea sostenible⁹⁸.

⁹⁴ Boon, G-J., “COVID-19 Criss requires legislator to adapt Insolvency Legislation”. Oxford Business Law Blog. 27 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/covid-19-crisis-requires-legislators-adapt-insolvency-legislation>

⁹⁵ Carrillo, A., “El virus de la insolvencia y cómo doblar la curva de los concursos”. En Expansión Jurídico. 29 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/04/29/5ea9a3bd468aeb7548b45e6.html>

⁹⁶ Madaus, S., Wessels, B.: “COVID-19 urges legislators to adapt insolvency legislation” CERRIL, 20 de marzo de 2020. Disponible en: https://congressus-ceril.s3-eu-west-1.amazonaws.com/files/2ce93811f1f14745a9f94a9161b53766.pdf?Signature=YXV%2FWW01Q6%2FAaPZ%2FpRRqz7lehns%3D&Expires=1588086806&AWSAccessKeyId=AKIAIUTTQ23AZYKILZQ&response-content-disposition=inline%3Bfilename%3D2020-01_CERIL_Executive_Statement_on_COVID-19_and_insolvency_legislation.pdf

⁹⁷ Gurrea-Martínez, A., “Insolvency Law in times of COVID-19”. Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 2/2020 Publicado el 30 de marzo de 2020, última Revisión: 28 de abril de 2020. Pgs. 1-16. Pg. 8. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3562685>

⁹⁸ Esta crítica es solventada con el Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, que extiende la suspensión hasta el 31 de diciembre de 2020.

2. En lo referente a las posibles soluciones internas de la situación insolvencia, la doctrina aboga por una mejor calificación de los créditos recibidos de personas especialmente relacionadas con el deudor. En este sentido, debería ser suspendida la subordinación automática de tales créditos, cuyo mantenimiento podría incentivar la salida o reducida colaboración de los socios y administradores en la recuperación de la empresa.
3. En lo relativo a los analizados instrumentos concursales, la petición por excelencia en estos tiempos al legislador es la oportuna adaptación del Derecho español a la Directiva de Insolvencia. Resulta adecuado promocionar el beneficio de la nueva financiación o fresh money con mayor proporción de crédito prededucible (en Italia asciende al 100%), así como de la financiación puente, que tiene lugar en el transcurso de la negociación del acuerdo de refinanciación. Se aboga además por la potenciación de las novedosas modalidades de reestructuración forzosa (*cramdown* y *cross-class-down*) inexistentes en nuestro ordenamiento. De esta manera, podrán ser tratadas de manera eficiente las insolvencias de empresas, empresarios y consumidores, contribuyendo a la desobstrucción judicial.⁹⁹
4. El nivel de sobrecarga de los juzgados mercantiles presentada de manera previa a la crisis implica el imperativo fortalecimiento de los juzgados mercantiles mediante la dotación de recursos materiales y humanos. En esta línea, la Asociación Profesional de Administradores Concursales (ASPAC) propone, entre otras, la iniciativa de asumir parte de la carga tradicionalmente soportada por los jueces. Puede ser una propuesta interesante, teniendo en cuenta el grado de especialización en la materia de este cuerpo. También apuesta por la digitalización del nombramiento de administrador concursal¹⁰⁰.

⁹⁹ Pulgar Ezquerro, J. “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia”. *Diario La Ley*, N.º 9608, Sección Tribuna, 6 de abril de 2020, Wolters Kluwer

https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAFVQXWvCMBT9Nc2LMGJV1Ic81KZiQa0f2WBP5ZretWEhkSR1898vKtswkEPuOYebe0-Ak2dDSkCGHjS3kk1ub3VBAebYF2DbnFIIAQbQB_QswklvrNfW7ioFoKyZgGOCdcjUU3DuKDxjOh0Nqfkgs5HA3tTLZqApFNtt443PPzgvfIcAjBe5eJ9VyTpmItkdFpWEbZFMpXLI9ldbkt83r3uoh6SIOapB90FCGdJ1P8JcY3mEWCF0deDJ59g1V2FNng2UtaZ_vzUumA7j5FXvF6k4niUGbXP7jGcL8hHsHJbgcTstIogewL-PM30eYzxnW8i49tpI5F7IM5aDTNXyh-Db2R3b5Hd31Q-p8oG7beV2dIYkw_cPW4i40BAAA=WKE

¹⁰⁰ Noticias jurídicas: “ASPAC propone encargarse de tramitar en su totalidad, lo concursos de acreedores” 22 de abril de 2020. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/el-sector-legal/15082-aspac-propone-encargarse-de-tramitar-en-su-totalidad-los-concursos-de-acreedores/>

5. La última medida sugerida, de especial trascendencia en nuestro ordenamiento, es la suspensión de la aplicación de los artículos 363.1.e) y 367 LSC¹⁰¹. Esta ha sido atendida recogida en los artículos 40.11 y 40.11 del Real Decreto 8/2020 y elimina la encrucijada ante la que queda un deudor cuyo patrimonio neto queda disminuido por debajo de la mitad del capital social¹⁰². Implicaba la obligatoria opción entre la disolución, la declaración del concurso o bien la recapitalización de la deuda. Su incumplimiento derivaba en la responsabilidad solidaria de los administradores que no cumplieran con la causa legal de disolución en el plazo estipulado de dos meses. Adicionalmente podría adoptarse un nuevo régimen de contabilización que permita, de forma legal y moral, la exclusión temporal de elementos del pasivo, como las pérdidas por deterioro de valor o gastos de explotación que desequilibren el balance. Del mismo modo, también deberá ser limitada la posibilidad de exigencia de responsabilidad a los administradores, habida cuenta del carácter fortuito de la pandemia. Un paso más allá en este sentido consistiría en la suspensión de la sección de calificación en nuestro ordenamiento, de tal forma que no se produzcan resultados injustos por sancionar a administradores sin margen de actuación ante la crisis¹⁰³. Contribuye a perpetuar el estigma social del concurso en el caso de que un deudor sea tachado como culpable por errores relacionados únicamente con la contabilización, y no el efectivo impacto en la gravedad de la insolvencia

La ignorancia o insuficiente satisfacción de tales exigencias en el Real Decreto-Ley 8/2020 es, no obstante, ampliamente remediada por el Real Decreto- Ley 16/2020, adoptada en el Consejo de Ministros de 28 de abril¹⁰⁴. Un claro ejemplo en este sentido es la extensión del aplazamiento del deber de solicitar el concurso voluntario y de la facultad de instar la apertura del concurso necesario. La fecha en la que iniciar tales trámites sea posible, deja de ser expresada en términos relativos según la finalización del

¹⁰¹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 3 de julio de 2010)

¹⁰² Gurrea – Martínez, A., “Disolución de sociedades y concurso de acreedores en tiempos del coronavirus”, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 15 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.derechoyfinanzas.org/disolucion-de-sociedades-y-concurso-de-acreedores-en-tiempos-del-coronavirus/>

¹⁰³ Gurrea-Martínez, A., “La paradójica calificación culpable del concurso con insolvencia fortuita”, en Legal Today, el 11 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-paradojica-calificacion-culpable-del-concurso-con-insolvencia-fortuita>

¹⁰⁴ Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. (BOE 29 de abril de 2020)

estado de alarma (art 43 RD-L 8/2020), para determinar el fin de la suspensión en 2021 (art 11 RD-L 16/2020). La nueva medida, dedicada a la solución de problemas que la crisis produce en el ámbito procesal, dedica su Capítulo II, en los artículos 8 a 18 a la nueva regulación de medidas concursales y societarias.

Siguiendo el orden de los puntos de problemática descritos, conviene prestar atención a la protección brindada a los créditos otorgados durante el estado de alarma por acreedores internos y externos al funcionamiento de la sociedad.

De esta manera, son solventadas por medio del RD-L 16/2020 un amplio número de críticas recibidas a la normativa anterior. Son cubiertas numerosas situaciones que recogen la casuística posible según la fase del procedimiento concursal en la que se pueda ubicar cada empresa durante el estado de alarma. El artículo 12 establece la consideración de créditos ordinarios de los concedidos desde la declaración del estado de alarma por personas especialmente relacionadas con el deudor en los concursos que sean declarados hasta el 14 de marzo de 2022. El legislador va un paso más allá y brinda el mismo nivel de protección es otorgado a los préstamos preexistentes en los que se subroguen personas especialmente relacionadas con el deudor que hayan procedido al pago de créditos ordinarios o privilegiados por cuenta del deudor desde la declaración del estado de alarma.

La agilización de los procedimientos concursales pretende ser lograda mediante la tramitación preferente que según el art 14 recibirán: las operaciones de escisión o de cesión global del activo comentadas, así como de los convenios, la homologación de acuerdos de refinanciación y sus modificaciones.

En este sentido, el Real Decreto presenta varios artículos que hacen referencia directa a la situación de empresas ya involucradas en un concurso de acreedores. Es el caso del artículo 13 respecto de la impugnación del inventario, así como de los artículo 9 y 16 que estipulan el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación y la aprobación del plan de liquidación, respectivamente. Por otro lado, también es previsto el caso del deudor cuyo concurso haya finalizado y que no vea factible el cumplimiento del convenio o el acuerdo extrajudicial de pagos acordados (art 8). Lo mismo ocurre con los acuerdos de refinanciación homologados, quedando la admisión a trámite de las solicitudes de incumplimiento presentadas al juez suspendidas hasta que transcurran 7 meses desde el fin del estado de alarma (art 10).

Por último, resulta reseñable la propuesta suspensión de la causa legal de disolución por pérdidas del artículo 363.1 de la Ley de Sociedades de Capital. En este sentido, es excluido según el artículo 18, el impacto en el balance que puedan producir las pérdidas que tengan lugar en el año 2020.

La aplicación de este real decreto demostrará si, supone la efectiva eliminación de los riesgos de la crisis o por el contrario supone “escurrir el bulto” de tal manera que el pico de la pandemia en términos concursales se produzca en enero de 2021 en lugar de en septiembre de 2020.

7. CONCLUSIONES

La crisis económica ocasionada por el COVID-19 supone un reto imprevisible a la respuesta de gobiernos y organismos internacionales que mitigue la amenaza de supervivencia del tejido empresarial, notablemente en los sectores más afectados. Resulta particularmente interesante conocer los mecanismos disponibles en la relación de la empresa con el mercado y en la gestión de dificultades que la misma atraviese. La confluencia de las normas de competencia y de gestión de la insolvencia es especialmente pronunciada ante la situación actual. El diseño de la respuesta mercantil a las situaciones de insolvencia pone de relieve el conflicto entre dos fuerzas en tensión; la promoción del principio de continuidad de la empresa y la protección de la competitividad del mercado.

En la gestión de las situaciones de insolvencia, preferiblemente de forma temprana y no cuando las posibilidades de supervivencia se han visto especialmente reducidas, intervienen cuatro grupos de operadores económicos relacionados de forma directa con la empresa en crisis. Estos son: el Estado, los socios y administradores de la sociedad, los acreedores y las empresas competidoras en el mismo mercado. Serán valoradas a continuación las medidas que determinan el comportamiento de cada grupo de operadores económicos:

1. Siendo el primer recurso utilizado a la hora de abordar las dificultades económicas experimentadas por las empresas por ser el más accesible y amplio el uso de fondos públicos, conviene supervisar el fin y uso que se hace con los mismos. El régimen de ayudas de Estado europeo, adaptado de manera especialmente rápida a la situación, brinda un marco especialmente flexible a los Estados miembros que pueden aliviar los efectos perjudiciales de la crisis en los operadores económicos, siendo sus intervenciones de carácter urgente y excepcional declaradas como compatibles con la libre competencia y el mercado interior. El nuevo paradigma económico implica la necesidad de acudir a medidas de apoyo de la economía en general o de sectores específicos, permitiendo incluso la reestructuración o nacionalización de determinadas empresas. No obstante, un sistema excesivamente laxo de autorizaciones de regímenes públicos por parte de la Comisión podrá suponer la asignación ineficiente de recursos. En este sentido, resulta esencial la supervisión del aumento extraordinario del déficit público de manera que no sea destinadas a empresas que no eran económicamente viables al comenzar la crisis.

Por otro lado, el legislador como poder heterónimo de regulación del mercado, ostenta a su vez la responsabilidad de promocionar la recuperación económica mediante la adaptación del ordenamiento jurídico. Deberá prestar particular atención a los sectores especialmente afectados por la pandemia y a las empresas de menor tamaño, que resultan más vulnerables a la acentuada crisis de liquidez. De esta modo, incidiendo en la responsabilidad exigible por la gestión interna de la crisis. La regulación en tiempos de emergencia ha de aspirar del mismo modo a que los esfuerzos de las arcas públicas se vean complementados por la eficiente actuación de los acreedores, en especial aquellos de carácter financiero, en la negociación de soluciones extrajudiciales. En tercer lugar, debe prestarse especial atención a los posibles comportamientos oportunistas que pueden traducirse en la colaboración entre competidores o en abusos por parte de competidores dominantes. Es en tales situaciones donde la aplicación estricta del Derecho de la competencia cobra sentido en cuanto a que incentiva la eficiencia del mercado y posibilita una sólida recuperación largo plazo.

2. La gestión interna de las dificultades económicas o financieras que atraviese una sociedad puede servirse de mecanismos societarios como son las alteraciones del balance, y particularmente las modificaciones del capital social que permitan alcanzar un mayor equilibrio. Es esencial en este sentido que se module la responsabilidad de los administradores ante una situación perjudicial fortuita, como es una pandemia global. Resulta relevante en nuestro sentido la suspensión de la obligación de “recapitalizar o liquidar” recogida en el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital así como de la atribución de culpas posterior en sede concursal. Tampoco deberá ser recriminado a los administradores el hecho de que no soliciten el concurso de la empresa en el plazo de dos meses desde que conocieron o debieron conocer de su existencia. La paralización de la actividad económica requiere la correspondiente paralización de las estipulaciones concursales respecto de la capacidad de ejecución de los acreedores o la solicitud del concurso necesario por parte de los mismos.

Los administradores de una empresa de insolvencia podrán adoptar la estrategia de “divide y vencerás” y llevar a cabo operaciones de escisión que, junto con la venta de unidades económicas productivas, puedan garantizar la supervivencia de las líneas de negocio más provechosas para la empresa. En este sentido, deberá promoverse la colaboración por parte de los acreedores de los que se requiere la aprobación. Por otro

lado, el planteamiento de “la unión hace la fuerza” permitirá la absorción de pérdidas mediante la integración de sociedades insolventes en estructuras empresariales viables. Según el control que la segunda ejerza sobre la primera, estaremos ante operaciones de control bajo la forma de adquisición o fusión. Ambas posibilidades deben pasar por el control y aprobación por parte de las autoridades de competencia, pudiendo ser justificada por la aplicación de la excepción de la empresa en crisis que permite la tramitación de operaciones aparentemente anticompetitivas que permiten sin embargo el rescate privado de una empresa abocada a salir del mercado.

3. En el ordenamiento jurídico español levanta una mayor preocupación en la doctrina el tratamiento legislativo que reciben las soluciones paraconcursoales entre el deudor en insolvencia y sus acreedores. Nuestra parchada Ley Concursal, que presentaría una mayor utilidad ordenada en un Texto Refundido ha de adaptarse a las novedades en las soluciones precursoales a la insolvencia padecida por empresas, empresarios y consumidores. En este sentido, la Directiva 2019/1023 brinda un marco caracterizado por la eficiencia, cuyas mejoras respecto de figuras como la refinanciación y reestructuración de deuda o el beneficio del pasivo insatisfecho de la persona física han de ser incorporados de manera urgente al Derecho español. De esta manera, será posible, no sólo lograr la supervivencia del mayor número de empresas, sino también contribuir a que los resultados favorables o desfavorables sean obtenidos de forma rápida y eficiente, suponiendo la desobstrucción de los juzgados mercantiles.

En este último asunto inciden tanto las medidas de suspensión de la solicitud de concurso tanto necesario como voluntario hasta 2021, lo que permite un plazo de hibernación empresarial en el que se fomente la negociación de soluciones precursoales como el posible reparto de tareas entre jueces y administradores concursales. Consecuentemente, podrá reducirse el aluvión de concursos de acreedores previsible, asegurando la disponibilidad de suficientes recursos materiales y humanos en los juzgados mercantiles, que posponga y alivie la probable saturación de los mismos.

4. Por último, conviene analizar el impacto de la relación entre empresas que operan en un mismo mercado gestión de las situaciones de insolvencia. Aunque tanto las autoridades de competencia estadounidenses como las europeas prevean la opción de

que sean puestos en marcha acuerdos de cooperación entre competidores para la producción de bienes escasos y necesarios para hacer frente a la crisis sanitaria, tal permisión puede derivar en comportamientos oportunistas. Conviene en tal sentido que se realice una exhaustiva monitorización del comportamiento de empresas, potencialmente abusivo, que pueda falsear la libre competencia, suponiendo un mayor perjuicio económico para el resto de participantes del mercado. A tal efecto, son rescatadas las denominadas *comfort letters* por parte de la Comisión y se promueve el *whistle blowing* (o “chivatazos” entre competidores) a la CNMC.

Para finalizar, y aunque sean de recibo las respuestas del legislador marcadas por la celeridad y por amoldarse de forma gradual a las principales exigencias que ha formulado la doctrina en el último mes, puede que tales medidas temporales de flexibilización del Derecho Mercantil no sean suficientes a largo plazo. El cambio de paradigma a nivel primeramente social y posteriormente económico levanta incógnitas respecto del nuevo orden mundial que será configurado una vez la sociedad vuelva a una modificada normalidad. En este sentido, y tal como ocurrió con la crisis financiera de 2008, las medidas de adaptación del ordenamiento a la novedosa situación de crisis serán cristalizadas en la necesaria reforma estructural del Derecho Mercantil si su aplicación da un resultado óptimo. Dada la gravedad de la recesión económica que se avecina, resulta conveniente que la tradicional legislación de “prueba y error”, especialmente en materia concursal, sea limitada y sustituida por un sistema elaborado por expertos en la materia.

La fragilidad actual del tejido empresarial da a entender que no es momento de bandazos regulatorios, sino que han de ser diseñadas reformas integrales y eficientes el sistema legislativo. En mi humilde opinión, dichas reformas deberían contar de manera especial con el asesoramiento por parte de economistas que logren desgranar las implicaciones de la nueva crisis para el mundo empresarial, así como por quienes llevan los últimos veinte años estudiando los éxitos y advirtiendo de las deficiencias del Derecho Mercantil.

Por último, la crisis puede concebirse como una oportunidad, no sólo de cara a una eficiente reasignación de recursos en el mercado con la salida de empresas inviables, sino también para la depuración de previsiones ineficientes del marco regulatorio que ordena la vida en tal mercado.

8. BIBLIOGRAFÍA

1) Legislación:

Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. (BOE 29 de abril de 2020)

Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE 1 de abril de 2020)

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. (BOE 18 de marzo de 2020)

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE 14 de marzo de 2020) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28 de septiembre de 2013).

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE de 10 de octubre de 2011)

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 3 de julio de 2010)

Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. (BOE 4 de abril de 2009)

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE 10 de julio de 2003)

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, (BOE de 4 de julio de 2007)

Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 26 de mayo de 2015)

Derecho Comunitario

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (BOE 30 de marzo de 2010)

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. DO 172 de 26 de junio de 2019.

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. DO 141 de 5 de junio de 2015.

Reglamento (UE) n °651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014 , por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. DO L 187 de 26 de junio de 2014.

Reglamento (UE) n 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013 , relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis DO 352 de 24 de diciembre de 2013

Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO 24 de 29 de enero de 2004.

Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (E). DO 1 DE 4 de enero de 2003.

Comunicación de la Comisión: Marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19. Versión consolidada 2215 DOUE. 3 de abril de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_as_amended_3_de_abril_de_2020_es.pdf

Comunicación de la Comisión: Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak DOUE el 8 de abril de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf

Comunicación de la Comisión: Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis”, C 249/01, 31 de julio de 2014. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52014XC0731\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52014XC0731(01))

Comunicación de la Comisión: Decisión de iniciar el procedimiento formal de investigación de posibles ayudas de Estado incompatibles otorgadas a Alitalia”. SA.48171, 23 de abril de 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_48171

Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. C262/1. Comunicación de 19 de julio de 2016. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=ES)

2) Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, 381/2019. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f9caf3b37c84304484b8072b28c6b92ae990a694d88e1b2c>

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander, T 399/11, EU:T:2014:938 Apartado 48. Disponible en:<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7EA6659AB8885B5A366C5226CABE1C6A?text=&docid=159376&Pg.eIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5573601>

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España, T 219/10, EU:T:2014:939 apartado 60. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7EA6659AB8885B5A366C5226CABE1C6A?text=&docid=159375&Pg.eIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5573601>

Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2012, Electricité de France.C-124/10P. EU:C:2012:318. Disponible:<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123502&PageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5212161>

Sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2008, T-196/04, EU:T:2008:585, apartado 16. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77099&Pg.eIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4408989>

Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade, C 200/97, EU:C:1998:579, apartado 36. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61997CJ0200&from=ES>

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, C 387/92, EU:C:1994:100, apartado 14. Disponible en:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0387&from=EN>

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Europemballage, C-6/72, DO 7, Apartados 20-26. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61972CJ0006&from=EN>

Decisión de la Comisión, Ayuda de Estado autorizada a España, SA.5685 2 de abril de 2020. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202016/285295_2148302_60_2.pdf

Decisión de la Comisión, Ayuda de Estado autorizada a Dinamarca, SA.56685, 12 de marzo de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202011/285054_2139535_70_2.pdf

Decisión de la Comisión de 9 de octubre de 2013, Aegean/ Olympic II, COMP/M.6796, EU:C:25:05.https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6796_20131009_20682_4044023_EN.pdf

3) Obras doctrinales

Álvarez San José, M “Confluencia y conflicto entre el Derecho de la Competencia y e Derecho Concursal” en Derecho de la Competencia Europeo y Español, Volumen XI.

Dickynson 445-488. 2013. Disponible en : <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/confluencia-conflicto-competencia-concursal-501091370>

Baldwin, R., Weder Di Mauro, B. “Introduction”, Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever It Takes 2020. VoxEU.org, Center for Economic Policy Research (CEPR) 18 de marzo 2020. Disponible en: <https://voxeu.org/system/files/epublication/COVIDEconomicCrisis.pdf>

Banco Central Europeo: Dictamen del Banco Central Europeo, de 7 de junio de 2017, sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, DOUE 236, 21 de julio de 2017. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.236.01.0002.01.SPA&toc=OJ:C:2017:236:TOC

Banco de España: “Ayudas estatales: la Comisión aprueba planes de reestructuración de los bancos españoles BFA–Bankia, NCG Banco, Catalunya Banc y Banco de Valencia” . 28 de noviembre de 2012. <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/InformacionInteres/ReestructuracionSectorFinanciero/Archivo/Ficheros/comision281112.pdf>

Boon, G-J., “COVID-19 Crisis requires legislator to adapt Insolvency Legislation”. Oxford Business Law Blog. 27 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/covid-19-crisis-requires-legislators-adapt-insolvency-legislation>

Carrier, M.: “The Four-Step Rule of Reason Antitrust” en Antitrust Institute, Vol. 33, No. 2, Spring 2019. pgs. 50-55. American Bar Association. Disponible en: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2019/04/ANTITRUST-4-step-RoR.pdf>

Carrillo, A., “El virus de la insolvencia y cómo doblegar la curva de los concursos”. En Expansión Jurídico. 29 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/04/29/5ea9a3bd468aeb7548b45e6.html>

Costa-Cabral, F. et al “EU Competition Law and COVID-19”, Law and Economics Center (TLEC) Discussion Paper De marzo de 22, 2020. Tilburg <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=718089001090030004081012083102109014099041034067091025005101127018117000106095071081011061119126051016016070019112117078087015010025086075035126006116100111116005095055063106069120017066127100119085078120108067086099097007009008114097024093096104031&EXT=pdf>

CNMC:

- “Buzón especial para denuncias y consultas relacionadas exclusivamente con la aplicación de las normas de competencia en el contexto del Covid19”. 31 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.cnmc.es/novedad/buzon-denuncias-consultas-centralizadas-covid19>

- “Más de 50 denuncias en la primera semana de funcionamiento del buzón COVID-19 de la CNMC” Blog CNCMC, 7 de abril de 2020. <https://blog.cnmc.es/2020/04/07/mas-de-50-denuncias-en-la-primera-semana-de-funcionamiento-del-buzon-covid-19-de-la-cnmc/>

Cuena, M.:

- “Reformas de la ley concursal e insolvencia de la persona física insolvente, de nuevo olvidada”. en Revista CESCO de Derecho de Consumo N.º 11/2014 <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> I
- “Segunda oportunidad y crédito público: A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019” ENSXXI N.º 90 marzo - abril 2020. <http://www.elnotario.es/opinion/9628-segunda-oportunidad-y-credito-publico>
- “No hay segunda oportunidad para el que menos tiene” en El Notario del siglo XXI, julio-agosto 2013. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-50/57-no-hay-segunda-oportunidad-para-el-que-menos-tiene>

Cuninghame, N. et al, “Mergers & COVID-19: The impact on EU and national merger control” en e-Competitions Mergers & Covid-19, Art. N.º 94286, 23De abril de 2020. Disponible en: https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/mergers-covid-19/mergers-covid-19-the-impact-on-eu-and-national-merger-control?id_rubrique=3516

De Moncuit, A., “How might the COVID-19 crisis change the dynamics of competition law”. en *Concurrences* N.º 2-2020, 15 De abril de 2020. Disponible en: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/on-topic/competition-law-and-health-crisis-en>

Department of Justice, “Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19”, 24 De marzo de 2020. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>

Enriques, L., “Extreme times, Extreme Measures: Pandemic-Resistant Corporate Law” 22 abril 2020. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/04/extreme-times-extreme-measures-pandemic-resistant-corporate-law>

Espinoza, J., Johnson, M. “EU opens probe into Italian government’s €400m loan to Alitalia. 28 de febrero de 2020”.en Financial Times,28 de febrero 2020. Disponible en: <https://www.ft.com/content/d0db1886-5a4b-11ea-abe5-8e03987b7b20>

Estrada, F. (2017) Tesis Doctoral: “Análisis del requisito de ventaja selectiva en sede de ayudas de estado de naturaleza fiscal”. Universidad Complutense de Madrid <https://eprints.ucm.es/40951/1/T38311.pdf>

European Competition Network: “Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis” 23 de marzo 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf

García de Enterría, J., Iglesias Prada J.L.(2018) “La modificación de los estatutos sociales: aumento y reducción de capital social. Separación y exclusión de socios”, “Las modificaciones estructurales de las sociedades”. Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I, 16ª Edición, Thomson Reuters.

Garrido, J.M. (2012), Out-of-Court Debt Restructuring, World Bank Group, Washington D.C. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2230/662320PUB0EPI00turing09780821389836.pdf?sequence=1>

Gurrea-Martínez, A,

- “Propuestas de reforma concursal en tiempos de pandemia: Una visión comparada”. Blog Hay Derecho, Expansión. 27 de abril de 2020. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/27/propuestas-de-reforma-concursal-en-tiempos-de-pandemia-una-vision-comparada/>
- “Insolvency Law in times of COVID-19”. Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 2/2020 Publicado el 30 de marzo de 2020, última Revisión: 28 de abril de 2020. Pgs. 1-16. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3562685>
- “La paradójica calificación culpable del concurso con insolvencia fortuita”, en Legal Today, el 11 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-paradojica-calificacion-culpable-del-concurso-con-insolvencia-fortuita>
- The Future of Reorganization Procedures in the Era of Pre-Insolvency Law (January 20, 2019). Ibero-American Institute for Law and Finance Working Paper No. 6/2018; Singapore Management University School of Law Research Paper No. 34/2019. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3290366> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3290366>
- “Disolución de sociedades y concurso de acreedores en tiempos del coronavirus”, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 15 de marzo de 2020. Disponible en : <https://www.derechoyfinanzas.org/disolucion-de-sociedades-y-concurso-de-acreedores-en-tiempos-del-coronavirus/>

Hart, O., “Different approaches to Bankruptcy”. Harvard Institute of Economic Research. Discussion paper number 1903. September 2000. Disponible en: <https://scholar.harvard.edu/hart/publications/different-approaches-bankruptcy>

Herrera, M., “La refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial: una perspectiva supervisora”. Banco de España. 10 junio 2014. Disponible en : <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/supervision/herrera100614.pdf>

Jackson, T., Skeel, D., “Bankruptcy and Economic Growth” en Bankruptcy and Economic Recovery. In Restructuring Financial Infrastructure to Speed Recovery (Brookings Institution) Forthcoming; U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 13-27. July 2013. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2306138

Kovacic (2002): “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking” Journal of Economic Perspectives—Volume 14, Number 1—Winter 2000 Disponible en: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.14.1.43>

Lagarde, C. (2017) “Buen momento para reparar el tejado” Conferencia en Harvard 5de octubre de 2017. Publicado en la página del Fondo Monetario Internacional <https://www.imf.org/es/News/Articles/2017/10/04/sp100517-a-time-to-repair-the-roof>

León, F., “La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales”, en ENSXXI n°56, julio-agosto 2014. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-56/3810-la-reforma-de-los-acuerdos-de-refinanciacion-preconcursales>

Loevinger, L. “The Rule of Reason In Antitrust Law”, Department of Justice. 7 August 1961. Disponible en : <https://www.justice.gov/atr/speech/file/1237731/download>

Madaus, S., Wessels, B.: “COVID-19 urges legislators to adapt insolvency legislation” en CERRIL, 20 de marzo de 2020. Disponible en: <https://congressus-ceril.s3-eu-west-1.amazonaws.com/files/2ce93811f1f14745a9f94a9161b53766.pdf?Signature=YXV%2FWW01Q6%2FAaPZ%2FpRRqz7lehns%3D&Expires=1588086806&AWSAccessKeyId=AKIAIUTTO23AZYKILZQ&response-content-disposition=inline%3Bfilename%3D2020-01 CERIL Executive Statement on COVID-19 and insolvency legislation.pdf>

Noticias jurídicas: “ASPAC propone encargarse de tramitar en su totalidad, lo concursos de acreedores” 22 de abril de 2020. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/el-sector-legal/15082-aspac-propone-encargarse-de-tramitar-en-su-totalidad-los-concursos-de-acreedores/>

OCDE: “OECD competition policy responses to COVID-19” en Trackling Coronavirus: contributing to a global effort, 27 de abril de 2020. Disponible en : https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19

Padilla, J. Petit, N., “Competition policy and the Covid-19 opportunity” en Concurrences N° 2-2020, Art. N° 94317. 20 De abril de 2020. Disponible en: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/foreword/competition-policy-and-the-covid-19-opportunity-94317-en>

Paulus, C.G., “Competition Law versus Insolvency Law: When Legal Doctrines Clash” International Insolvency Institute, Law Review 2013, Pags 1–13. Disponible en: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/Competition%20Law.pdf>

Pulgar Ezquerro, J.:

- “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia”. Diario La Ley, N.º 9608, Sección Tribuna, 6 de abril de 2020, Wolters Kluwer

https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAFVQXWvCMBT9Nc2LMGJV1Ic81KZiQa0f2WBP5ZretWEhkSR1898vKtswkEPuOYebe0-Ak2dDSkCGHjS3kk1ub3VBAaebYF2DbnFIIAQbQB_QswklvrNfW7ioFoKyZgGOCdcjUU3DuKDxjOh0Nqfkg5HA3tTLZqApFNtt443PPzgvfIcAjBe5eJ9VyTpmItkdFpWEbZFMpXLI9ldbkt83r3uoh6SIOapB90FCGdJ1P8JcY3mEWCF0deDJ59g1V2FNng2UtaZ_vzUumA7j5FXvF6k4niUGbxp7jGcL8hHsHJbgetstloqewL-PM30eYzxnW8i49tpI5F7IM5aDTNXyh-Db2R3b5Hd31Q-p8oG7beV2dlYkw_cPW4i40BAAA=WKE

- “Derecho Europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la Competencia” Revista Española de Derecho Europeo 60, Octubre-Diciembre 2016. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/271-2017-01-13-derecho%20europeo%20de%20reestructuraciones%20empresariales%20y%20derecho%20la%20competencia.pdf>
- “El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español”. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21082/paradigma_pulgarezquerra RIO 2015.pdf?sequence=1
- “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas Urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”. Diario La Ley, N.º 8391, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY
http://www.icjce-euskadi.com/PonenfiasForoConcursal2014/Ley17_2014-medidas-urgentes-refinanciacion%20.pdf
- Reestructuración de Sociedades de Capital y Abuso de Minorías.2013/73, Universidad Complutense. Febrero de 2013.
https://eprints.ucm.es/19951/1/Juana_Pulgar_reestructuracion_societaria.pdf

Puttermans, A. (2016). “Droit de la concurrence : États-Unis versus Union européenne ». Droit économique comparé. Questions choisies. Université Libre de Bruxelles, Anthermis.

Quijano, J. “Cuestiones actuales en el Derecho concursal y europeo”. Estudios de Derecho Empresario. Vol. 15. Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. 24 julio 2018.
<https://revistas.psi.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/21202/20743>

Remolina , N. “Respuestas de Supervisores y Reguladores Financieros al COVID-19”. 13 de marzo de. Working Paper Series 1/2020. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. 13 de marzo de 2020. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=3554557>

Sánchez-Calero

- « Refinanciación y reintegración concursal”, Documentos de trabajo del Departamento Mercantil, Universidad Complutense de Madrid. Noviembre de 2009.
<https://eprints.ucm.es/9658/1/Refinanciaconcursal.pdf>

- “El fin del concurso: la opinión del profesor Olivencia”. 17 de mayo de 2010. Disponible en : <http://jsanchezcalero.com/el-fin-del-concurso-la-opinion-del-profesor-olivencia/>

Sanjuán y Muñoz, E. “Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)” LA LEY 8713/2013. 21 de noviembre de 2013. <http://escueladerechoconcurasal.org/wp-content/uploads/2013/11/ASEP-ENRIQUE-SANJU%C3%81N-Y-MU%C3%91OZ.pdf>

Schulz, A., “Merger control in times of COVID-19. Time for a change.” En la página web de White&Case24 de marzo 2020. Disponible en: <https://www.whitecase.com/publications/alert/merger-control-times-covid-19-time-change>

Senent Martínez, S. (2015) Tesis Doctoral Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores. Directora: Juana Pulgar Ezquerra, Universidad Complutense de Madrid <https://eprints.ucm.es/28133/1/T35661.pdf>

Senés, C. “El acuerdo extrajudicial de pagos:¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 1 (enero-marzo, 2014), Estudios, pp. 49-68. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/45>

Stedman, M, “Análisis de la excepción de la empresa en crisis (Failing firm defence): la supervivencia de la empresa en el Derecho de la competencia de la Unión Europea” en Revista Boliviana de Derecho, N.º. 29, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7226113>

Tirado, I., “El interés concursal” en ADC, tomo LXII, 2009, fasc. III. Pag 1065-1107. Disponible en : https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2009-30105501107

Uría, Menéndez (2019) ”Concepto, evolución histórica y fuentes del Derecho Mercantil” Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I, 16ª Edición, Thomson Reuters.

Valiente, D. “Harmonizing Insolvency Laws in the Euro Area. Rationale, stocktaking and challenges. Center for European Policy Studies, Special Report. No. 153, December 2016. <https://www.ceps.eu/ceps-publications/harmonising-insolvency-laws-euro-area-rationale-stocktaking-and-challenges/>

Whish R., Bailey D. (2018) “Competition policy and economics”. Competition Law. Oxford University Press. Ninth edition pgs. 1-25.

White, A. “Generic-Drug Makers Get EU Approval for Virus Cooperation” en Bloomberg, 8 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.bloombergquint.com/onweb/generic-drugmakers-get-eu-antitrust-nod-for-virus-cooperation>